

AVANCES Y RETOS EN MATERIA DE **DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES**

Reflexiones del Primer Conversatorio
en Jurisprudencia Interamericana



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



idehpuep

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



100 años
PUCP

AVANCES Y RETOS EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

Reflexiones del Primer Conversatorio
en Jurisprudencia Interamericana

Corrección de estilo: Sandra Arbulú Duclos

Diagramación: Camila Bustamante Dejo

Edición a cargo de:

Pontificia Universidad Católica del Perú

Instituto de Democracia y Derechos Humanos
de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP)

Tomás Ramsey 925, Lima 17 – Perú

Teléfono: (51 1) 261-5859

Fax: (51 1) 261-3433

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/>

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Fundación Konrad Adenauer

Calle 90 No. 19C - 74 Piso 2

Bogotá D.C. - Colombia

Tel. +57 1 7430947 Ext: 214

Primera edición digital: agosto de 2017

Libro electrónico disponible en www.idehpucp.pucp.edu.pe

ISBN: 978-612-47387-4-6

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), 2017

© Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2017

Este documento puede ser copiado y citado, total o parcialmente, siempre y cuando se mencione la fuente.

IDEHPUCP y KAS. Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del primer conversatorio en jurisprudencia interamericana. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Fundación Konrad Adenauer, 2017.



Índice



Resumen Ejecutivo	3
Introducción	6
1. Contexto Regional y Aspectos Previos Fundamentales	9
1.1. El contexto en la región: extracción de recursos naturales y desarrollo	9
1.2. Tierra, territorio y autodeterminación	10
1.3. El sujeto pueblo y la diferenciación con sus miembros	11
1.4. Recomendaciones	12
2. Garantías en torno a las Tierras, Territorios y Recursos Naturales en el Sistema Interamericano	13
2.1. La determinación del alcance del territorio	13
2.2. Áreas naturales protegidas y territorios indígenas	15
2.3. Interpretación a partir de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas	16
2.4. Recomendaciones	17
3. Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario y Contacto Inicial: Necesidad de Adaptación del SIDH	18
3.1. Cuestiones procesales o previas: identificación de víctimas, representación y agotamiento de recursos	19
3.2. Cuestiones de fondo: adaptación de derechos y estándar de la prueba	20
3.3. Recomendaciones	21
4. Consulta Previa: Luces y Sombras en la Jurisprudencia Interamericana	22
4.1. Alcance de la consulta: medidas materia de consulta	23
4.2. ¿Desde cuándo es exigible la consulta?	23
4.3. Supuestos relativos al consentimiento	24
4.4. Recomendaciones	25
5. Necesidad de Especial Atención a la Situación de las Mujeres Indígenas	26
5.1. Recomendaciones	26
6. Medidas cautelares y provisionales	27
6.1. CIDH: medidas cautelares y pueblos indígenas	27
6.2. Corte IDH: medidas provisionales y pueblos indígenas	29
6.3. Recomendaciones	30
Referencias	31

Resumen Ejecutivo

A PARTIR DE LA AMPLIA JURISPRUDENCIA PRODUCIDA EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR LA COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA DIVERSIDAD DE DESAFÍOS QUE ENFRENTAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN EL CONTINENTE AMERICANO, el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer realizaron el **Primer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana Avances y retos en materia de pueblos indígenas**, llevado a cabo el 28 y 29 de setiembre de 2016.

El objetivo del conversatorio fue hacer un balance de las decisiones adoptadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con miras a enriquecer y orientar positivamente sus futuros pronunciamientos. En tal sentido, el presente documento recoge las principales ideas que se compartieron en dicho espacio de reflexión conjunta, que reunió a actores claves provenientes de la sociedad civil, organizaciones indígenas, el sector público, la academia y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

Debido a su gran relevancia para la vigencia de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, los temas priorizados fueron: (i) tierras, territorios y recursos naturales; (ii) derecho a la consulta previa, libre e informada; (iii) pueblos indígenas en aislamiento y contacto inicial;

(iv) mujeres indígenas; y (v) medidas cautelares y provisionales. Así pues, este documento se divide en seis secciones, que corresponden a cada uno de estos ejes temáticos; y están precedidos por una sección de contexto regional y ciertos aspectos conceptuales importantes.

