

LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *

Claudio E. Nash Rojas**

Sumario

- I. Introducción
- II. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos
 1. Fuentes
 2. Obligaciones del Estado
 3. Organos de protección
 - 3.1. La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - 3.2. Examen de comunicaciones individuales
- III. Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos
 1. Aspectos generales
 2. Derecho a la tierra
 3. Derechos culturales
 4. Recursos efectivos
 5. Reparaciones
- IV. Conclusiones

I. Introducción

La solución de los graves problemas que aquejan a los pueblos indígenas en nuestro continente debe darse en el ámbito interno de los Estados y esta debe ser una decisión política que comprometa a toda la sociedad. Bajo este supuesto, los esfuerzos que se hagan en el sistema interamericano de derechos humanos deben tender a crear estándares que sirvan de base para las soluciones globales; así, la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas es un hecho político que manifestará una voluntad general de reconocer ciertas bases sobre las cuales trabajar y, los esfuerzos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos) deben propender a ese mismo fin.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en su función contenciosa, si bien no puede dar solución a todo el problema indígena (no es el rol de las instancias internacionales hacerlo), sí puede coadyuvar, fijando el contenido y alcance de las obligaciones del Estado en esta materia.

* Artículo publicado en *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, J. Aylwin (editor), Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco – Chile, 2004, pp. 29-43.

**Coordinador e investigador del Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho - Universidad de Chile. Profesor Asistente, Universidad de Chile.

Este trabajo busca revisar, precisamente, cómo ha abordado la jurisprudencia de la Corte Interamericana ciertos temas claves para la resolución de la cuestión indígena y cómo pueden servir estos criterios para asentar bases de diálogo que permitan dar una solución definitiva a este tema tan importante para el futuro de nuestro continente.

II. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

1. Fuentes

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos está basado en tres instrumentos: la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la CADH”)².

La Carta de la OEA contempla como uno de sus principios “los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.³ Además, establece a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como uno de sus órganos, encargado de la promoción y defensa de los derechos humanos en el sistema, además de cumplir funciones en calidad de órgano consultivo de la Organización.⁴

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, instrumento suscrito originariamente como una manifestación de aspiraciones de los Estados Americanos, pero que a partir de las reformas a la Carta de la OEA de la aplicación práctica que los Estados han dado a este instrumento, hoy es un documento vinculante para los Estados Americanos en materia de Derechos Humanos.

Por último, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado internacional y como tal vinculante para los Estados partes y en él se establecen las obligaciones generales para los Estados en materia de derechos humanos, un catálogo de derechos y libertades y los órganos de protección del mismo.

2. Obligaciones del Estado

El artículo 1.1 de la CADH establece dos importantes obligaciones para los Estados partes: respetar los derechos humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y garantizar su ejercicio y goce; ambas obligaciones de exigibilidad inmediata en el plano internacional. La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención. La obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos, debiendo organizar todo el aparato del Estado con dicho fin.⁵

¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

² Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; a Enero de 2003, tiene 24 Estados Parte.

³ Artículo 3, letra l) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

⁴ Carta OEA, art. 106.

⁵ “La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta

En materia de derechos humanos, el Estado, por lo tanto, no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas. Estas acciones serán todas aquellas necesarias para posibilitar que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción del Estado puedan ejercer y gozar sus derechos humanos: asegurar que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción; establecer, además, recursos sencillos, rápidos y eficaces en caso de violación de los derechos convencionales, para que los individuos puedan reclamar la violación de los derechos allí consagrados creando las condiciones necesarias para que los derechos puedan ejercerse; crear las condiciones para que los derechos garantizados puedan ser ejercidos por toda la población sin discriminación de ningún tipo.⁶

Buena parte de las violaciones de derechos humanos en nuestro continente se concentran en grupos especialmente vulnerables (mujeres, indígenas, niños, trabajadores migrantes) y estas violaciones tienen directa relación con patrones culturales que permiten la perpetuación de estas violaciones. Para cumplir efectivamente con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos los Estados partes, deberán promover los cambios culturales necesarios para garantizar que los derechos y libertades consagrados puedan ser efectivamente gozados y ejercidos por sus destinatarios.⁷ Los pueblos indígenas en nuestro continente claramente pertenecen a estas categorías vulnerables respecto de las cuales los Estados deben implementar políticas culturales que les permitan un pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos.

