

EL DERECHO COLECTIVO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS AL TERRITORIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS. UN ANÁLISIS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

TERRITORY COLLECTIVE RIGHT OF INDIGENOUS COMMUNITIES AND ITS RELATION WITH THE RIGHT TO FREE DETERMINATION. AN ANALYSIS OF THE INTERAMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

O DIREITO COLETIVO DAS COMUNIDADES INDÍGENAS AO TERRITÓRIO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO DE SEUS POVOS. UMA ANÁLISE DO SIDH

*Lilliam Fiallo**

Recibido: 19/09/2018

Aprobado: 10/11/2018

Resumen

El derecho al territorio de los pueblos indígenas ha sido entendido en el marco jurisprudencial del SIDH como un derecho del cual dependen otros, tales como la vida, la salud, la integridad física, la identidad cultural y la libertad religiosa. Ello, precisamente, porque la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es una mera cuestión de posesión o producción, sino el elemento material y espiritual de reproducción de su vida. De manera coherente con esta concepción, el SIDH ha concebido el derecho al territorio como una pre-condición del derecho de autodeterminación de los pueblos. En ambos casos, el reconocimiento del carácter de ‘pueblos’ a las denominadas por mucho tiempo como “minorías étnicas”, fue un momento central.

Analizando de manera entrelazada el plano legislativo y el jurisprudencial, este artículo aborda la evolución de la protección del derecho colectivo de propiedad sobre los territorios ancestrales, en su estrecha relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos, a partir de la reconstrucción en clave histórica de las demandas políticas del Movimiento Indígena Internacional que tomó fuerza en los setenta. Con este fin, se analiza la evolución legislativa de estas categorías en los Convenios 107 y 169 de la OIT,

los Pactos Gemelos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en el Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas de la ONU. Desde la dimensión jurisprudencial, se toman como referentes las decisiones de los casos Miskito Vs. Nicaragua, Yanomami Vs. Brasil, Awuás Tingni Vs. Nicaragua, Yakye Axa Vs. Paraguay; Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Xakmok Kásek Vs. Paraguay y Pueblo Saramaka Sarayaku Vs. Ecuador.

Palabras clave: SIDH; Derecho colectivo; Territorio; Pueblos indígenas; Autodeterminación

Summary

In the jurisprudential framework of the ISHR, the territory right of indigenous peoples is understood as a right from which other depends, such as life, health, physical integrity, cultural identity and religious liberty. This is because the relation between indigenous peoples and land/territory is not just a matter of possession or production, but the material and spiritual element of reproduction of their life.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana. Master en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana. Master en Ciencias Sociales con mención en Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Ecuador.

In coherence with this conception, the SIDH has conceived the territory right as a pre-condition of indigenous people's self-determination right. In both cases, the recognition of the character of 'people' to the so-called "ethnic minorities" was a central moment.

Analyzing both from the legislative and the jurisprudential perspectives, this article addresses the evolution of the property collective right protection for ancestral territories, in its close relation with the people's right to free determination, from the historical reconstruction of the political demands of the International Indigenous Movement that got stronger in the seventies. For this purpose, I analyze the legislative evolution of these categories in the ILO conventions 107 and 169, the Twin Covenants, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples; the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and in the UN Study Report on the Problem of the Discrimination Against Indigenous Populations. From the jurisprudential dimension, I take as references the decisions of the cases *Miskito Vs. Nicaragua*, *Yanomami Vs. Brasil*, *Awuás Tingni Vs. Nicaragua*, *Yakye Axa Vs. Paraguay*; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* and *Saramaka Sarayaku People Vs. Ecuador*.

Key words: SIDH; Collective right; Territory; Indigenous peoples; Self-determination

Resumo

O direito ao território dos povos indígenas foi entendido no marco jurisprudencial do SIDH como um direito do qual

dependeram outros, tais como a vida, a saúde, a integridade física, a identidade cultural e a liberdade religiosa. Isso, precisamente porque a relação dos povos indígenas com a terra não é uma mera questão de posse ou produção, mas, elemento material e espiritual de reprodução de sua vida. De maneira coerente com esta concepção, o SIDH concebeu o direito ao território como uma pré-condição do direito de autodeterminação dos povos. Em ambos os casos, o reconhecimento da característica de "povos" às denominadas por muito tempo como "minorias étnicas", foi um momento central.

Analisando de maneira entrelaçada o plano legislativo e o jurisprudencial, este artigo aborda a evolução da proteção do direito coletivo de propriedade sobre os territórios ancestrais, e sua estreita relação com o direito de livre determinação dos povos, a partir da reconstrução em chave histórica das demandas políticas do Movimento Indígena Internacional que ganhou força nos setenta. Com este fim, se analisa a evolução legislativa destas categorias nos Convênios 107 e 169 da OPIIT, os Pactos Gêmeos, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; assim como o Informe Estudio do Problema da Discriminação contra as Populações Indígenas da ONU. Desde a dimensão jurisprudencial, se tomam como referentes às decisões dos casos *Miskito Vs. Nicaragua*, *Yanomami Vs. Brasil*, *Awuás Tingni Vs. Nicarágua*, *Yakye Axa Vs. Paraguai*; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, *Xakmok Kásek Vs. Paraguai* y *Pueblo Saramaka Sarayaku Vs. Equador*.

Palavras chave: SIDH; Direito coletivo; Território; Povos Indígenas; Autodeterminação

INTRODUCCIÓN

A decir de Claudio Nash, la construcción del discurso de los derechos de los indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en lo adelante SIDH) se ha articulado en torno a dos ideas: por una parte, la discriminación que han sufrido históricamente en la esfera de sus derechos humanos individuales, y, por otra, su reconocimiento en calidad de sujetos colectivos, a cuyo estatus viene vinculado un amplio catálogo de derechos (Nash Rojas 2003).

El presente ensayo pretende abordar de manera crítica, el tratamiento que le ha dado el SIDH a dos de

los derechos que se reconocen a las comunidades indígenas en calidad de sujetos colectivos y que guardan entre sí una relación de interdependencia: el derecho al territorio y el derecho a la libre determinación.

El derecho al territorio de los pueblos indígenas ha sido entendido en el marco jurisprudencial del SIDH como un derecho del cual dependen otros, tales como la vida, la salud, la integridad física, la identidad cultural y la libertad religiosa. Ello, precisamente porque la relación de los pueblos indígenas con la tierra no es una mera cuestión de posesión o producción, sino el elemento material y espiritual de reproducción de

su vida¹. De manera coherente con esta concepción, se ha concebido el derecho al territorio como una pre-condición del derecho de autodeterminación de los pueblos. En este sentido, la CIDH ha expresado que “la falta de acceso al territorio ancestral, impide el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación” (2009). En ambos casos, el reconocimiento del carácter de ‘pueblos’ a las denominadas por mucho tiempo como “minorías étnicas”, fue un momento central.

Sin embargo, el estado actual de la refrendación de estos derechos es el producto de un largo camino en el ámbito internacional y, específicamente, en el escenario del sistema interamericano. A pesar de no haber contado con una norma propia que regulara estos temas, el SIDH fue acogiendo los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas utilizando un criterio de interpretación extensiva de su propia normativa. Tanto la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* como la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, respondiendo a una matriz liberal, reconocieron únicamente los derechos individuales de sujetos que tenían también este carácter; no obstante, los órganos judiciales interamericanos, a tenor del artículo 29a de la Convención Americana, han declarado que no puede realizarse una interpretación restrictiva de los derechos reconocidos en dicho instrumento².

