

# Los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un aporte para los derechos humanos

Por *Eduardo* FERRER MAC-GREGOR\*

## *I. Introducción*

**E**N EL MUNDO EXISTEN MÁS DE 5 000 distintos grupos humanos indígenas y tribales en unos 90 países que hablan aproximadamente 7 000 lenguas, según datos de la ONU en 2017.<sup>1</sup> Estos 5 000 grupos están constituidos por 370 millones de personas, es decir, más de 5% de la población mundial, que se encuentran entre los sectores más desfavorecidos y vulnerables y representan 15% de los más pobres.<sup>2</sup>

En el caso de América Latina, el Banco Mundial estimó que en 2010 existían alrededor de 42 millones de personas indígenas, según datos disponibles del último censo, lo que representaba casi 8% de la población total.<sup>3</sup> Por otro lado, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó que en 2010 la población indígena era de casi 45 millones y se habían contabilizado 826 pueblos indígenas, 200 de los cuales quizá vivan en aislamiento voluntario.<sup>4</sup> Según la CEPAL, los países con mayor cantidad de po-

---

\* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México; e-mail: <eferrerm@unam.mx>.

Ponencia presentada en la mesa “Balance y perspectivas: a 10 años de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, organizada por la Cátedra Extraordinaria Rigoberta Menchú Tum, 3 de octubre de 2017, Auditorio Mario de la Cueva de la Torre II de Humanidades, Ciudad Universitaria, México.

<sup>1</sup> Véase información en la DE: <<http://www.un.org/es/events/indigenousday/>>.

<sup>2</sup> *State of the world's indigenous peoples*, ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Política Social y Desarrollo, Secretaría Permanente para las cuestiones indígenas, ST/ESA/328, Nueva York, 2009, p. 21.

<sup>3</sup> *Latinoamérica indígena en el siglo XXI*, Washington, D.C., Banco Mundial, 2015, p. 10.

<sup>4</sup> Respecto de la población en aislamiento voluntario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que: “16. Es imposible saber cuántos pueblos o personas indígenas permanecen en aislamiento, pero algunos cálculos se refieren a unos 200 pueblos y aproximadamente a 10 000 personas. Habitan en las zonas más remotas y de difícil acceso de Sudamérica, en la selva amazónica y en la región del Gran Chaco.

blación indígena son: México (15.1 millones de personas),<sup>5</sup> Perú (7 millones), Bolivia (6.2 millones), Guatemala (5.9 millones), Chile (1.7 millones), Colombia (1.6 millones), Ecuador (1 millón) y Brasil (900 000); por otro lado, según el mismo organismo de la ONU, los países con el mayor número de pueblos indígenas son Brasil (305), Colombia (102), Perú (85), México (78) y Bolivia (39). Igualmente 70 pueblos indígenas en Brasil, 35 en Colombia y 13 en Bolivia se encuentran en peligro de desaparición física o cultural.<sup>6</sup>

En este contexto, el presente trabajo busca visibilizar algunos aspectos torales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Tribunal Interamericano) ha desarrollado en su jurisprudencia sobre los pueblos indígenas y tribales como

Entre los pueblos en aislamiento o contacto inicial identificados en la región se encuentran los Akuntsu, Awá-Guajá, Gavião, Hi Merimã, Janinawá, Japá, Jururei, Kaiapó, Kanoe, Katawixi, Korubo, Kulina, Masco, Mashco Piro, Makú, Nambikuara, Pano, Pirititi, Tupi Kawahiv, Waiãmpi, Zo'ê, Zuruahã, en Brasil; los Abijira, Amahuaca, Arabela, Ashánika, Cacataibo, Caquinte, Curanjeño, Iñapari, Iscobaquebu (Remo), Isconahua, Iquito, Kapanahua, Kirineri, Korubo, Maraktoa, Marubo, Mashco Piro, Mastanahua, Matis, Matsés, Matsigenka, Mayoruna, Murunahua-Chitonahua, Nanti, Pananujuri, Pano, Sharanahua, Taushiro, Waorani, Yaminahua, Yine y Zápara en Perú; los Araona, Ayoreo (Ayoréode), Baure, Cavineño, Chacobo, Esse Ejja, Guarasug'we, Machineri, More, Mosekene, M'bya Yuki, Pacahuara, Tapiete, Toromona, T'simanes (Chimanes), Sirionó, Uru Chipaya, Uru Iruito, Uru del Lago Poopo, Uru Murato, Yaminahua, Yora, Yuracaré y Yuqui (Yuki) en Bolivia; los Tagaeri, Taromenane y Waorani en Ecuador; grupos del pueblo Ayoreo y los Mby'á en Paraguay; los Hoti, Piaroa y Yanomami en Venezuela; los Nükak (Makú), y los Yuri, Arojes o Carabayos en Colombia, entre otros no identificados", CIDH, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 16.