Además de todas estas acciones preventivas, en caso de que se produzcan violaciones de los derechos y libertades garantizados en la CADH los Estados tienen la obligación de que éstas “sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”⁸. La obligación de garantizar, por tanto, también implica actuar frente a las violaciones impidiendo que su impunidad pueda ser un mensaje a la sociedad de que los derechos humanos pueden ser violados por el Estado o por particulares sin que esto tenga consecuencias.

Por otra parte, la CADH consagra en su artículo 2 la obligación del Estado parte de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, si el ejercicio de dichos derechos “no estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter”.⁹ De esta forma, el artículo 2 de la CADH establece la obligación de los Estados de preocuparse de que su legislación interna no contradiga dicho tratado, obligación complementaria del deber de garantía del artículo 1.1; también obliga al Estado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la

obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166).

⁶ C. Medina, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en C. Medina y J. Mera, *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 42-45.

⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁸ *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 5, párr 175.

⁹ Para un análisis sobre el art.2 de la CADH, ver T. Buergenthal “The Inter-American System for the Protection of Human Rights”, en *Anuario Jurídico Interamericano. 1981*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, Washington, D.C., 1982, pp. 80-120 (83-85).

precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y, especialmente, para que puedan ser invocados ante los tribunales de justicia. Además, la actividad del Estado no debe circunscribirse sólo a la legislación, sino que deberán tomarse todas las “otras medidas” de cualquier carácter que permitan el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Estas medidas deberán ser las administrativas, de políticas públicas u otras conducentes para alcanzar dichos fines.

3. Órganos de protección

3.1 La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El sistema interamericano no sólo contempla un sistema con un catálogo de derechos y obligaciones, sino que también ha establecido órganos que se encargan de controlar el cumplimiento de las obligaciones del Estado. Esta es una medida de efectividad, ya que el solo establecimiento de derechos, sin posibilidades de un control efectivo sería simplemente ilusorio. Los órganos que posee el sistema son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la CADH, pero además es un órgano de la Carta de la OEA.¹¹ De esta forma, la Comisión tiene atribuciones tanto respecto de los Estados Partes de la Convención como respecto de los miembros de la OEA que no son parte de la CADH.

Las funciones que la CADH le asigna a la Comisión son: promover la observancia y proteger los derechos humanos en el sistema interamericano y servir como órganos consultivo de la OEA en estas materias.¹²

La Corte Interamericana es una institución judicial del sistema interamericano establecida por la CADH¹³ y tiene como funciones: a) resolver los casos contenciosos sobre una presunta violación a la Convención por parte de un Estado parte¹⁴ y, b) emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana.¹⁵

3.2 El examen de comunicaciones individuales.

El sistema interamericano consagra un procedimiento para conocer de las violaciones aisladas de derechos humanos.¹⁶ Dicho procedimiento contempla dos etapas: una ante la Comisión y eventualmente, otra ante la Corte. La Comisión a través de un procedimiento cuasi-judicial¹⁷ determina si una situación es violatoria de los derechos

¹⁰ Sobre los órganos del sistema se puede consultar H. Faúndez, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, Costa Rica, 1999.

¹¹ Carta OEA, art. 106.

¹² Artículo 1 del Estatuto de la Comisión, aprobado mediante la Resolución N° 447 (IX-0/79) adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31 de octubre de 1979.

¹³ CADH, art. 33.

¹⁴ CADH, art. 62.3.

¹⁵ CADH, art. 62.3.

¹⁶ CADH, arts. 48 a 72.

¹⁷ Los mecanismos cuasi-jurisdiccionales, son aquellos que están establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH), a la

convencionales y puede emitir un informe y publicarlo, o bien, enviar el caso a la Corte, quien a través de un procedimiento contencioso dicta una sentencia obligatoria para el Estado.