Este ha sido el presupuesto jurídico necesario para que la Comisión y la Corte comenzaran a aplicar extensivamente el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada), con el fin de garantizar y proteger la propiedad de carácter colectivo de las comunidades

indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales. Al paralelo, como parte del mismo criterio interpretativo, los órganos interamericanos han incorporado en la aplicación de sus instrumentos los estándares fijados por el desarrollo normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³, así como de la jurisprudencia de los órganos de las Naciones Unidas⁴, a la vanguardia en estos temas.

La más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de junio del 2016, se ha convertido en la primera norma jurídica propia del sistema interamericano en regular tales derechos colectivos. En este sentido, aunque era una normativa necesaria y pendiente desde finales de los noventa, no puede decirse que haya existido un vacío regulativo en estas materias con anterioridad a este instrumento. La incorporación -vía jurisprudencia- en el marco jurídico del sistema interamericano del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), según Clavero, no permitiría realizar esta afirmación (clavero 2016).

En el presente ensayo se analizará, tomando como referencia el plano legislativo y el jurisprudencial, la evolución de la protección del derecho colectivo de propiedad sobre los territorios ancestrales, en su estrecha relación con el derecho a la libre determinación de los pueblos. Como parte del *íter* histórico que se pretende construir, también será analizada la influencia del discurso y las peticiones políticas del Movimiento Indígena Internacional que tomó fuerza a partir de los setenta, para el reconocimiento de estos derechos.

- 1 Este criterio es ratificado en el Informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, párr. 1, de acuerdo a los criterios planteados anteriormente en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.
- 2 *Ibid.*, párr. 10. Este criterio ya estaba presente en el informe de la CIDH, “La situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito y resolución sobre el procedimiento de solución amistosa”. OEA/Ser.L/V/II.62doc. 10 rev. 329 noviembre 1983, párr. 1, p. 47.
- 3 *Ibid.*, párr 4. Con ello reitera sus decisiones anteriores: CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 88. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 96.
- 4 Según el informe *Derechos de los pueblos indígenas y tribales*, “Durante los últimos años, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, con base en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas a la luz de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo [OIT], de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes relevantes, conformando un *corpus iuris* coherente que define las obligaciones de los Estados Miembros de la OEA en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.” *Ibid.*, párr 6.

MOVIMIENTO INDÍGENA Y RECONOCIMIENTO EN SEDE INTERNACIONAL DE LA CATEGORÍA ‘PUEBLOS’ EN LAS DÉCADAS DE LOS SETENTA Y OCHENTA. SUS IMPLICACIONES PARA EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

La década de los setenta del pasado siglo puede situarse como el momento en que se comienza a visibilizar la problemática de las minorías étnicas en la palestra pública internacional, lo cual abre una estructura de oportunidad para el reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, no es un período exento de tensiones, toda vez que la posición de vanguardia que asume el Movimiento Indígena Internacional, con una representación de importancia en Latinoamérica, choca con una legislación que sigue lentamente el ritmo de los acontecimientos políticos y, aún más, contra las posturas estatales, reacias a la incorporación del pluralismo⁵.

La emergencia del Movimiento Indígena a nivel internacional, y específicamente su articulación en América Latina, constituye un punto clave para comprender el giro operado al interior de la Organización de las Naciones Unidas y también del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La agenda del Movimiento Indígena estuvo encaminada a lograr visibilidad política, a interpelar a los Estados-nación y a los organismos multilaterales y, asimismo, a buscar brechas para el reconocimiento de derechos en la sede del Derecho Internacional (Burguete Cal y Mayor 2007).

En esta línea es esencial la Declaración de Barbados de 1971, donde se retomó la idea del vínculo colonial como punto de partida para la crítica, al dejar sentado que los indígenas de América continuaban sujetos a una relación colonial de dominio cuyo origen se encontraba en el momento de la Conquista y que no se había roto en las sociedades nacionales. Se utilizó

entonces un discurso marxista que identificó a los ‘indios’ con la clase explotada, mano de obra en función del capital. A partir de ahí, se reconoció su derecho pleno y su capacidad para crear sus propias alternativas históricas de liberación y se exhortó a la “creación de un Estado verdaderamente multiétnico en el cual cada etnia tuviera derecho a la autogestión y a la libre elección de alternativas sociales y culturales”⁶.

De tal suerte, aun cuando en dicho documento no se utilizó la categoría nación o nacionalidad para referirse a los colectivos étnicos, ya se habló de ‘pueblos’, se reconoció su derecho a la autodeterminación y se invocó la necesidad de construir un nuevo modelo de Estado. Este nuevo modelo de Estado debía garantizar a todas las poblaciones indígenas “el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y desarrollando su propia cultura por el hecho de construir entidades étnicas específicas”; “reconocer y garantizar a cada una de las poblaciones indígenas la propiedad de su territorio, registrándolas debidamente y en forma de propiedad colectiva”; y “reconocer el derecho de las entidades indígenas a organizarse y regirse según su propia especificidad cultural”⁷. Sin embargo, estos avances en el reconocimiento del carácter de las comunidades indígenas y sus derechos no tuvieron una recepción inmediata en la legislación internacional.

El Convenio 107 de la OIT, de 1957, había sido una normativa pionera en la protección de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales, las cuales, según la letra del convenio, vivían “más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y

5 En el ámbito latinoamericano, el surgimiento de los Estados nacionales estuvo marcado por el discurso sobre un paradigma estatal asimilacionista que pretendió incorporar a los indígenas al proyecto nacional en calidad de ciudadanos, es decir, de sujetos individuales con una serie de derechos políticos. Sin embargo, este discurso chocó contra una actividad legislativa y una práctica política que escindía el espacio público entre ciudadanos activos y pasivos. Las prácticas segregacionistas de los funcionarios públicos se mantuvieron aún después de haber sido eliminados los frenos legislativos, reproduciéndose, incluso, en el presente.

6 Declaración de Barbados I, 1971. Disponible en laguarura.net/2012/11/04/a-proposito-de-la-lucha-indigena-declaracion-de-barbados-i-ii-y-iii.

7 Declaración de Barbados I, 1971.

culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen”⁸, razón por la cual les permitía mantener sus propias costumbres e instituciones siempre que no fueran incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional⁹. Si bien el convenio en cuestión había declarado explícitamente su carácter integracionista¹⁰, a la luz de esta norma, se hicieron algunos reconocimientos importantes a favor de estas comunidades, entre ellas, el del derecho de propiedad, colectivo o individual, sobre las tierras tradicionalmente ocupadas¹¹.

Esta tendencia asimilacionista, hegemónica en el contexto descrito, lleva a Burguete a señalar que, a pesar de que el derecho a la libre determinación tuvo su reconocimiento formal en el Derecho Internacional a partir de la Resolución 1514 (XV) del año 1960 de la Asamblea General de la ONU (Magna Carta de la Descolonización), y en 1966 la Resolución 2200 (XXI) había ratificado este compromiso a través de los denominados Pactos Gemelos (1966), que reconocían a los pueblos el derecho a la libre determinación en virtud de la cual podían decidir libremente su condición política y su modo de desarrollo económico, social y cultural, este reconocimiento no alcanzó a las llamadas “minorías étnicas”, las que no eran consideradas como “pueblos” (Burguete Cal y Mayor 2007). Continúa la autora señalando que la presencia indígena en la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la Discriminación de los Pueblos Indígenas de las Américas, de 1976, que ascendió a más de 200 miembros, se considera central para el surgimiento de la agenda indígena internacional, debido a que esta nueva presencia en la ONU abrió toda una veta de reconocimiento de derechos, del que destaca el reconocimiento como pueblos y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho a la libre determinación y la autonomía.