<sup>5</sup> En el caso mexicano, en 2017 la Dirección General de Análisis Legislativo del Instituto "Belisario Domínguez", del Senado de la República, en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, al analizar información del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) arrojó los siguientes datos: 1) México ocupa el octavo lugar en el mundo entre los países con mayor cantidad de pueblos indígenas; 2) es el segundo país de América, después de Perú, con el mayor volumen de población de origen étnico, la cual reside fundamentalmente en zonas rurales y de alta marginación; 3) el monto de la población indígena mexicana rebasa la cantidad de habitantes de países como Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay; 4) en 2015, a partir de la Encuesta Intercensal y el criterio de hogar indígena, la CDI estimó en 12 025 947 el monto de población indígena, que constituyó 10.1% de la población nacional; 5) 75% de las y los indígenas se concentraban en ocho entidades federativas: Oaxaca (24.4%), Chiapas (14.2%), Veracruz (9.2%), Estado de México (9.1%), Puebla (9.1%), Yucatán (8.8%), Guerrero (5.7%) e Hidalgo (5.0%), cf. Gabriela Ponce Sernicharo e Irma del Rosario Kánter Coronel, *Día Internacional de los Pueblos Indígenas*, México, Instituto "Belisario Domínguez" del Senado de la República, 2017 (Serie *Al día: las cifras hablan*, núm. 71).

<sup>6</sup> *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago de Chile, CEPAL/ONU, 2014, pp. 43-45.

un grupo en situación de vulnerabilidad.<sup>7</sup> A través de esta protección especial dichos pueblos han tenido una importante presencia en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano. A la fecha, éste se ha pronunciado en materia indígena y tribal sobre diferentes temáticas, entre las que destacan ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, masacres, desplazamiento forzado interno, violación sexual como forma de tortura en los casos de mujeres indígenas, participación política, personalidad jurídica, discriminación *de facto* hacia las poblaciones indígenas, condiciones de vida digna, uso del idioma y los derechos vinculados con la propiedad territorial indígena y tribal colectiva. En este último rubro se derivan obligaciones concretas de gran relevancia, como la obligación de consulta y la obligación de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento.

Antes de abordar las temáticas descritas, es necesario enmarcar el *corpus iuris* en el cual se ha basado la Corte IDH en materia indígena y tribal. Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha considerado principalmente: el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989; los Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos de 1966, las Observaciones y Recomendaciones Generales de Comités de Naciones Unidas,<sup>8</sup> la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos<sup>9</sup> y la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos.<sup>10</sup> En

<sup>7</sup> La Corte IDH ha externado que: “102. La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia del 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 102.

<sup>8</sup> Véase Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General núm. 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, 22 de agosto de 1997, o Comité de los Derechos del Niño, *Observación General núm. 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención de los Derechos del Niño*, CRC/C/GC/11, 12 de febrero de 2009.

<sup>9</sup> Véase al respecto *Apirana Mahuika y otros vs. New Zealand*, Comunicación núm. 547/1993, U.N. Doc.CCPR/C/70/D/547/1993 (2000).

<sup>10</sup> Véase al respecto *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, Comunicación núm. 276/03, en DE: <[http://www.achpr.org/files/sessions/46th/comunicaciones/276.03/achpr46\\_276\\_03\\_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/46th/comunicaciones/276.03/achpr46_276_03_eng.pdf)>.

este escenario de un vasto *corpus iuris*, en 2017 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cumplió diez años de haber sido aprobada en el seno de la ONU; por otro lado, de manera más reciente, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 constituye otro pilar fundamental que seguramente será motivo de desarrollos importantes en la jurisprudencia interamericana. También conviene destacar que la Corte IDH ha utilizado los pronunciamientos de altos tribunales latinoamericanos para ir ampliando su jurisprudencia, ya que por la vía interpretativa las jurisdicciones nacionales en la materia han tenido significativos avances.<sup>11</sup>

En términos generales, la jurisprudencia indígena puede dividirse en dos grandes bloques. Por una parte, los temas que no se encuentran vinculados con la propiedad colectiva indígena y, por otra, los relacionados propiamente con los territorios indígenas. Antes de abordar estos dos apartados, nos referiremos brevemente a la Declaración Universal y a la Declaración Americana sobre la materia como instrumentos fundamentales en el derecho internacional.

## *II. La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a diez años de su adopción: su influencia en la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*

UNA característica del derecho internacional de los derechos humanos ha sido propugnar una mayor y mejor especificidad para ciertos grupos que han sido históricamente discriminados. De esta manera encontramos que se han aprobado instrumentos internacionales relativos a los derechos de las mujeres, de las personas migrantes, de las personas con discapacidad, entre otros. Un gran antecedente de lo que sería la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) fue el trabajo realizado con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la elaboración del Convenio núm. 107 (1957) y con posterioridad el Convenio núm. 169 (1989).

En el marco de Naciones Unidas, en 1982 se creó el primer mecanismo para atender las cuestiones relativas a los derechos de

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, el caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 164.

los pueblos indígenas.<sup>12</sup> En su marco se redactó un primer proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>13</sup> que fue aprobado en 1994 y sometido a la Comisión de Derechos Humanos.<sup>14</sup> El Consejo de Derechos Humanos lo aprobó en su primer periodo de sesiones, celebrado en junio de 2006, con 30 votos a favor, 2 en contra y 12 abstenciones.<sup>15</sup>

La aprobación de la Declaración significó la suspensión de negociaciones, por más de dos décadas, entre Estados, pueblos indígenas y organizaciones de la sociedad civil. La Declaración en el seno de Naciones Unidas es el instrumento internacional más amplio en lo tocante a los derechos de los pueblos indígenas<sup>16</sup> y ocupa una posición especial dentro del sistema de la ONU. Esto se debe, en gran parte, al modo en que fue negociada; sus principales beneficiarios, los pueblos indígenas, estuvieron directamente implicados en cada etapa del proceso de establecimiento de normas.<sup>17</sup>

Ahora bien, debe destacarse la influencia de esta Declaración en la más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al representar aquélla un importante punto de partida.<sup>18</sup> Ambas Declaraciones comparten algunos rasgos similares como el derecho a la libre determinación,<sup>19</sup> la plena

---

<sup>12</sup> Resolución 49/214 aprobada por la Asamblea General, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, p. 2, en DE: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/49/214&Lang=S>>.