Los casos ante la Corte Interamericana sólo pueden ser presentados por la Comisión Interamericana o por el Estado parte en el caso particular; para los efectos de la competencia contenciosa de la Corte, la CADH constituye el derecho sustantivo que la Corte deberá aplicar; tiene también competencia para conocer de los casos en que se aleguen violaciones de los derechos del párrafo a) del artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)¹⁸; y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁹; además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura²⁰. Pueden ser demandados ante la Corte aquellos Estados que han reconocido la competencia de la Corte.

Los Estados Partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte,²¹ pero esta no tiene imperio para hacerlo cumplir. Sin embargo, la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado²². En todo caso, la Convención dispone que la Corte informe a la Asamblea General de la OEA cuando un Estado no haya cumplido con un fallo y hará las recomendaciones que estime pertinentes.²³

III. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Antecedentes generales

Los órganos de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano han debido pronunciarse sobre una serie de materias relativas a derechos de los miembros de comunidades indígenas. En particular, destacan los fallos de la Corte Interamericana en esta materia; por su carácter de sentencias vinculantes nos detendremos en su análisis para los efectos de este trabajo.

Los temas que se han seleccionado para este trabajo son aquellos que están presentes en el debate sobre los derechos indígenas y serán analizados a la luz de su tratamiento como violaciones de derechos humanos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

¹⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 19.6.

¹⁹ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XIII.

²⁰ Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párrs. 247-248; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrs. 180-191.

²¹ CADH, art. 68.

²² CADH, art. 68.1

²³ CADH, art. 65.

Hemos destacado aquellas sentencias que dicen relación con los temas indígenas, sin perjuicio de que algunos de ellos traten sobre otros temas y sólo tangencialmente se refieran a materias vinculadas con la temática indígena.

2. Derecho a la tierra

Una materia central de la cuestión indígena ha sido el tema de la tierra, concepto comprensivo del derecho a la tierra, su uso y conservación.²⁴ La Corte Interamericana tuvo la oportunidad de resolver sobre esta materia en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni,²⁵ en el cual se alegaba que el Estado de Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de dicha Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. También se alegaba que el Estado había otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre su derecho de propiedad.

La sentencia de la Corte se hizo cargo del tema del derecho a la propiedad garantizado en el artículo 21.1 de la CADH²⁶ interpretándolo a la luz de las especiales características del derecho de propiedad de la tierra para los indígenas. En primer lugar, determinó que, conforme a las normas interpretativas aplicables (artículos 21 y 29.b de la CADH, además de los trabajos preparatorios de la Convención y la propia legislación interna de Nicaragua), la Corte podía comprender dentro de la protección del artículo 21 el derecho a la propiedad en el marco particular del derecho de “propiedad comunal” consagrado en la legislación interna de Nicaragua²⁷. Este es un primer punto que merece ser destacado, ya que la Corte realizó una interpretación progresiva del derecho de propiedad, en cuanto lo utilizó a la luz de las necesidades del caso concreto, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad, es decir, como un derecho típicamente individual a una concepción que permitiera comprender dicho derecho a la luz de las instituciones indígenas sobre el derecho de propiedad, como un derecho de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares.

Una vez determinado el campo conceptual sobre el que se aplicaría el análisis, la Corte pasa a realizar algunas consideraciones respecto de la especial naturaleza del derecho de propiedad de las comunidades indígenas, aplicables a toda la realidad del continente. Destaca la Corte que

“[E]ntre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida

²⁴ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, del 4 de febrero de 2002, E/CN.4/2002/97, párrs. 39-57.

²⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N° 79.

²⁶ “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

²⁷ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párrs. 143-148.

espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.²⁸

Vale la pena destacar dos cuestiones que claramente establece la Corte que deben considerar los Estados en materia de propiedad indígena. La primera, el reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra en el marco del art. 21.1 de la CADH, fijando como núcleo del derecho la titularidad grupal y comunitaria sobre la tierra, acorde con los criterios generales desarrollados internacionalmente en esta materia²⁹. Segundo, la Corte va más allá de la sola fijación del contenido del derecho de propiedad y hace un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, como base para el desarrollo cultural y la preservación del legado y su transmisión a las generaciones futuras, recogiendo una nueva visión del derecho a la tierra, no sólo como un derecho de propiedad, sino como una manifestación cultural³⁰. En definitiva, ambos criterios debieran estar presentes en las políticas públicas que implementen los Estados en materia de propiedad indígena para los efectos de cumplir con sus obligaciones internacionales emanadas de la CADH: reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra y su vinculación con los aspectos culturales y de sobrevivencia de los grupos indígenas.