En esa década, ubica Claudio Nash una primera etapa del tratamiento del “problema indio” en la CIDH, que califica el propio autor como una práctica tendente a enfocar a los indígenas como individuos vulnerables, grupo débil, de bajo nivel cultural y, en consecuencia, a

proteger únicamente sus derechos individuales (Nash 2003). Ello, sin lugar a duda, muestra que el SIDH, en una postura no muy diferente del resto de los organismos internacionales, se encontraba rezagado en sus posiciones respecto a la radicalidad que esgrimía el Movimiento Indígena.

Un hito importante para la recepción de las novedades políticas que traía el Movimiento Indígena a este proceso, se da con el Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas de la ONU, realizado entre 1981 y 1983 -más conocido como el Informe Martínez Cobo-, donde se dio el reconocimiento en sede del Derecho Internacional de ‘pueblos’ a las distintas etnias y su derecho a la autodeterminación. Según Burguete Cal y Mayor, es sólo hasta 1983 que este documento aportó la base jurídico-política al derecho sin restricciones a la libre determinación a favor de los pueblos indígenas, es decir, “el derecho a constituirse en Estado”, o bien, el derecho a ser autónomo “en el sentido de disponer de una estructura administrativa y un sistema judicial separados y distintos, determinados por ellos mismos e intrínsecos a ese pueblo o grupo” (ONU 1983).

El informe de José R. Martínez Cobo identificó el serio problema de la discriminación sufrida por los pueblos indígenas en distintos países y, tras un extenso estudio sobre las diversas definiciones y los elementos culturales, políticos y legislativos de “la condición indígena”, estableció la libertad de cada pueblo para autodefinirse y, como parte de este fenómeno, para autorregularse. De tal suerte, comenzando las conclusiones del informe, Martínez Cobo planteó:

...it should be stressed that the importance of the fact that policies of pluralism, self-reliance, self-management, and ethno-development seem to provide for better opportunities and means for direct participation by indigenous populations in the formulation and implementation of the policies adopted by the State.¹²

8 Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 107 de 1957. Art. 1b.

9 OIT. Convenio 107 de 1957. Art. 7.2.

10 Este convenio tenía el objetivo de integrar o asimilar a las poblaciones indígenas dentro de sus respectivos Estados nacionales.

11 OIT. Convenio 107. Art. 12.

12 *Ibíd.*, 8.

Esta visión de la autodeterminación remite fundamentalmente a un derecho de carácter amplio reconocido a los pueblos en tanto sujetos colectivos, cuyo contenido sería “el control del territorio, el autogobierno, ámbito territorial con jurisdicción, competencias y facultades, y participación y representación en los órganos de decisión nacional” (Sánchez 2010). De tal suerte, en esta línea, el mismo informe reconocía que, a pesar de que se habían proyectado académicamente algunas variantes al modelo de Estados-nación asimilacionista, que versaban sobre proyectos de autogobiernos indígenas, éstos aún no habían tenido resultados positivos¹³.

Como culminación de estos primeros tanteos a la problemática de la autonomía indígena, Martínez Cobo concluyó defendiendo el derecho de los pueblos indígenas “... to preserve, develop and perpetuate their culture, social and legal institutions by transmitting them to the future generations, when they have clearly expressed the desire to do so...”¹⁴. Y, asimismo, el derecho natural e inalienable “to keep the territories they possess and to claim the land of which they have been deprived. In others words, they have the right to the natural cultural heritage contained in the territory and freely to determinate the use to be made of it”¹⁵.

El informe también hizo énfasis en la necesidad de que los Estados incluyeran y “sintetizaran” elementos culturales de los pueblos indígenas establecidos en su territorio, lo cual sin poder ser interpretado como una propuesta de Estado multiétnico, menos plurinacional, sin dudas apuntaba a la deconstrucción de un modelo de Estado integracionista. Sin embargo, lo más significativo, por ser el punto del cual se derivan estos reconocimientos, es el hecho de denominar ‘pueblos’ a las poblaciones indígenas¹⁶. Ello representó el salto

cualitativo que permitiría a los mismos acogerse a la normativa internacional existente en materia de derechos de autodeterminación¹⁷.

No obstante, el origen de la aplicación de la categoría de “pueblos” a las comunidades indígenas, parece datar de antes del informe que ubica Burguete. En este sentido, de la consulta del mismo informe, se observa como anexo la Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, de 1978, en la que ya se hacía plena referencia a los grupos indígenas como pueblos, y en función de ello se les reconocían derechos de autodeterminación. Así, el punto 21 de la Parte Declarativa de dicho documento establecía:

The Conference endorses the right of *indigenous people* to maintain their traditional structure of economy and culture, including their own language, and also recognizes the special relationship of indigenous peoples to their land and stresses, land rights and natural resources should not be taken away for them (ONU 1983, 31).

En consecuencia, la Conferencia “impulsaba” a los Estados miembros a reconocer a los pueblos indígenas los siguientes derechos:

- a. to call themselves by their proper name and to express freely their ethnic, cultural and other characteristics;
- b. to have an official status and to form their own representative organizations;
- c. to carry on within their areas of settlement their traditional structure of economy and way of life;
- d. to maintain and use their own languages, wherever possible, for administration and education.¹⁸

13 Este convenio tenía el objetivo de integrar o asimilar a las poblaciones indígenas dentro de sus respectivos Estados nacionales.

14 “None of the forms of autonomy and self-determination which the indigenous population require as essential to their adequate development is applied satisfactorily in practice and that governments often assert that they apply and respect them. Measures must be taken for the control, review and periodic revision of the policies officially adopted, so that they can be constantly brought into line with the changing circumstances of contemporary societies ...” ONU. *Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, 8.

15 *Ibíd.*, 21.

16 *Ibíd.*, 26.

17 Esta normativa fue, fundamentalmente, la que había surgido con los Pactos Gemelos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966.

18 *Ibíd.*, 32.

Encontramos aquí, posiblemente, el origen del reconocimiento a los pueblos indígenas en cuanto tales, lo que posteriormente se afianzó en la postura defendida por Martínez Cobo en su informe de 1983, reforzando su derecho a la autodeterminación. Ahora, es preciso dejar en claro en este punto, que, si bien a nivel legislativo se fue receptando de manera gradual la denominación de pueblos a las comunidades indígenas, su carácter de sujetos colectivos y una serie de derechos vinculados con este estatus, no pasó lo mismo con el derecho a la autodeterminación, el cual fue incorporado en la normativa de la ONU recién en el año 2007, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el ámbito interamericano, el escenario fue mucho menos favorable para este reconocimiento. En este punto, Clavero señala que mientras en la ONU ya se utilizaba el denominativo de ‘pueblo’ con carácter jurídico desde el Convenio 169 de la OIT, de 1989, el proyecto de Declaración Americana sobre los

Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1999, todavía se expresaba en términos de ‘poblaciones’ y ‘comunidades’ indígenas. No es hasta el 2001 que se acogió la denominación de ‘pueblos’ en el proyecto en cuestión, pero aún sin todo el contenido otorgado por el Derecho Internacional a la categoría. Concluye este autor que la aceptación del término, con todas sus implicaciones jurídicas y políticas, tuvo lugar recién en el año 2015, en el marco de los debates del texto final de la Declaración Americana (Clavero 2016, 2).

De tal suerte, en el año 1983, cuando ya existía al menos este debate en el marco de la ONU, la CIDH se mostraba hasta cierto punto ajena, o implícitamente en contra, de tal reconocimiento. El caso *Miskitos Vs. Nicaragua* es una muestra de ello. Sin embargo, es necesario precisar que tanto éste como el caso *Yanomami Vs. Brasil*, se pueden ubicar dentro de una nueva tendencia de la CIDH, en la cual se inicia otro ciclo en la labor interpretativa de este órgano. A ello se hará referencia a continuación.