<sup>13</sup> Comisión de Derechos Humanos, Discriminación contra los Pueblos Indígenas, *Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1993/26, 8 de junio de 1993.

<sup>14</sup> Resolución 49/214 aprobada por la Asamblea General, *Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas en el Mundo*, A/RES/49/214, 17 de febrero de 1995, párr. 5; y Resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Resolución 2006/2 del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>16</sup> Cf. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Ginebra, 2013, p. 6.

<sup>17</sup> Dalee Sambo Dorough, “La significación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas y su futura aplicación”, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, eds., *El desafío de la Declaración: historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, Copenhague, IWGIA, 2010, p. 285.

<sup>18</sup> Cf. OEA, *Cuadro comparativo entre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, OEA/Ser.K/XVGTADADIN/doc.317/07rev.1, 14 de marzo de 2008, en DE: <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN\\_doc\\_317-07\\_rev1\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/GT-DADIN_doc_317-07_rev1_esp.pdf)>.

<sup>19</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo III; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3.

vigencia de todos los derechos humanos,<sup>20</sup> el reconocimiento de los pueblos indígenas en tanto individuos, pero también como sujetos colectivos,<sup>21</sup> el derecho a pertenecer a un pueblo indígena,<sup>22</sup> el rechazo a la asimilación,<sup>23</sup> la protección contra el genocidio<sup>24</sup> y el derecho a la consulta,<sup>25</sup> entre otros. Sin embargo, la Declaración Americana contempló algunas cuestiones que no se recogieron en la Declaración de la ONU, como el reconocimiento expreso de la autoidentificación en tanto pueblos indígenas,<sup>26</sup> el derecho a la identidad cultural o a la integridad cultural<sup>27</sup> o el derecho a un medio ambiente sano y su relación con las comunidades indígenas,<sup>28</sup> importantes aspiraciones en conjunción con la Declaración Universal.

Como se había mencionado, la Corte IDH hace uso de diferentes fuentes del derecho internacional, entre ellas la Declaración de Naciones Unidas. Por ejemplo, en el caso *Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*, el Tribunal Interamericano recordó “que los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas”.<sup>29</sup> En el caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras*, consideró que la Declaración de las Naciones Unidas indica en su artículo 25 que “los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.<sup>30</sup>

<sup>20</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo v; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 1.

<sup>21</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo vi; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 1.

<sup>22</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo viii; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 9.

<sup>23</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo x; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 8.

<sup>24</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo xi; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 7.

<sup>25</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 23.2, 28.3 y 29.4; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 16, 17, 19, 30, 32, 36 y 38.

<sup>26</sup> Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo i.

<sup>27</sup> *Ibid.*, artículo xiii.

<sup>28</sup> *Ibid.*, artículo xix.

<sup>29</sup> Caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 14 de octubre de 2014. Serie C, núm. 284, párr. 118.

<sup>30</sup> Caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 305, párr. 136.

En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras* externó, a la luz del artículo 26 de dicha Declaración, “el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”, así como el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar esas tierras, por lo que los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esos territorios respetando las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas”.<sup>31</sup>

Finalmente en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, el Tribunal Interamericano expresó —en relación con los derechos políticos— que el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas establece “el derecho [de los pueblos indígenas] a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes”; y el artículo 32, en lo pertinente, dispone el deber de los Estados de “celebrar consultas y cooperación de buena fe [...] antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras [...] particularmente en relación con [la utilización o la explotación] de recursos minerales”.<sup>32</sup>

Como podemos observar, la Declaración de Naciones Unidas en la materia ha ayudado a ir consolidando una mayor protección para las comunidades que tienen un especial vínculo ancestral con sus territorios, por lo cual robustece nuestro sistema de protección de derechos humanos. Debe precisarse que la Corte IDH ha utilizado esta Declaración en la reciente Opinión Consultiva núm. 23 (2017) sobre *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, para precisar en el artículo 19 el reconocimiento expreso de derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304, párr. 174.

<sup>32</sup> Caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 202.

<sup>33</sup> *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 23, párr. 58.

### III. Temas no vinculados con la propiedad colectiva indígena

#### 1. Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas

EN los casos de las comunidades indígenas y tribales, la Corte IDH ha utilizado su jurisprudencia constante relativa a las obligaciones de respeto al derecho a la vida (en el caso de ejecuciones extrajudiciales) y de prohibición de desaparición forzada (violación del derecho a la personalidad jurídica, a la vida, integridad personal, a la personalidad jurídica, garantías judiciales y acceso a la justicia).<sup>34</sup> Lo característico en estos casos han sido *los efectos indirectos que tienen estas violaciones de derechos humanos en las familias o en las comunidades*. Así encontramos, por ejemplo, la imposibilidad de que se les dé a las víctimas de desaparición forzada una sepultura de acuerdo con las costumbres o bien que las comunidades honren a sus muertos, los efectos amedrentadores de la ejecución o desaparición de líderes indígenas o el desplazamiento forzado, como analizaremos a continuación.