La Corte también entra al análisis de un tema central en la propiedad indígena, cual es, cómo acreditar el dominio³¹. Al efecto la Corte recurre al derecho consuetudinario como el elemento definitorio, reconociendo que “producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.³² Es decir, el derecho consuetudinario servirá para determinar el goce y ejercicio del derecho de propiedad, así como criterio de prueba de la titularidad en caso de conflicto, primando por sobre la legislación estatal (“título real”). El Estado deberá reconocer oficialmente la propiedad de la tierra acreditada mediante el derecho consuetudinario y deberá proceder a registrarla de acuerdo a su derecho interno. Este es un cambio absoluto de perspectiva; en efecto, a criterio de la Corte, es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los conflictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho. Es destacable el hecho que la Corte no sólo reconozca elementos propios de la cultura indígena, sino que extraiga consecuencias prácticas de dicho reconocimiento y obligue al Estado a actuar en consecuencia.

²⁸ *Ibidem*, párr. 149.

²⁹ “[E]l derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea de sí mismos que tienen los pueblos indígenas y, en general, es a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo indígenas a quien se confiere ese derecho” (*Informe Relator Especial*, nota 24, párr. 39).

³⁰ En este sentido ver *Minorías: existencia y reconocimiento*. Documento de trabajo presentado por el Sr. José Bengoa. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos-Grupo de Trabajo sobre las Minorías. Sexto período de sesiones, 22 a 26 de mayo de 2000, párrs. 57-58.

³¹ Sobre los avances en esta materia ver, J. Anaya y R. Williams. “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System”, en *14 Harv. Hum. Rts. J.* 33, Spring, 2001, pp. 46-48.

³² *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párr. 151.

La Corte se hace cargo del problema de la efectividad y seguridad en el goce del derecho de propiedad. Aún en el caso de que el Estado reconozca la propiedad indígena, si no toma las medidas adecuadas para su delimitación y demarcación, el derecho no se goza plenamente, manteniéndose a las comunidades en un estado de incertidumbre e inseguridad que de Estado debe reparar. No actuar de esta forma genera una situación de inseguridad y permite acciones del propio Estado que son violatorias de los derechos que emanan de la propiedad de la tierra, como el otorgamiento de concesiones mineras a terceros.³³

Por último, la Corte hace un vínculo interesante entre el respeto del derecho de propiedad del artículo 21.1 y la obligación general de respeto y garantía del artículo 1.1 de la CADH en materia de atribución de responsabilidad internacional al Estado. La responsabilidad de organizar el aparato público tomar medidas adecuadas para garantizar el goce y ejercicio del derecho de propiedad indígena es de todo el Estado y sus agente, de forma tal que “la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana”.³⁴ De esta forma, comprometen la responsabilidad del Estado todas aquellas autoridades que no toman las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas; las que no hacen primar las normas consuetudinarias acerca del goce del derecho, como de su reconocimiento en la legislación interna y en la administración y registro de la tierra; las que omiten tomar las medidas para delimitar y marcar dichos territorios; las que conceden su explotación a terceros, o permiten que esto ocurra. Es decir, cualquier actividad del Estado y sus agentes, ya sea de acción u omisión, que no permita el libre goce y ejercicio del derecho a la tierra sobre la base de las particularidades de la cultura indígena hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

3. Derechos culturales

El reconocimiento de los derechos culturales de las etnias indígenas del continente ha tenido repercusiones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Nos concentraremos en dos aspectos: aquellos casos en que para resolver cuestiones relativas a derechos individuales la Corte ha recurrido al tema cultural indígena y aquellos casos relativos a derechos de comunidades indígenas en que el órgano jurisdiccional ha tenido en consideración la cuestión cultural. Debemos tener presente que alegaciones sobre reconocimiento de derechos culturales no se han presentado ante la Corte Interamericana, pero su jurisprudencia sí ha tocado aspectos relacionados con materias propias de la cultura indígena, por lo que esta nos puede servir de guía para determinar algunos criterios generales en la materia.