LA EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LAS ‘TIERRAS’ ANCESTRALES EN SEDE DE LA CIDH EN LA DÉCADA DE LOS OCHENTA

Claudio Nash ubica en los años ochenta una segunda etapa de la CIDH en relación con el tratamiento de los pueblos indígenas (Nash 2003). En esta década la CIDH les aplica la condición de minorías y establece mecanismos de Derecho Internacional para su protección en cuanto grupos: en especial la protección del derecho de igualdad y de no discriminación. Asimismo, de la mano de estos avances, comienza a hacer una interpretación extensiva del derecho a la propiedad, protegiéndolo también como un derecho colectivo, bajo la premisa de que los derechos reconocidos debían ser interpretados en el modo en que salvaguardaran en mayor medida a sus destinatarios y nunca en un sentido restrictivo (CIDH 1983). Ello guarda lógicamente una estrecha relación con el reconocimiento del derecho a la tierra que se da en este momento, si bien debe hacerse notar que una de las principales tensiones puede resumirse

en el uso ambiguo de los términos tierra y territorio en la jurisprudencia interamericana.

El caso *Miskito Vs. Nicaragua* presenta una gran variedad de aristas en cuanto a violación de derechos humanos se refiere. El antagonismo que se hizo explícito a fines de 1981 y 1982 entre el Estado Sandinista y la comunidad indígena, con pretensiones de autodeterminación, dio al traste con una situación de vulneración de derechos humanos al grupo, en la que se hicieron patentes los encarcelamientos, la represión del derecho a la asociación política y el traslado forzoso de una parte considerable del pueblo al departamento de Zelaya, con la paralela huida de otra parte al territorio de Honduras.

De la manera en que se narran los hechos en el informe que se analiza, resulta clara la postura de los tres

actores centrales en el conflicto. De una parte, el pueblo miskito presenta tres reivindicaciones concretas: el reconocimiento en su totalidad -y no como parcelas o secciones otorgadas por el Gobierno a la luz de la Reforma Agraria- de los derechos a la tierra en territorio indígena, la garantía de sus derechos a los recursos naturales dentro de su territorio, y el derecho a la autodeterminación o autonomía. Por otra parte, se ubica claramente la postura del gobierno nicaragüense, que, en su afán de implementar un proyecto asimilacionista de Estado, desconoce como legítimas tales reivindicaciones. En tanto la CIDH mantiene una actitud conciliadora, y, en este sentido, intenta llevar a cabo un proceso de solución amistosa que fracasa en 1983. Así, en la segunda parte del informe “Derechos cuya violación se imputa al Gobierno de Nicaragua”, considera que se han violado los derechos a la vida, a la libertad, a la integridad personal, al debido proceso, a la residencia y a la propiedad. Este último se presenta como el más relevante a los efectos del presente análisis.

La CIDH analiza, para este caso particular, el derecho de propiedad en dos vertientes: una individual, a la luz de la cual deja sentado que la acción del gobierno nicaragüense afectó la propiedad de los miembros de la comunidad sobre las viviendas, los enseres personales, los cultivos, entre otros, y, la otra, colectiva, habiendo sido afectadas las tierras ancestrales que pertenecían a los “miskitos en calidad de pueblo”¹⁹. Y en esta última vertiente aparece, también por primera vez en la jurisprudencia de la CIDH, la interpretación en sentido extensivo del derecho a la propiedad privada, reconocido en la legislación del sistema interamericano.

Llaman poderosamente la atención las reflexiones de la Comisión en torno a la categoría de pueblo que otorga a los miskitos a fin de justificar su derecho colectivo a la tierra. En este sentido, toma en cuenta un debate que tuvo lugar al interior de la ONU, relativo al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,

donde se reinterpreto el estatus de minoría étnica, en función de su determinación en calidad de ‘pueblo’. Sin embargo, a inicios de los ochenta este pacto aún no era interpretado a fin de aplicarles a las minorías los derechos colectivos asociados con la noción de pueblo para el Derecho Internacional, de modo que la misma Comisión concluye que si bien el Derecho Internacional moderno reconocía la vigencia del principio de la libre determinación de los pueblos, ello no significaba que éste se le reconociera a ningún grupo étnico, por el hecho de ser tal²⁰.

Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales.²¹

La Comisión no está en condiciones de pronunciarse sobre la validez estrictamente legal del reclamo de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales.²²

De esta manera, la CIDH, si bien negó el derecho a la libre determinación del pueblo miskito, por otra parte declaró protegido el derecho de propiedad sobre la tierra comunal indígena de los miskitos, lo cual representó, junto a la confirmación de su carácter de pueblo, un paso de importancia en el camino hacia el reconocimiento de los derechos colectivos. Sin embargo, antes de avanzar hacia una de las derivaciones de este reconocimiento, es necesario analizar el uso de las categorías ‘tierra’ y ‘territorio’ en el discurso de la Comisión, a fin de determinar si hubo también un avance en la cuestión.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 7, 46.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 9.

²¹ *Ibíd.*, párr. 15.

²² *Ibíd.*, párr. 16.

En este informe específico, es necesario relieves también la postura de los miskitos y del Estado respecto al tema. Del análisis del documento resulta que el Estado nicaragüense sólo se refiere al territorio haciendo alusión al ‘territorio nacional’, al ‘territorio de la patria’, mientras que la comunidad miskita siempre se refiere al territorio como el espacio en que se asientan los miskitos y donde se reproduce su vida, en estrechos vínculos con elementos simbólicos. La comunidad establece un claro criterio de diferenciación entre ambas, alineado, además, con el posicionamiento del Movimiento Indígena a nivel internacional. Prueba de ello se encuentra en la primera de sus peticiones: “Los derechos indígenas a la tierra en territorio indígena deben ser reconocidos en su totalidad y no como parcelas o secciones otorgadas por el Gobierno”²³.

En este contexto, la CIDH mantiene aún un discurso ambiguo, en el que la mayor parte de las veces se refiere a las ‘tierras’ como espacio en que se asienta la comunidad²⁴; otras haciendo mención a su carácter ancestral, mientras que en muy pocas ocasiones le da el mismo uso al ‘territorio’²⁵. Por otra parte, utiliza el término vinculado a la propiedad comunal. Sin embargo, lo más sensible en este punto es que la Comisión, en la parte resolutoria, después de haber sentado en la discusión anterior las bases para haber decidido sobre uno de los puntos centrales del litigio, no se pronuncia sobre el derecho ya sea a la tierra o al territorio.

Otro de los casos que sienta un precedente en esta temática en particular es el Yanomami Vs. Brasil. Este conflicto, desarrollado a lo largo de las décadas de 1970 y 1980, y cuya decisión en sede interamericana se dio mediante la Resolución 12 de la CIDH de 1985, versó sobre el reconocimiento de las tierras ancestrales de los indígenas Yanomami dentro del territorio de

Brasil, en el Estado de Amazonas y el territorio de Roraima, en la frontera con Venezuela.

Según los hechos narrados, en el año 1973 gran parte de la población que conformaba al pueblo Yanomami se vio obligada a abandonar el territorio que ocupaba debido a la construcción de una autopista que atravesó el mismo, por una parte, y, por otra, a la llegada de compañías mineras y explotadores independientes que llegaron atraídos por los descubrimientos de minerales en el subsuelo.

A consecuencia de ello, desde los ochenta comenzaron los esfuerzos tanto del gobierno como de la representación indígena (la FUNAI) para delimitar las tierras del grupo: en 1982 el gobierno estableció un área protegida de 7 millones de hectáreas y en 1984 la FUNAI hizo una nueva propuesta, ampliando dicha área a alrededor de 9 millones de hectáreas. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se implementó el reconocimiento, continuando la penetración de personas extrañas.