##### a) Efectos relativos a la imposibilidad de dar sepultura de acuerdo con sus costumbres

Si bien la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales son violaciones graves de derechos humanos en el derecho internacional, y ha empezado a surgir un derecho “a conocer la verdad” de lo ocurrido, en el caso de las comunidades indígenas este derecho tiene especial significación y relevancia, dados los aspectos culturales que rodean los ritos de sepultura de los miembros de las comunidades. Los primeros acercamientos a esta cuestión los encontramos en los casos *Bámaca Velásquez* (desaparición forzada) y *Masacre Plan de Sánchez* (ejecución extrajudicial sumaria).

En el caso *Bámaca Velásquez* —como medida de reparación— la Corte IDH consideró, en cuanto a la violación del artículo 4 de la

---

<sup>34</sup> Casos de ejecuciones extrajudiciales: *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*; *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*; *Moiwana vs. Surinam*; *Escué Zapata vs. Colombia*; *Masacre de Río Negro vs. Guatemala*; y *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. Casos de desaparición forzada: *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*; *Tiu Tojín vs. Guatemala*; *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; *Masacre de Río Negro vs. Guatemala*; y *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*.



Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Estado debía localizar y hacer entrega de los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez a sus familiares, *a fin de que reciba sepultura según sus costumbres y creencias religiosas*.<sup>35</sup>

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte IDH externó que la comunidad Plan de Sánchez sólo había podido realizar el entierro de algunos de sus familiares conforme a las ceremonias mayas, a sus creencias y religiosidad a partir de 1994.<sup>36</sup> En este caso, la Corte IDH tomó en consideración la aceptación de responsabilidad del Estado guatemalteco en relación con las violaciones relativas a la libertad religiosa (artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), por lo que no hizo consideraciones adicionales sobre este punto.<sup>37</sup>

Con posterioridad, en el caso *Moiwana vs. Surinam* —relacionado con ejecuciones extrajudiciales— la Corte IDH expresó, sobre la violación del artículo 5 del Pacto de San José de los familiares de las víctimas, que “[era] extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado en una forma particular durante las ceremonias mortuorias N’djuka y ser colocado en el lugar adecuado de entierro del grupo familiar. Sólo quienes han sido considerados indignos no reciben un entierro honorable”,<sup>38</sup> de lo contrario

si no se realizan los diferentes rituales mortuorios de conformidad con la tradición N’djuka, esto se considera una transgresión moral profunda, lo cual no sólo provoca el enojo del espíritu de la persona que murió, sino también puede ofender a otros ancestros [...] Esto tiene como consecuencia una serie de “enfermedades de origen espiritual” que se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden afectar a toda la descendencia [...] Los N’djuka consideran que tales enfermedades no se curan espontáneamente, sino deben resolverse a través de medios culturales y ceremoniales; si esto no es así, las condiciones persistirían a través de generaciones.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia del 22 de febrero de 2002. Serie C, núm. 91, párr. 79.

<sup>36</sup> Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia del 29 de abril de 2004. Serie C, núm. 105, párr. 42.30

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 36.4: “Reconoc[ió] su responsabilidad internacional por la violación del artículo 12.2, 12.3, 13.2 literal (a) y 13.5 por no garantizar la libertad de manifestar las creencias religiosas, espirituales y culturales de los familiares de las [...] víctimas y miembros de la comunidad”.

<sup>38</sup> Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 98.

<sup>39</sup> *Ibid.*, párr. 99.

En el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (relacionado con ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de los miembros de la comunidad maya), al analizar directamente la violación del artículo 12 de la Convención Americana en relación con el “derecho a enterrar a los muertos”, la Corte IDH consideró que:

155. La Convención Americana no contempla explícitamente el derecho de “enterrar a los muertos”. La Corte Interamericana ha abordado este tema no como un derecho sustantivo, sino en el marco de las reparaciones en casos de desapariciones forzadas, principalmente como consecuencia de la vulneración de algún otro derecho que sí esté previsto en la Convención. Así, por ejemplo, el Tribunal ha ordenado que, de encontrarse los restos de una persona desaparecida, éstos sean entregados a sus familiares y que el Estado cubra los gastos funerales o de sepultura.<sup>40</sup>

Particularmente en este caso, la Corte IDH declaró la violación del artículo 5 en relación con el artículo 12 del Pacto de San José, al estimar que los miembros de la comunidad de Río Negro no podían realizar sus rituales fúnebres por el hecho de que el Estado no había localizado ni identificado la mayor parte de los restos de personas ejecutadas durante las masacres, ya que diecisiete de ellas se encontraban desaparecidas forzosamente. Además, el Tribunal Interamericano constató que los miembros de la comunidad tampoco podían realizar cualquier otro tipo de rituales, pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encontraban inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy.<sup>41</sup> En cambio, en el caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH no hizo un pronunciamiento autónomo y declaró la no violación del artículo 12 de la CADH frente a las alegaciones de las víctimas, con el argumento de que al ser desplazadas de sus territorios no habían podido practicar su cultura.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 4 de septiembre de 2012. Serie C, núm. 250, párr. 155.

<sup>41</sup> *Ibid.*, párr. 160.

<sup>42</sup> Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C, núm. 328, párr. 204.