En materia de reconocimiento del elemento cultural para resolver casos en que se ha planteado la violación de derechos individuales destacan aquellos aspectos relativos a la reparación por violaciones de derechos humanos. El primero es el relativo a las reparaciones en el caso *Aloeboetoe v. Surinam*,³⁵ el que se basaba en la violación de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de siete personas pertenecientes a una comunidad indígena a manos del ejército de Suriname. La Corte,

³³ *Ibidem*, párr. 153.

³⁴ *Ibidem*, párr. 154.

³⁵ *Caso Aloeboetoe y otros - reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

previo reconocimiento de responsabilidad por parte de Surinam, procedió a determinar las indemnizaciones conforme al artículo 63.1 de la CADH. Al momento de determinar a los titulares de las indemnizaciones se encontró con particularidades culturales propias de esta comunidad; en efecto, la Corte siguió el criterio que los titulares de las indemnizaciones debían ser, entre otros, los hijos, el cónyuge y los ascendientes de las víctimas, todos determinados de acuerdo al derecho local.³⁶ Así se encontró con que los potenciales herederos de las víctimas pertenecían a una comunidad indígena que se regía en sus relaciones familiares por su costumbre y no por la normativa de Surinam.³⁷ Ante la disyuntiva de qué derecho aplicar, la Corte optó por seguir el derecho consuetudinario de la comunidad, fundado en que este era el derecho eficaz en la región.³⁸

Un caso similar, fue el seguido contra Guatemala por la desaparición forzada del Sr. Bámaca Velásquez; al momento de determinar si una hermana de la víctima debía ser considerada para los efectos indemnizatorios, se recurrió a “características de la cultura maya, etnia mam a la que pertenece la familia Bámaca Velásquez”³⁹ para justificar que no se diera a conocer su existencia hasta esa instancia reparatoria en el juicio, ello fundado en “las dificultades idiomáticas y de comunicación con la familia Bámaca Velásquez, que es una familia mam, ‘mucho más cerrada en la manera de comunicar ciertas cosas de su vida cotidiana’”⁴⁰.

Otro aspecto relevante al momento de determinar derechos individuales desde la perspectiva cultural indígena, es el caso de la determinación del destino de los restos mortales de personas detenidas y desaparecidas pertenecientes a comunidades indígenas. En el caso Bámaca Velásquez la Corte tuvo en consideración “[E]l respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez”,⁴¹ para luego justificar esta postura en los antecedentes culturales de dicha etnia en cuanto a su cosmovisión de la muerte.⁴²

También la Corte ha tomado en consideración la estructura familiar a efectos de determinar la indemnización por muerte de uno de sus miembros. En el caso Bámaca, al momento de determinar la indemnización por daños materiales con ocasión del asesinato del hijo mayor de una familia maya, etnia mam, la Corte tuvo en consideración “la costumbre maya de que el hijo mayor suele hacer aportes al sostenimiento de sus padres y hermanos”.⁴³ Y para los efectos de determinar la indemnización por daño moral “dadas las particularidades de la cultura maya, etnia mam, para el núcleo familiar de Bámaca Velásquez la pérdida del soporte emocional y económico del hijo mayor significó grandes sufrimientos”.⁴⁴

Esta jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones abre la puerta para la consideración de los elementos culturales particulares de las comunidades indígenas a la hora de interpretar los derechos y libertades establecidos en la Convención

³⁶ *Ibidem*, párr. 62.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 54, 62-64.

³⁸ *Ibidem*, párr. 62.

³⁹ *Caso Bámaca Velásquez - reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 36.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 81.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, párr. 52.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 65.b)

Americana sobre Derechos Humanos, en particular a la luz de la propia consideración de la Corte en el sentido “de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁴⁵

4. Recursos efectivos

La Corte también ha tratado la situación en la cual existe el reconocimiento de derechos, pero no existen los mecanismos adecuados y eficaces para hacerlos valer en el derecho interno. Esta es una materia trascendental en el tema indígena atendido los sucesivos reconocimientos formales de derechos indígenas en las legislaciones nacionales del continente, pero sin un cumplimiento efectivo de estos.