En este contexto resulta interesante el desarrollo del tema por parte de la Comisión, la que primero hace mención al Derecho nacional brasileño y, posteriormente, al Internacional. Del primero rescata el artículo 4 de la Constitución Federal de la República, donde se reconoce el derecho “de los selvícolas” -comprendidos en esta categoría los “individuos de origen pre-colombino cuyas características culturales los distinguen de la sociedad nacional”- a la ‘posesión’, con carácter permanente e inalienable, sobre las tierras que ocupaban. En cuanto al Derecho Internacional, la Comisión toma en cuenta el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en función de estos precedentes, resuelve:

23 *Ibíd.*, G. Posteriores denuncias e informaciones, 17.

24 Por ejemplo, cuando plantea: “...estudiar una solución justa al problema de las *tierras indígenas* que permita recoger tanto las aspiraciones indígenas como atender los intereses económicos y la unidad territorial de la República” (párr. 3n, Conclusiones provisionales de la Comisión); “declarar expresamente que el traslado de los miskitos a TasbaPri tuvo un carácter temporal, por lo que, una vez que termine la emergencia, aquellos que lo deseen puedan retornar, con la colaboración y ayuda del Gobierno, a sus tierras en la región del Río Coko” (Recomendaciones de la Comisión al Gobierno de Nicaragua); “los estudios sobre el traslado forzado de las comunidades rurales en América muestran, sin excepción, que ese proceso es una experiencia traumatizante, en especial cuando afecta a poblaciones indígenas *unidas por fuertes lazos a su tierra y sus hogares*” (párr. E29, Derecho de Residencia y Tránsito según la Comisión), entre otros.

25 Por ejemplo: “en el complejo esquema de valores de la población indígena, lo que da sentido a la vida es su intrínseca vinculación con su *tierra*, con su ganado, sus plantaciones, sus camposantos, su religión y un complejo nexo de otros elementos que se combinan para infundir al *territorio* un profundo contenido espiritual (párr. E3, Derecho de Residencia y Tránsito según la Comisión).

Declarar que existen suficientes antecedentes y evidencias para concluir de que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9).

Con estas referencias del caso, es entonces posible realizar algunos apuntes. El primero es evidente: a pesar de que el derecho al territorio del grupo Yanomami es el fondo del asunto que conoce la CIDH, que uno de los elementos que toma en cuenta en los “Considerandos” es el “derecho a la posesión de tierras de los selvícolas” reconocido en la legislación nacional de Brasil, y que reconoce la violación de otros derechos que guardan una conexión con éste, en la parte resolutive no se pronuncia sobre este particular. Con ello ratifica la postura que sostuvo en el caso de los Miskito.

La otra cuestión es la relativa al tratamiento de los términos ‘tierra’ y ‘territorio’ a lo largo de la resolución. Un análisis del documento arroja diferentes usos dados a los términos, así como la vaguedad de los mismos. Tanto el uno como el otro se utilizan indistintamente como espacio en que se asientan los Yanomami. La muestra más fehaciente de la falta de claridad en la utilización de estos términos es la definición que retoma la CIDH del Estatuto del Indio de Brasil (Ley 6.001 de 1973), que establece que constituye territorio de los indios “las tierras ocupadas según sus costumbres y tradición, inclusive territorios donde realizan actividades indispensables para su subsistencia o que son de utilidad económica para ellos”²⁶. Sin embargo, en otras ocasiones se hace referencia a este

espacio de asentamiento con especial mención a su carácter ancestral, ligado a elementos simbólicos²⁷.

Este uso podría identificarse con el criterio anterior, aunque del análisis se concluye que se utilizan en contextos diferentes. Por otra parte, la resolución utiliza en algunas ocasiones el término ‘territorio’ únicamente en el sentido de ‘reserva indígena’²⁸, mientras que lo mismo hace con ‘tierras’ cuando lo utiliza para el tema de la propiedad sobre las mismas.

Para no extender más de lo aconsejable el análisis de este punto, se puede concluir que a la altura de 1985 la CIDH aun no manejaba un criterio uniforme sobre las diferencias entre tierra y territorio y, en todo caso, evitaba un pronunciamiento de fondo sobre el derecho colectivo de las comunidades indígenas tanto a la una, como al otro.

A partir de la década de los noventa, Claudio Nash ubica una tercera etapa en el tratamiento de las cuestiones indígenas por el sistema interamericano (Nash 2003). Sin lugar a duda, el Convenio 169 de la OIT se convirtió en un nuevo referente legislativo en la arena internacional en materia de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas, en el sentido de que recogió una serie de derechos colectivos tales como el ejercicio de instituciones propias y el derecho a la consulta previa.

No obstante, el derecho a la autodeterminación no fue recogido con todos sus efectos jurídicos en dicho instrumento, ya que contó con la importante limitación de la interpretación universalista de los derechos humanos y la concordancia con el orden constitucional vigente. Estos límites, al margen de una re-negociación del aparato estatal de los países en cuestión, dejaban en gran medida huecas de significado a tales normas. De igual modo, la falta de carácter vinculante de los resultados de la consulta previa dejó huérfano de sentido a esta propia institución.

26 párr. 3c, antecedentes.

27 Sobre el uso de ‘tierras’: “El desplazamiento de los indios de sus *tierras ancestrales* con todas las negativas consecuencias para su cultura, tradición y costumbres” (párr. 2, considerando), entre otros. Sobre el uso de ‘territorio’: “el *territorio que por tiempos inmemoriales habitaban* los indios Yanomami” (párr. 10, considerando).

28 “Delimitar como *territorio indígena un Parque Yanomami*” (párr. 2, antecedentes).

EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

En la misma línea trazada por el Convenio 169, el SIDH comienza a enfocar a los pueblos indígenas como titulares plenos y, en determinados aspectos, con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos, en especial, el derecho al reconocimiento legal de sus formas de control, propiedad, uso y usufructo de las tierras y el derecho a la propiedad privada y posesión de tierras que habían venido ocupado históricamente. En este punto es muy interesante la ratificación de la línea jurisprudencial de dichos órganos bajo el criterio de la interpretación extensiva. Acá viene a ser de central importancia la sentencia *Aguas Tingni Vs. Nicaragua*.

Aguas Tingni, comunidad Mayagna, presentó su demanda ante el sistema interamericano, al considerar agotadas las vías internas para resolución de conflictos que proveía el ordenamiento jurídico nicaragüense. Desde 1995, la comunidad había sostenido un proceso en contra del Estado, a causa de una concesión que éste había realizado a favor de la empresa maderera SOLCARSA, sobre la base de considerar como estatales dichas tierras, y no de la comunidad.

En las Consideraciones de la Corte, resulta central que se siga la misma línea de la CIDH, y de su propia jurisprudencia anterior -citando a los casos *Yakye Axa Vs. Paraguay*; *Sawhoyamaya Vs. Paraguay* y *Pueblo Saramaka*, donde hace una interpretación extensiva del derecho a la propiedad (CIDH 2001). Más adelante complementa esta idea al plantear que:

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (supra párrafo 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha de-

limitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.²⁹

Ahora bien, es necesario reactivar el debate sobre el objeto de la propiedad. Parece haber, en este punto, un criterio ya sólido en la Corte de que la propiedad recae sobre los sistemas tradicionales de tenencia de la tierra. Éste, de hecho, es uno de los presupuestos de partida de dicho órgano, cuando en la propia Introducción de la causa, plantea que “Nicaragua no ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales”³⁰.