## b) Efectos de las ejecuciones y desapariciones forzadas de líderes indígenas

En casos como *Chitay Nech y otros* y *Escué Zapata*, la ejecución y la desaparición forzada de líderes ha tenido un efecto amedrentador en las comunidades indígenas en relación directa con la participación política. Sobre el primero la Corte IDH externó que

el patrón de hostigamiento contra la población considerada como “enemigo interno” [...] en su mayoría mayas, tuvo como objetivo la vulneración no sólo de sus bases sociales sino también de sus líderes, representantes sociales y políticos. El móvil dentro del cual se presenta la desaparición forzada de Florencio Chitay, así como de otros miembros que ejercían cargos públicos, demuestra la clara intención del Estado de desarticular toda forma de representación política que atentara a su política de “Doctrina de Seguridad Nacional”.<sup>43</sup>

En este sentido, la Corte IDH agregó que

el hostigamiento y la posterior desaparición forzada de Florencio Chitay no sólo había truncado el ejercicio de su derecho político dentro del periodo comprendido en su cargo, sino que también se le impidió cumplir con un mandato y vocación dentro del proceso de formación de líderes comunitarios. Asimismo, la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático.<sup>44</sup>

En el caso *Escué Zapata*, pese a que no determinó una violación al artículo 23 de la Convención Americana, la Corte IDH reconoció que “la pérdida de un líder para el Pueblo Paez significó una ‘desmembración y daño a la integridad de la colectividad; frustración ante la enorme confianza depositada en él para ayudarlos a realizar el buen vivir y sentimientos de pérdida ante los esfuerzos colectivos

<sup>43</sup> Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212, párr. 108.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párr. 113. Lo que también se traducía en la violación de derechos de participación política, párrs. 104-117 y 121.

realizados para que, apoyado por su comunidad, pudiera actuar en desarrollo de su misión como persona especial”<sup>45</sup>.

c) Desplazamiento forzado

La irrupción de forma violenta por parte de las fuerzas armadas en las comunidades indígenas produce en ocasiones el desplazamiento de comunidades enteras fuera de sus territorios ancestrales, lo que a la luz del artículo 22 del Pacto de San José se considera desplazamiento forzado. Este particular hecho tiene importantes repercusiones en la cosmovisión de las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior debido a que al salir de forma inesperada de sus comunidades y ante la falta de condiciones de retorno seguras, no pueden dar sepultura conforme a sus ritos a las personas que son ejecutadas en su territorio; además, constituye una ruptura con el territorio ancestral, lo que implica que sus valores y costumbres, que se transmiten de generación en generación, no se perpetúen.

En relación con el primer punto —imposibilidad de retorno seguro por irrupciones violentas que han causado muertes—, en el caso *Moiwana* la Corte IDH externó que la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción *de facto* muy precisa, que se origina en el miedo fundado descrito anteriormente, que los aleja de su territorio ancestral.<sup>46</sup> Agregó que el Estado no había establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales —dado que objetivamente no hay ninguna garantía de que serán respetados sus derechos humanos, particularmente los derechos a la vida e integridad personal. Al no establecer tales elementos, tampoco una investigación penal efectiva para poner fin a la impunidad reinante por el ataque de 1986, Surinam no ha garantizado a los miembros de la comunidad su derecho de circulación y residencia. Asimismo, el Estado ha privado efectivamente a los miembros de la comunidad que todavía

<sup>45</sup> Caso *Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165, párr. 124.

<sup>46</sup> Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124, párr. 119.

se encuentran exiliados en la Guyana Francesa de sus derechos a ingresar a su país y permanecer en él.<sup>47</sup>

En relación con la imposibilidad de retorno seguro y sepultura digna a las personas ejecutadas, en las reparaciones la Corte IDH externó que:

Por esta razón, una de las principales fuentes de sufrimiento para los miembros de la comunidad es que ignoran lo que aconteció con los restos de sus seres queridos y, como resultado, no pueden honrarlos y enterrarlos según los principios fundamentales de la cultura N'djuka. Además, la Corte observa que los miembros de la comunidad se han visto afectados emocionalmente por la información de que algunos cadáveres fueron incinerados en una funeraria de Moengo. Tal como lo declaró el señor Willemdam, “ésa es una de las peores cosas que nos podría ocurrir, quemar el cuerpo de alguien que murió”.<sup>48</sup>

En cuanto al segundo punto —la separación del territorio por el desplazamiento forzado derivado de una desaparición forzada y el rompimiento de los valores culturales que se transmiten de generación en generación, en especial a las niñas y los niños—, el caso *Chitay Nech* constató que los familiares de la víctima habían tenido que huir de su comunidad para proteger sus vidas ante las graves amenazas y constantes persecuciones que sufrieron.<sup>49</sup> En este sentido, el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez, por su condición de indígenas mayas, pues el abandono de la comunidad no sólo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual.<sup>50</sup> Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural y afectó su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.<sup>51</sup>

El Tribunal Interamericano determinó que si bien no constaba que Guatemala hubiera restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros del núcleo familiar de Florencio Chitay, la libertad se encontraba limitada por las amenazas u hostigamientos que había provocado su partida.<sup>52</sup> En

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr. 120.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>49</sup> Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Serie C, núm. 212, párr. 143.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 145.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 146.

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 150.

este caso, se constató que el desplazamiento forzado había tenido un efecto significativo en las niñas y niños, pues se vieron privados de su vida cultural. La Corte IDH consideró que:

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social, la Corte estima que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión e idioma.<sup>53</sup>

En suma, violaciones como la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales no sólo tienen repercusión directa en las personas, sino que también repercuten en aspectos culturales que forman parte de la intimidad de las familias y de las comunidades y que inclusive se proyectan más allá de la vida “terrenal” pues la imposibilidad de acceder o retornar a sus territorios de forma segura las somete a una especie de “muerte espiritual”, conforme a sus creencias.