En materia de recursos efectivos debemos analizar cómo un derecho es garantizado adecuadamente en la legislación interna. Cada derecho convencional debe ser garantizado por el Estado de forma tal que este pueda ser plenamente gozado y ejercido por las personas⁴⁶; además, la Convención establece, a través de su art. 25, una obligación especial para el Estado, cual es, establecer en su legislación recursos judiciales sencillos y rápidos que permitan reclamar el goce y pleno ejercicio de los derechos convencionales y también de los derechos constitucionales o legales.⁴⁷

En el caso de la comunidad Mayagna se alegó la ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación nicaragüense para hacer efectivos los derechos de las comunidades indígenas y la falta de demarcación de las tierras poseídas por la Comunidad Mayagna (Sumo); además, se sostenía que pese a las gestiones efectuadas por la Comunidad, no se había logrado un reconocimiento estatal a la propiedad comunal y, más aún, se había visto perjudicada por una concesión maderera otorgada a una compañía llamada SOLCARSA en las tierras ocupadas por esta comunidad.⁴⁸

¿Cuál fue el camino que tomó la Corte para resolver el caso? En primer lugar, fijó los estándares aplicables al artículo 25.1 de la CADH (recurso judicial)⁴⁹ invocando su propia jurisprudencia, en la que ha establecido con precisión que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido y que este es un derecho básico en el sistema de protección de los derechos humanos; que la inexistencia de este recurso constituye una trasgresión de la Convención; y, que es deber del Estado asegurar que dicho recurso sea eficaz para resolver la situación para la cual ha sido creado.⁵⁰

A continuación, la Corte plantea la pregunta fundamental para resolver cualquier pregunta sobre la efectividad de los recursos: si estos existen y en caso que hayan sido usados, si fueron resueltos cumpliendo con las exigencias antes señaladas.

⁴⁵ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párr. 149.

⁴⁶ Esta es una consecuencia de la obligación general de garantía de los derechos establecida en los arts. 1 y 2 de la CADH.

⁴⁷ Artículo 25 numeral 1 de la CADH: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴⁸ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párr. 109.

⁴⁹ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁵⁰ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párrs. 112-114

En cuanto a la existencia de legislación, es interesante el caso resuelto por la Corte ya que en la legislación de Nicaragua existen variadas normas, de diverso rango, que tratan sobre el tema indígena. La Corte reconoce y analiza esta legislación, pero llega a la conclusión que, respecto del caso específico, esto es, la delimitación y demarcación de territorio indígena, la legislación interna “no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”.⁵¹ A juicio de la Corte para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena.⁵² Por último, para comprobar la violación del derecho convencional, la Corte tiene en consideración un aspecto factual, cual es, que en Nicaragua no se han titulado tierras de carácter indígena.⁵³ Todos estos elementos la hacen concluir que “no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas”.⁵⁴

En cuanto a la efectividad de los recursos utilizados en la legislación interna, la Corte también fija los criterios para determinar si estos cumplen con las exigencias convencionales. En primer lugar, se determinó que las comunidades habían interpuesto una serie de recursos en la legislación interna de Nicaragua,⁵⁵ por lo que formalmente se tiene por establecida la existencia de los recursos. En cuanto a las exigencias de fondo, la Corte sostiene que la institución procesal del amparo es un mecanismo adecuado en la medida que garantice un procedimiento breve y sencillo.⁵⁶ En consecuencia, este recurso para ser efectivo debe ser tramitado en un plazo breve, si no se cumple con este requisito “los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado”.⁵⁷ Para dar efectividad a los recursos y conforme lo preceptuado en el artículo 1.1 de la CADH, el Estado deberá asegurarse de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz y asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.⁵⁸

La sentencia concluye su análisis en los siguientes términos:

“La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas

⁵¹ *Ibidem*, párr. 123.

⁵² *Ibidem*, párr. 124.

⁵³ *Ibidem*, párr. 126.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 127.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 129-130.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 131.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 134. Ver además: *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia de 16 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 137; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 93; y *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

⁵⁸ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo)*, nota 25, párr. 135. Además, ver *Caso Villagrán Morales y otros*, nota 20, párr. 237; *Caso Ivcher Bronstein*, nota 56, párr. 135; y *Caso Cantoral Benavides*, nota 20, párr. 163.

Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”.⁵⁹

De esta forma, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena. Conclusión que puede ser extrapolada a la obligación que tiene el Estado de asegurar efectivamente los otros derechos de las comunidades indígenas a través de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias del continente. Esto teniendo en consideración que las legislaciones indígenas en el continente dicen relación no sólo con el tema del derecho a la tierra, sino que también con el goce y ejercicio de otros derechos, todos los cuales debieran contar con recursos para su exigibilidad en el plano interno que cumplan con los criterios mínimos establecidos por la Corte.

No puede dejar de ser mencionado el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

5. Reparaciones

La Corte, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 63.1 de la CADH, cuando decide que en un caso ha habido una violación a la Convención, debe disponer que se garantice al lesionado el goce de sus derechos; además, determinará que se reparen las consecuencias de la violación al derecho o libertad conculcado y ordenará el pago de una justa indemnización.

En el caso *Aloeboetoe*, la Corte determinó la necesidad de proceder a un tipo particular de reparación, la reparación social, para ello estableció la obligación del Estado de reabrir una escuela que estuviera al servicio de los hijos de las víctimas⁶⁰. En este caso la argumentación para conceder la reparación social estuvo vinculada a la situación particular de los hijos de las víctimas y no al colectivo.

En el caso *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, la Corte ordenó al Estado: a) adoptar un mecanismo efectivo de demarcación, delimitación y titulación de tierras, b) delimitar, demarcar y titular las tierras que correspondían a los miembros de la Comunidad, en un plazo máximo de 15 meses y que dicho proceso contara con su plena participación, y tomara en consideración el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de la Comunidad, y, c) que mientras no se hayan delimitado, demarcado y

⁵⁹ *Caso Comunidad Mayagna (sumo)*, nota 25, párr. 138.

⁶⁰ “En la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas.

“Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año”. (*Caso Aloeboetoe-reparaciones*, nota 35, párr. 96).

titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, el Estado debía abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que sus propios agentes o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.⁶¹

Ahora, en el plano indemnizatorio, la Corte buscó una solución híbrida, que reconoce un titular colectivo del derecho, pero no le da autonomía para decidir su uso:

“[El] Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”.⁶²

No vemos razón para haber ordenado una indemnización que no fuera el pago directo a la comunidad del monto total; la inversión de dichos montos debiera ser una decisión autónoma de la comunidad y sin necesidad de supervisión alguna. Este es un punto criticable de la sentencia ya que en él se trasunta una visión paternalista que debiera ser rechazada, en especial por un órgano internacional que en el mismo fallo ha propugnado por el respecto pleno y total de los derechos indígenas.

En conclusión, el fallo de la Corte ha tenido avances y retrocesos. El avance, haber ordenado medidas que benefician a toda la comunidad y haber considerado a la comunidad como titular de derechos; el retroceso, no haber reconocido autonomía a la comunidad para decidir el destino de la indemnización.

IV. Conclusiones

El sistema interamericano de derechos humanos no tiene ni la capacidad ni el rol de solucionar los graves problemas que históricamente aquejan a los pueblos indígenas en el continente, esta es una obligación de los Estados. Mas, los criterios que ha establecido la Corte Interamericana en su desarrollo jurisprudencial pueden servir de base para guiar las políticas del Estado tendientes a resolver los problemas de las comunidades indígenas con apego a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido los derechos humanos pueden constituirse en un punto de encuentro entre dos posturas que a la fecha han estado alejadas y sin puntos comunes donde asentar bases de diálogo.

El sistema interamericano tiene los instrumentos, los órganos y los procedimientos tendientes a proteger los derechos humanos de todos los habitantes del continente, sin exclusión de ningún grupo.

La Corte Interamericana ha tratado el tema indígena en su jurisprudencia de forma directa e indirecta, estableciendo claras obligaciones para los Estados y reconociendo las particularidades en el goce y ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas de nuestro continente. Esta puede ser la base común sobre la cual buscar soluciones definitivas a la temática indígena con plena justicia y respeto por los pueblos indígenas de América.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 164.

⁶² *Ibidem*, párr. 167.