Otro punto de interés es que ya en estos reconocimientos aparece el concepto de propiedad sobre la tierra unido a la noción de esta como espacio de asentamiento, en estrecho vínculo simbólico con la comunidad. Esta noción se materializará posteriormente bajo el concepto de ‘territorio’. Aquí es imprescindible hacer un estudio más profundo de los testimonios de los antropólogos en el marco de la sentencia, quienes declaran que el objetivo central de sus peritajes fue estudiar “la relación entre la gente del asentamiento de Awas Tingni y la tierra que utiliza”³¹. En este sentido se pronuncia Rodolfo Stavenhagen:

Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple ins-

29 *Ibíd.*, párr. 153.

30 *Ibíd.*, párr. 35.

31 *Ibíd.*, Testimonio de Theodore Macdonald Jr, 22.

trumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.³²

En esta línea, Berraondo plantea que ya en esta sentencia se reconoce la estrecha relación espiritual de las comunidades indígenas con el territorio, lo cual sería discutible siendo estrictos con la utilización literal de los términos. El autor señala:

Las nuevas interpretaciones que realiza la corte suponen el reconocimiento de un derecho tan importante para los pueblos indígenas como nuevo dentro del *corpus* jurídico de los derechos humanos, que no es otro que el territorio. Esto supone todo un logro para los pueblos indígenas, debido a las consecuencias políticas y económicas que entraña el reconocimiento de este derecho [...] (Berraondo)

Es evidente que las consecuencias políticas de las que habla pueden identificarse, entre otras, con el derecho a la autodeterminación, que, como ya se dijo, debe contar con el reconocimiento del derecho al territorio como uno de sus presupuestos. Los testimonios de los antropólogos constituyen un hito en el giro del lenguaje que se produce entre el término tierra y el de territorio³³, y que es mucho más obvio en la sentencia del caso Samok Kásek Vs Paraguay. Ello conlleva a que se comiencen a diferenciar los sentidos de dichos términos incluso dentro de la misma frase, como cuando la Corte sigue el criterio de la CIDH al interpretar el artículo 21 de la Convención:

la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral (...) La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación.³⁴

Sin embargo, a pesar de estos avances, en el caso en cuestión aún se encuentra un uso ambiguo de dichos términos, si bien es cada vez menos frecuente. Así, la Corte en determinadas ocasiones, retomando el mismo lenguaje de la Comisión, da a la categoría ‘territorio’ el mismo sentido que había utilizado antes para tierras, en tanto lugar de asentamiento de la comunidad.

Asimismo, es necesario destacar una última cuestión: el uso de la frase “miembros de la comunidad” en diferentes partes de la sentencia (por ejemplo en los puntos 148 y 153, así como en la parte resolutive) se ubica en una tendencia tradicional del SIDH de reconocer derechos a las personas que componen la comunidad por separado, y no en tanto sujeto colectivo con personalidad jurídica propia. Ello entra en tensión con el reconocimiento del carácter colectivo de la propiedad comunal (Schettini 2004).

En este punto, sin que se pueda cerrar la discusión, es central el voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi en el caso Xamok Kásek, analizado más adelante.

³² *Ibíd.*, Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, 25.

³³ Hay que recordar en este punto el papel central que han tenido los antropólogos en los procesos de reivindicaciones y reconocimientos de los derechos de los pueblos indígenas. Muestra de ello es que el grupo de antropólogos que redactó la Declaración de Barbados I (1971), tuvo un papel central en el proceso de emergencia del Movimiento Indígena Internacional.

³⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, párr.140. Sin embargo, esta postura resulta incluso más clara en la voz de los miembros de la comunidad: “Son los dueños de la *tierra* en la que habitan porque han vivido en el *territorio* por más de 300 años y ello se puede demostrar porque tienen lugares históricos y porque el trabajo lo desarrollan en ese territorio” (Testimonio de Jaime Castillo Felipe, p. 19); “a pesar de que el INRA alegaba que no tenía competencia, extendía constancias de entrega de *tierras* a ex militares, entidades del ejército, de la policía y la resistencia nicaragüense, *tierras que estaban dentro del territorio* de la mayoría de las comunidades indígenas” (Testimonio de Brooklyn Rivera Bryan, p. 33).

LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2007) Y SU INFLUENCIA EN LA LABOR DE LA CIDH

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, se convirtió en el instrumento internacional más radical para la regulación de estos temas. El derecho a la autodeterminación se ubicó como su eje central, siendo identificado con el derecho al autogobierno en los asuntos relacionados con los asuntos internos de las comunidades indígenas, así como la autonomía para tomar las medidas necesarias para financiar sus funciones³⁵. De manera coherente con este ‘derecho eje’, fueron regulados otros como el de la participación en la adopción de decisiones legislativas y administrativas que fuesen de su interés o los afectasen (Art. 18), el derecho a la consulta previa e informada (Art. 19) y el derecho a determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para el desarrollo (Art. 32.1).

La Declaración sobre pueblos indígenas de la ONU, prácticamente se convirtió en un instrumento americano a partir de su asunción en la labor jurisprudencial del SIDH en tanto norma fijadora del estándar internacional de los derechos de los pueblos indígenas (Clavero 2003, 8). Las sentencias de los casos *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* y *Sarayaku Vs. Ecuador* son dicientes de este nuevo momento en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana.

El caso *Xakmok Kásek Vs. Paraguay* es central en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena *Xákmok Kásek* y sus miembros³⁶. El conflicto, suscitado

por la falta de reconocimiento por parte del gobierno de Paraguay hacia el territorio de la comunidad, fue interpretado tanto por la Comisión como por la Corte con un criterio extensivo, en el sentido de que la imposibilidad de acceder a su propiedad y posesión implicaba mantener a dicha comunidad en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria que amenazaba la supervivencia e integridad de la misma³⁷.

Así, en esta sentencia termina por afianzarse el criterio de que el territorio constituye el espacio de reproducción de las condiciones de vida de las comunidades indígenas. En la sentencia ya se habla de la propiedad sobre el territorio, y no así sobre la tierra³⁸. Sobre este particular, Schettini plantea en su análisis jurisprudencial que, con estos progresivos reconocimientos, la Corte se opuso al paradigma moderno, “al reconocer que la territorialidad adquiere, para los pueblos indígenas, una dimensión transgeneracional y transfronteriza, que va mucho más allá de las funciones meramente económicas de la tierra” (Schettini 2004, 73).

Sin embargo, la postura del juez Vio Grossi apunta a uno de los elementos fundamentales de esta sentencia. En su voto concurrente, Vio Grossi hizo referencia a una “eventual nueva perspectiva” de la Corte, que podía dar lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre los sujetos de derecho. Así, plantea que en el caso de la comunidad *Xákmok Kásek*, la Corte consolidó su jurisprudencia al respecto al referirse “a

35 Art. 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

36 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Introducción de la causa, párr. 2.

37 *Ibid.*

38 Según la Comisión “[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la *propiedad y posesión de su territorio*” (párr. 2, Introducción de la causa); “Clemente Dermott, líder de la Comunidad, presunta víctima ofrecida por la Comisión, declaró, *inter alia*, sobre los ‘procesos legales seguidos ante la jurisdicción interna para la *restitución de su territorio* a la Comunidad *Xákmok Kásek*’ (...) Marcelino López, líder de la Comunidad, presunta víctima ofrecida por los representantes, declaró, *inter alia*, sobre: i) ‘los procesos legales seguidos ante la jurisdicción interna para la *restitución de su territorio*’ (párr. 16, Introducción de la causa); “[l]a Comisión alegó que el hecho de que la Comunidad esté compuesta por familias pertenecientes a distintas etnias ‘no constitu[ía] (...) un obstáculo para que esta comunidad indígena sea titular del derecho al territorio ancestral’ (párr. 35, Introducción de la causa), entre otros.

los miembros de la comunidad” como las víctimas y declarar, consecuentemente, las violaciones de los derechos humanos que recayeron sobre estos³⁹.