## 2. Uso del idioma

En el caso *López Álvarez*, bajo la óptica de los artículos 13 y 24 de la CADH, la Corte IDH consideró que la prohibición del director del Centro Penal de Tela a la población garífuna de hablar en su lengua materna constituía una medida injustificada que lesionaba la individualidad de los detenidos y no obedecía a condiciones de seguridad o tratamiento. Así se consideró que la prohibición adquiriría una especial gravedad, ya que el idioma materno representaba un elemento de identidad del señor Alfredo López Álvarez como garífuna, de modo que la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad.<sup>54</sup>

En su análisis, la Corte IDH estimó que “los Estados deben tomar en consideración los datos que diferenciaban a los miembros de pueblos indígenas de la población en general y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más impor-

<sup>53</sup> *Ibid.*, párr. 169.

<sup>54</sup> Caso *López Álvarez vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C, núm. 141, párr. 169.

tantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantizan la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.<sup>55</sup>

### 3. Violaciones sexuales a mujeres indígenas

La Corte IDH ha considerado que “en particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima”<sup>56</sup> y son una forma de tortura.<sup>57</sup> En este sentido cabe destacar también los efectos que acarrearán las violaciones sexuales tanto para la víctima que las sufre como al interior de las comunidades. Y es que en muchas ocasiones las primeras son señaladas dentro de sus comunidades, lo que las obliga a abandonarlas; por lo que, en general, las consecuencias son desproporcionadamente mayores por confluir de forma interseccionada dos circunstancias, ser mujer y ser indígena.<sup>58</sup>

Cabe destacar en este rubro la especial diligencia que deben tener las autoridades, por ejemplo, en el caso de Inés Fernández Ortega, la Corte IDH constató que la víctima no había contado inicialmente con un intérprete que le tomara su denuncia en su lengua materna<sup>59</sup> ni con personal médico femenino que le realizara un examen ginecológico en los Ministerios Públicos.<sup>60</sup>

### 4. Participación política

El caso *Yatama vs. Nicaragua* constituye el más representativo de la participación política de los miembros de pueblos indígenas en el Sistema Interamericano. La Corte IDH reconoció el derecho de los pueblos indígenas para participar, de manera directa y proporcional a su población, en la dirección de los asuntos públicos del país, sin necesidad de afiliarse a un partido y desde sus propias institu-

<sup>55</sup> *Ibid.*, párr. 171.

<sup>56</sup> Caso *Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 119.

<sup>57</sup> *Ibid.*, párr. 131; y Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 121.

<sup>58</sup> Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, párr. 206.

<sup>59</sup> Caso *Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215, párr. 197ss.

<sup>60</sup> *Ibid.*, párr. 18. El Estado aceptó su responsabilidad internacional en cuanto a este punto.

ciones, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que éstos sean compatibles con los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.

En este sentido, externó que el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales.<sup>61</sup>

En un caso más reciente, la Corte IDH ha vinculado el derecho de participación política a los procesos de consulta.<sup>62</sup>

#### *IV. Temas relacionados con los territorios indígenas*

##### 1. Obligaciones de delimitar, demarcar, titular y sanear el territorio ancestral

LA primera ocasión en que la Corte IDH se enfrentó a la necesidad de interpretar evolutivamente una disposición del Pacto de San José fue el caso *Mayagna Sumo Awas Tigni*, específicamente por lo que se refiere al “derecho a la propiedad privada” previsto en el artículo 21 de la Convención Americana. En este caso la Corte IDH consideró que era necesario hacer algunas precisiones respecto del concepto *propiedad* en las comunidades indígenas, ya que tradicionalmente existe una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de existir tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida 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

---

<sup>61</sup> Caso *Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 127, párr. 225.

<sup>62</sup> Cf. caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párrs. 196 y 203.



espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.<sup>63</sup>

La Corte IDH determinó en los casos *Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek* que cuando las tierras han sido ocupadas por terceros y las comunidades carecen de un título de propiedad comunal sobre sus territorios ancestrales, los Estados están obligados a brindar dicho título mediante procesos judiciales de delimitación, demarcación y titulación de las tierras.<sup>64</sup>

Por otro lado, en el caso *Garífuna Punta Piedras*, la Corte IDH agregó una nueva obligación a las tres anteriores: el *saneamiento*. En el caso mencionado, el Estado hondureño ya había demarcado, delimitado y titulado los territorios ancestrales garífunas; sin embargo, es muy importante hacer notar que dicho territorio había sido invadido por terceros sin título de propiedad, por lo que la obligación del Estado giraba en torno a “remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,<sup>65</sup> como garantía del uso y goce de la propiedad. Recientemente la Corte IDH reiteró la existencia de esta obligación en el caso del *Pueblo indígena Xucuru vs. Brasil* y fue de la opinión que

el saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantiza su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 149.

<sup>64</sup> Véase, entre otros casos: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79; *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214; *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125; y *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

<sup>65</sup> Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Serie C, núm. 304, párr. 181.

<sup>66</sup> Caso *Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 5 de febrero de 2018. Serie C, núm. 346, párr. 124.