Sin embargo, llama la atención sobre un nuevo pronunciamiento del órgano que, en su criterio, “sin alejarse de su posición tradicional, parecería dejar margen para que en el futuro pudiese disponer de la posibilidad de adoptar nueva aproximación en la materia”⁴⁰. Se trata de las referencias esporádicas que hace de la Comunidad Xákmok Kásek como el sujeto que reclama los derechos, en concreto, el derecho al territorio y el derecho sobre la “propiedad comunitaria”. Con esta postura el juez apuntó a una de las falencias que aún persistía en la postura de los órganos interamericanos, planteando la necesidad de transitar hacia un reconocimiento expreso del carácter monolítico de la comunidad en cuanto sujeto colectivo de derechos, sin perjuicio de los derechos individuales de sus miembros.

En el marco de la labor jurisprudencial de la CoIDH, otro de los casos más importantes fue el del pueblo indígena kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. En éste, la Corte conoció los hechos vinculados al reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano del permiso para realizar actividades de extracción y explotación de petróleo a una empresa privada, en el territorio del pueblo Sarayaku, sin haber tenido lugar una consulta previa a sus miembros. La importancia central de la sentencia radica en que plasmó los principales avances que gradualmente habían tenido lugar a lo largo de los años en sede interamericana. Por una parte, sentó el reconocimiento de la comunidad como sujeto colectivo de derechos, a la par del derecho de sus miembros por separado; por otra, reconoció el derecho al territorio, abandonando casi definitivamente el término ‘tierra’.

Así, mientras la Comisión concluyó que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para garantizar y

proteger el “derecho de propiedad del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, garantizando la especial relación que mantienen con su territorio”⁴¹, la Corte reiteró este criterio al plantear que:

[e]n el presente caso, el reconocimiento de responsabilidad ha sido efectuado por el Estado en términos amplios y genéricos. Corresponde entonces al Tribunal otorgar plenos efectos al acto del Estado y valorarlo positivamente por su trascendencia en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular por haber sido efectuado en el propio territorio Sarayaku en el marco de la diligencia efectuada en este caso. Así, tal reconocimiento representa para la Corte una admisión de los hechos contenidos en el marco fáctico de la demanda de la Comisión, así como de los hechos pertinentes presentados por los representantes que los aclaren o expliquen.⁴²

Por otra parte, consideró como parte lesionada “en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana”, al pueblo indígena kichwa de Sarayaku, en consecuencia de lo cual es considerado beneficiario de las reparaciones previstas⁴³. El análisis que realizó la Corte sobre el derecho al territorio se extendió a una reflexión sobre el derecho a la identidad comunal, lo cual demostró la relación que el órgano reconocía entre ambos. Asimismo, consideró violado el derecho a la consulta previa.

Como ya se ha dicho antes, uno de los presupuestos del derecho a la autodeterminación es el derecho a la consulta previa, entendida como facultad de los pueblos indígenas para rechazar o vetar acciones del Estado en sus territorios, cuando las mismas puedan afectar su integridad física o cultural (Schettini 2004, 78). El tratamiento de este derecho en la jurisprudencia del SIDH, merece una breve referencia, toda vez que constituye un presupuesto de importancia para el eficaz reconocimiento del derecho a la autodeterminación

39 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, Introducción de la causa. Voto concurrente del juez Vio Grossi, párr. 5.

40 *Ibid.*, 8.

41 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones, nota al pie No. 3.

42 *Ibid.*, párr. 27.

43 *Ibid.*, párr. 284.

de los pueblos⁴⁴. En este sentido, la propia Corte reconoció, en el marco jurídico que aportan el Convenio 169 de la OIT (en su artículo 6^{to}) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 18 y 19), que:

[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio.⁴⁵

La consulta previa se erige, entonces, como un elemento central para garantizar el derecho a la autodeterminación. No obstante, el caso *Sarayaku* muestra

una limitante de importancia respecto de este punto: la no exigencia del carácter vinculante como efecto de la consulta. Ésta, a su vez, es consecuencia de la regulación del tema en el Convenio 169 de la OIT, según el cual la consulta no obliga al Estado, esto, a pesar de que el citado artículo requiere el consentimiento del pueblo consultado⁴⁶. “De acuerdo a este entendimiento -señala Schettini- el consentimiento es simplemente visto como el resultado deseado de la consulta, pero no como requisito esencial para el ejercicio de la autodeterminación de estos pueblos” (Schettini 2004, 79). Según la misma autora, la exigencia de este requisito, si bien es un paso de avance, sigue sin ser suficiente.

Finalmente, este caso deja abierta otras posibilidades para el desarrollo jurisprudencial tanto de la Comisión como de la Corte, en pos de una mayor garantía de los derechos establecidos ya sea por vía legislativa o jurisprudencial en sede del sistema interamericano.

LA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2016). PERSPECTIVAS FUTURAS DEL SIDH

En junio del 2016 fue aprobada, en el marco de la Asamblea General de la OEA, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este momento llegó después de un proceso de más de 25 años de debates en el marco del sistema interamericano. El proceso inició en el año 1989, cuando este organismo encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en conjunto con la CIDH, el Comité Jurídico Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la preparación de un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de las Poblaciones Indígenas. El objetivo inicial fue que la

Declaración estuviera lista en 1992. Sin embargo, en 1999 recién se recibieron las propuestas de los órganos consultados y comenzó el proceso de deliberación intergubernamental. Sobre la base de este primer proyecto, un grupo de trabajo comenzó la tarea de incorporar las sugerencias y comentarios de los Estados miembros. Este proceso culminó el pasado 2016.

A criterio de Clavero, la Declaración interamericana no opera en el vacío, sino que “viene a sumarse a un nutrido cuerpo normativo de Derecho Internacional Interamericano de derechos de los pueblos indígenas

44 A pesar de que, como se ha dicho antes, no se ha presentado otro caso con dicha petición ante el SIDH, es necesario que jurisprudencialmente estén sentados ciertos precedentes que sean presupuestos para su posible reconocimiento. No obstante, la postura de la corte sigue siendo conservadora en cuanto a este punto. Creo que así lo demuestra cuando en el marco de la Sentencia *Sarayaku Vs. Ecuador*, la Corte plantea que “bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales”. Caso Pueblo Indígena Kichwa de *Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 171. La Corte debió reconocer, de una vez, el derecho a la autodeterminación y no sólo a la cultura asociada al territorio y el uso de recursos.

45 Caso Pueblo Indígena Kichwa de *Sarayaku Vs. Ecuador*, párr. 146.

46 “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (Convenio 169 de la OIT, artículo 6.2)

planteando el reto de su integración en el mismo...” (Clavero 2003, 10). En este sentido, retoma los derechos más importantes que habían sido reconocidos en la Declaración de la ONU del año 2007.

La Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas reconoce el derecho a la autodeterminación, con igual sentido que su predecesora. El artículo III, textual al de la primera, señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, parte de la consideración de las comunidades como “pueblos”, en tanto sujetos de derecho colectivos a los que vienen asociados una serie de derechos de igual carácter.

El texto también reconoce el derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecten. El artículo XXIII reconoce “la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas”. Y, en el segundo apartado conmina a los Estados a celebrar consultas y a cooperar con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Sin embargo, Clavero se muestra crítico con la más reciente declaración. Este autor, a partir de la comparación con la norma de las Naciones Unidas, plantea al menos dos puntos relevantes que le hacen concluir que existen elementos de forma y de fondo que hacen de ésta una declaración menos radical que la del 2007.