## 2. Obligación de consulta

En la sentencia del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* la Corte IDH se pronunció, por primera vez, sobre el derecho de consulta de los pueblos indígenas y tribales, enmarcándolo dentro del derecho a la propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana y haciendo una interpretación evolutiva del mismo. En dicho caso, la Corte IDH consideró que Surinam estaba obligado a realizar la consulta, aun cuando éste no hubiera ratificado el Convenio núm. 169 de la OIT, puesto que consideró que la obligación surgía tanto de la Convención Americana como de otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>67</sup>

Posteriormente, en la sentencia del caso *Kiwcha de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH delimitó con mayor claridad los elementos de una consulta:

- 1) La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no puede delegarse en una empresa privada o en terceros, “mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”.
- 2) El involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto —y no sólo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad— que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta un pueblo indígena o tribal u otros derechos esenciales para su supervivencia.<sup>68</sup>
- 3) No debe haber coerción contra el pueblo por parte del Estado o de agentes o terceros que actúen con su autorización o aquiescencia, es decir, no debe haber intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas.
- 4) La consulta no es un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”, “de buena fe”, donde debe haber “confianza mutua” y “con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”.

---

<sup>67</sup> Caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172, párrs. 93 y 94.

<sup>68</sup> Cabe destacar que de manera más reciente, en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH externó que la consulta previa se actualiza en las distintas etapas del proyecto (exploración, explotación o extracción). Cf. caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párrs. 206 y 207.

- 5) Los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta.
- 6) El Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con las comunidades, según sus costumbres, tradiciones y métodos tradicionales de toma de decisiones.
- 7) El Estado debe supervisar los estudios de impacto ambiental, a la luz de su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.
- 8) Los pueblos deben tener conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.
- 9) Cuando se trate de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas.
- 10) Es deber del Estado —y no de los pueblos indígenas— demostrar efectivamente, en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas.<sup>69</sup>

Como puede advertirse, en el ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho a la consulta ha sido ampliamente desarrollado por la Corte IDH e incluso lo ha considerado como un *principio del derecho internacional*.<sup>70</sup>

### 3. Discriminación

Si bien en la mayoría de los casos tienen un componente de discriminación hacia la población indígena y tribal, existen algunos pronunciamientos puntuales en los cuales la Corte IDH ha externado consideraciones adicionales en relación con este aspecto. En el caso de la *Comunidad indígena Xákmok Kásek*, la Corte IDH consideró que el Estado había sometido a sus miembros a discriminación *de facto*,<sup>71</sup> los había marginado del goce de sus derechos y, además, no había adoptado las medidas positivas necesarias para revertir tal exclusión. En este sentido, la Corte IDH externó que

---

<sup>69</sup> Karla Quintana Osuna y Juan Jesús Góngora Maas, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, México, IJ-UNAM/CNDH, 2017 (Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, núm. 6), pp. 26-28.

<sup>70</sup> Caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 164.

<sup>71</sup> Caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 274.

la situación de extrema y especial vulnerabilidad de los miembros de la comunidad se debe, *inter alia*, a la falta de recursos adecuados y efectivos *que en los hechos* proteja los derechos de los indígenas y no sólo de manera formal; la débil presencia de instituciones estatales obligadas a prestar servicios y bienes a los miembros de la comunidad, en especial, alimentación, agua, salud y educación; y a la prevalencia de una visión de propiedad que otorga mayor protección a los propietarios privados por sobre los reclamos territoriales indígenas, desconociéndose, con ello, su identidad cultural y amenazando su subsistencia física.<sup>72</sup>

#### 4. Reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho a la personalidad jurídica en el caso de las comunidades indígenas y tribales puede analizarse desde dos vertientes: *a)* por la falta de actas de nacimiento y defunción de miembros de comunidades indígenas; y *b)* por el reconocimiento de los “pueblos indígenas y tribales” como sujetos diferenciados de sus miembros. En el caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya* se abordó el derecho de la personalidad jurídica en relación con 18 miembros que habían fallecido como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención respecto a su derecho a la vida, pues no habían contado con registros de nacimiento o defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad.<sup>73</sup> En similar sentido, en el caso *Xákmok Kásek*<sup>74</sup> el Tribunal Interamericano encontró que algunos miembros de la comunidad Xákmok Kásek no contaban con actas de nacimiento, documentos de identidad, y que no se habían emitido las actas de defunción correspondientes.

En el caso *Saramaka vs. Surinam*<sup>75</sup> el análisis fue distinto al presentado en los casos *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek*, pues la Corte IDH reconoció el derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto de personas —más allá de la personalidad jurídica de sus miembros y la protección judicial de sus derechos individuales de propiedad— dándoles un reconocimiento que les permitiese elegir a sus propios representantes, sobre

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 273.

<sup>73</sup> Cf. caso *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párrs. 191, 192 y 193.

<sup>74</sup> Caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

<sup>75</sup> Cf. caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

quienes recaería la responsabilidad de las decisiones que afectaran a la comunidad en su conjunto.<sup>76</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH expresó que el pueblo Saramaka era una entidad tribal distintiva que se encontraba en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado como de terceras partes privadas, en tanto que carecían de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte IDH consideró que el Estado debía reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva.<sup>77</sup> Criterio que se consolidó tanto en el caso *Kaliña y Lokono vs. Surinam* como en la Opinión Consultiva núm. 22,<sup>78</sup> en donde se reconocen como sujetos diferenciados a la comunidad (como sujeto colectivo) y a sus miembros (sujetos individuales).

## 5. Vida digna

En los casos paraguayos (*Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek*), la situación de exclusión de comunidades al borde de carreteras y caminos, derivó en el análisis por parte de la Corte IDH de las condiciones en las que se encontraban (aspectos como salud, alimentación, educación, agua etc.); declaró una violación al derecho a la vida (en su vertiente de garantía) y la falta de condiciones para desarrollar una “vida digna”.<sup>79</sup> Debe precisarse que si bien se han visto involucrados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (como alimentación, salud, agua, educación o cultura), la protección de estos derechos se ha hecho indirectamente a través

<sup>76</sup> Cf. *ibid.*, párr. 169.

<sup>77</sup> *Ibid.*, párr. 174.

<sup>78</sup> Caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 114; y *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22, párr. 74.

<sup>79</sup> Caso *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214, párr. 217; caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párr. 176; y caso *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146, párr. 166.

de otros derechos civiles y políticos (como el derecho a la vida en su vertiente positiva o bien desde la propiedad colectiva) sin declarar, hasta el momento, la violación de los derechos sociales de manera autónoma.<sup>80</sup>

## 6. Reparaciones sobre la restitución del territorio ancestral

Aun cuando se ha dictado una gama importante de reparaciones en materia indígena, debe destacarse la reparación relativa a la restitución y entrega de las tierras ancestrales a las comunidades afectadas o en su defecto tierras alternativas de igual calidad y cantidad. En este sentido, por ejemplo, en el caso *Xákmok Kásek*, ante un incumplimiento reiterado del Estado paraguayo por las dos sentencias anteriormente emitidas bajo la misma temática (*Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*), la Corte IDH estimó que si el plazo de tres años fijado en la sentencia y la prórroga venciera o aquella fuera denegada por el Tribunal sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, éste deberá pagar a los líderes de la comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad determinada por cada mes de retraso.

Además cabe destacar que en aquellos casos en los que no ha existido un desplazamiento fuera del territorio, pero sí restricciones *de facto*, la Corte IDH ha ordenado sanear el territorio por las afectaciones dentro de él. Al respecto, en el caso *Kichwa de Sarayaku* ordenó neutralizar y retirar los explosivos de la superficie,<sup>81</sup> mientras que en el caso *Kaliña y Lokono* se ordenó rehabilitar la zona afectada en la reserva natural (incluyendo el monitoreo del Estado en la participación de la empresa transnacional).<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Al respecto, véase Juan Jesús Góngora Maas, “Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los pueblos indígenas y tribales vinculados con la propiedad territorial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Karla Quintana y Rogelio Flores, coords., *Los derechos de los pueblos indígenas: una visión desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, pp. 79-142.

<sup>81</sup> Caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245, párr. 295.

<sup>82</sup> Caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia del 25 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 309, párr. 290.

## V. Conclusiones

LA Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue un importante punto de partida para visibilizar los derechos específicos de las comunidades indígenas y tribales en el mundo. Esta Declaración ahora debe complementarse con la adopción en nuestra región de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que otorga al Sistema Interamericano un instrumento más para el vasto *corpus iuris* del cual la Corte IDH se ha venido valiendo para fundamentar sus decisiones. Ambos instrumentos llegan en un momento crucial de la historia de los derechos humanos ya que en última instancia buscan reivindicar los derechos de comunidades que históricamente han sido víctimas de marginación, exclusión y procesos de asimilación.

En sus casi cuarenta años de existencia como tribunal internacional, la Corte IDH ha realizado importantes interpretaciones que tienden a la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En ese sentido, como órgano internacional de protección de derechos humanos, ha procurado construir una sólida línea sobre la base del reconocimiento pleno y amplio de todos los derechos que las comunidades indígenas y tribales tienen, como pueblos, sobre su territorio ancestral. Así se advierte y se refleja en su amplia jurisprudencia internacional, que aborda temas sobre desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales (individuales y sumarias), desplazamiento forzado, entre otras, y cómo estas violaciones de derechos humanos tienen especial repercusión en la vida cultural de las comunidades. Por otro lado, la jurisprudencia interamericana sobre la propiedad territorial indígena y tribal constituye un referente en la materia tanto en el ámbito nacional como en el internacional, en especial en lo relativo a la consulta previa, informada, de buena fe y culturalmente adecuada.

Lo anterior debido a la dinámica y amplia interpretación que ha realizado el Tribunal Interamericano del Pacto de San José, al entender que la cultura de los integrantes de dichas comunidades indígenas debe apreciarse a la luz de “una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. Y de ahí que se ha protegido la “propiedad colectiva” de dichos pueblos

y comunidades, sin que obste que el artículo 21 de la Convención Americana se limite a la “propiedad privada”.<sup>83</sup>

A pesar de los desarrollos normativos y jurisprudenciales en lo nacional e internacional, los retos y desafíos continúan. Persiste la discriminación, inequidad, exclusión social y pobreza.<sup>84</sup> La forma y el tiempo en el que las sentencias deben cumplirse o bien la necesidad de reconocer de manera integral las violaciones a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que están relacionadas con la propiedad indígena ancestral, sin subsumir el contenido de los derechos sociales dentro del concepto de propiedad colectiva, constituyen algunos de estos retos y la deuda que el derecho internacional y el Sistema Interamericano en particular tienen para con todas las comunidades originarias.

---

<sup>83</sup> Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, núm. 125, párrs. 133 y 137.

<sup>84</sup> Véase *supra*, notas 2 y 3.