El primero, es el límite al derecho a la autodeterminación que establece la declaración en su artículo cuarto:

Nada de lo contenido en la presente de la Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

A decir de Clavero, esta limitación también se encuentra en la declaración de la ONU. Sin embargo, en aquella aparece en el artículo 46, mientras que, en la americana, se ubica a continuación del reconocimiento de la libre determinación. El autor plantea que ello no es solo una cuestión de forma, sino que la Declaración de la OEA antepone la integridad y unidad del Estado ante este derecho⁴⁷.

Por otra parte, a partir del análisis del artículo XXIII, realiza otra crítica de central importancia, encaminada al derecho de participación de los pueblos indígenas. Aquí el autor señala que mientras en el instrumento naciounidense el consentimiento es un principio independiente que, junto al de autogobierno, se ubica como contenido fundamental de la autodeterminación, en el texto americano el consentimiento es un principio subsidiario del derecho de participación: se participa mediante la consulta. Ese sería su contenido⁴⁸.

No obstante estas críticas compartidas, se debe señalar que esta normativa plantea un nuevo momento para el sistema interamericano, en el sentido de que si bien con anterioridad aplicaba en calidad de estándar de derechos humanos para los pueblos indígenas los instrumentos de la ONU, ahora tiene uno que aplicar directamente.

El análisis de nuevos casos donde los órganos del SIDH hagan uso de esta norma será central para valorar si la postura de los mismos se enmarcará en una

47 *Ibíd.*, 3.

48 *Ibíd.*, 5.

interpretación restrictiva o amplia de la declaración. Sin embargo, con posterioridad a la Declaración Americana y hasta julio del 2017, sólo existe un informe de admisibilidad de la CIDH en el que la parte peticionaria es una comunidad indígena. Se trata de la Comunidad Maya Q'Eqchi Agua Caliente, en un proceso contra Guatemala.

En este caso, resulta interesante que la CIDH no cite a la nueva Declaración sino que, acogiendo a lo solicitado por los peticionarios en el año 2011, cuando

fue realizada la solicitud de inicio del proceso, declare admisible la petición a fin de investigar si, en efecto, fueron violados varios de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁹. Por lo tanto, es necesario esperar la decisión sobre el fondo de este caso, así como a otras decisiones y sentencias que en el futuro desarrollen jurisprudencialmente los derechos al territorio y a la autodeterminación a tenor de la nueva declaración, para poder juzgar si algo ha cambiado en la postura del SIDH sobre estos temas.

CONCLUSIONES

El criterio de la interpretación que han utilizado los órganos del SIDH muestra que estos han superado en su práctica los límites que inicialmente vinieron impuestos por la Convención Americana de Derechos Humanos; esto, en el sentido de que del reconocimiento de derechos individuales concebidos desde una matriz meramente liberal, se ha pasado a la tutela de derechos colectivos, producto de una interpretación extensiva de los mismos. En este contexto se ubica el desarrollo en la protección del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas, que, de ser reconocido sobre sus miembros, considerados individualmente, ha llegado a la protección de las comunidades en cuanto pueblos, con una personalidad jurídica distinta de la de sus integrantes, lo que ha permitido que se tomen medidas de reparación en relación con el sujeto colectivo. Hasta el 2016, para proteger el territorio de las comunidades, la Comisión solo ha tenido el derecho a la propiedad individual; no obstante, ha logrado tutelarlos a partir de su labor interpretativa.

Este reconocimiento, a su vez, ha ido de la mano con el avance de aquellas concepciones que protegían a la tierra, a las que protegen al territorio, en tanto categoría mucho más completa, que no sólo reconoce el lugar de asentamiento ancestral de estas comunidades, sino

una serie de estrechos vínculos y de elementos simbólicos entre las mismas y el lugar donde se desenvuelve su vida material, involucrando sus posibilidades reales de reproducción de la comunidad. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del reconocimiento del derecho a la autodeterminación. En este punto los órganos interamericanos han mantenido una postura conservadora, negándose a realizar una interpretación extensiva para protegerlo.

Esta limitación ha venido de la mano con la falta de carácter vinculante de la consulta previa en tanto derecho colectivo reconocido a las comunidades indígenas (desde el Convenio 169 de la OIT, en 1989), que viene a ser, junto con el reconocimiento del territorio, otro de los presupuestos para una efectiva tutela del derecho a la autodeterminación de los pueblos.

La Declaración de 2016 parecería ser un parteaguas en este reconocimiento del derecho a la autodeterminación, a pesar de su carácter más conservador respecto a la Declaración de la ONU del 2007. Sin embargo, es necesario que exista jurisprudencia sobre este tema para valorar si el SIDH seguirá a la vanguardia de la protección de los pueblos indígenas o asumirá el carácter más solapado de la nueva declaración.

⁴⁹ En la primera de sus Decisiones, la CIDH declara admisible la petición en relación con los artículos 3, 8, 21, 24 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. CIDH. *Informe 30/17*. Petición 1118-11. Informe de Admisibilidad. Comunidad Maya Q'Eqchi Agua Caliente Vs. Guatemala.

BIBLIOGRAFÍA

- Berraondo, Mikel. Lecciones del caso Awas Tigni tres años después de la sentencia de la Corte Interamericana. www.flacsoandes.edu.ec/biblio-/catalog/resGet.php?resId=22718 (consultada el 20 de julio de 2015)
- Burguete Cal y Mayor, Araceli. 2010. Autonomía: la emergencia de un nuevo paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina. En *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, coords. Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T y Miguel González, 63-94. Quito: FLACSO-Ecuador.
- _____. Memoria, Agencia Internacional Prensa Indígena. Cumbres indígenas en América Latina: resistencia y autonomía. 11 de abril de 2007. <http://www.llacta.org/notic/2007/not0411b.htm> (consultada el 8 de mayo de 2011).
- Rojas, C. N. 2003. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. *Seminario "Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile"*. Iquique-Chile: Universidad Arturo Prat.
- CIDH. (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA documentos oficiales.
- Clavero, B. (2016). La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria. *Lección impartida en el acto de recepción de la condecoración José León Barandarián de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Perú.
- Declaración de Barbados I, 1971. laguarura.net/2012/11/04/a-proposito-de-la-lucha-indigena-declaracion-de-barbados-i-ii-y-iii (consultada el 7 de febrero de 2014).
- Nash Rojas, Claudio. 2003. Protección de los derechos humanos indígenas en el Sistema Interamericano. Presentado en el seminario "Derechos Indígenas: Tendencias Internacionales y realidad de los pueblos indígenas del norte de Chile", diciembre de 2003, en la universidad Arturo Prat, Iquique, Chile.
- Organización de Estados Americanos (OEA). Convención Americana de los Derechos Humanos, 1969. www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html (consultada el 7 de julio de 2015).
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio 107 de 1957. <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-vivaintercultural-/Documentos/CONVENIO-OIT-107.pdf> (consultada el 15 de julio de 2015).
- _____. Convenio 169 de 1989. <http://www.ilo.org/public/spanish/region-/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> (consultada el 3 de septiembre de 2013).
- Organización de Naciones Unidas (ONU). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf (consultada el 12 de julio de 2015).
- _____. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966. www.ohchr.org > OHCHR > Español > Interés profesional (consultada el 12 de julio de 2011).

_____. Informe Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, 1983. <http://undesadspd.org/IndigenousPeoples/LibraryDocuments-/Mart%C3%ADnezCoboStudy.aspx> (consultada el 20 de febrero de 2011).

Sánchez, Consuelo. 2010. Autonomía y pluralismo. Estados plurinacionales y pluriétnicos. En *La autonomía a debate. Autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, coords. Araceli Burguete Cal y Mayor, Pablo Ortiz-T y Miguel González, 259-290. Quito: FLACSO-Ecuador.

Schettini, Andrea. 2004. Por un Nuevo Paradigma de Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas: Un Análisis Crítico de los Parámetros Establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, V.1, No.1 (enero 2004): 65-88.