De este modo, en la primera sección se presenta una breve referencia sobre el **contexto de extractivismo** en la región, el cual determina que haya una tendencia a resolver tensiones entre derechos indígenas y actividades de extracción de recursos naturales, en favor de estas actividades. Asimismo, se advierte la existencia de un consenso —expresado en instrumentos internacionales de derechos humanos— acerca del derecho a la **libre determinación** de los pueblos. Se evidencia, además, una expectativa de que los órganos del Sistema Interamericano hagan eco de tal reconocimiento. De otro lado, se destaca la importancia de mantener y consolidar el reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales como **sujetos colectivos**, distintos a sus miembros, y distinguir apropiadamente entre *pueblos* y *comunidades*, según sea el caso.

El segundo capítulo se refiere a las **garantías en torno a la tierra y territorio de los pueblos indígenas y tribales**. Se pone de relieve que algunos aspectos, deseables de ser abordados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), son el deber de delimitar el territorio ancestral; la compatibilidad entre las áreas protegidas y los territorios indígenas; y la utilización de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

como instrumento para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Posteriormente, se abordan los retos del Sistema Interamericano a partir del reconocimiento de la alta vulnerabilidad y situación específica de los **pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial**. En particular, se resalta la necesidad de adaptación del sistema en cuestiones procesales y de fondo. Se plantea, entre otros aspectos, la flexibilización del requisito de identificación de víctimas, con el fin de atender la imposibilidad de conocer la dimensión y composición real de estos grupos, en respeto al principio de no contacto.

Una cuarta sección se aboca al derecho a la consulta previa y a su desarrollo por parte de los órganos del sistema. Se advierte que existen algunos puntos por considerar como, por ejemplo, las medidas que pueden ser materia de consulta fuera del marco de las actividades extractivas, el momento a partir del cual los Estados están obligados a realizar las consultas y los supuestos en los que es necesario obtener el consentimiento.

El quinto capítulo se refiere a las **mujeres indígenas**. Por tanto, se resalta la necesidad de que los órganos del SIDH realicen más esfuerzos para incorporar mecanismos y abordajes, que permitan responder a la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres indígenas.

Por último, en la sexta sección se plantea la importancia de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH no limiten el otorgamiento de **medidas cautelares y provisionales**, respectivamente, a la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. Se evidencia que, como lo han hecho en años anteriores, es preciso que se refieran también a la protección de derechos indispensables para su supervivencia, en particular la propiedad colectiva¹.

1 Las ideas presentadas a continuación han sido recogidas, sintetizadas y editadas por miembros del IDEHPUCP y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, aunque pertenecen a los especialistas y participantes que estuvieron presentes en el I Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana “Avances y retos en materia de pueblos indígenas”. La redacción del documento estuvo a cargo de Cristina Blanco, abogada especialista en derecho internacional de los derechos humanos e investigadora

principal del IDEHPUCP. Durante su elaboración y edición se contó con los comentarios, aportes y sugerencias de Marie-Christine Fuchs, Directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS); Ginna Rivera, Coordinadora de Proyectos e Investigadora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de KAS; Elizabeth Salmón, Directora del IDEHPUCP y Gustavo Zambrano, Coordinador Académico del IDEHPUCP. Colaboró Lorena Vilchez como asistente de investigación.

Introducción

HAN PASADO MÁS DE CUATRO DÉCADAS DESDE LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CIDH SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DE LA REGIÓN, y casi quince desde la primera sentencia de fondo de la Corte IDH sobre el derecho a la propiedad colectiva de una comunidad indígena. Durante este tiempo se ha hecho uso de los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para dotarlos de un contenido específico, con claras obligaciones estatales frente a los pueblos originarios de la región.

Sin duda, son indiscutibles los avances del Sistema Interamericano en la protección de los

pueblos indígenas y tribales y sus territorios. En efecto, los órganos del Sistema Interamericano han desarrollado una sólida jurisprudencia en materia de derechos fundamentales para estos pueblos, como el derecho a la personalidad jurídica; a la propiedad colectiva sobre tierras y territorios; al uso y goce de sus recursos naturales; a la consulta previa, libre e informada; entre otros.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de pueblos indígenas y tribales incluye los siguientes casos, y representa cerca del 10% del total de sentencias de fondo emitidas hasta la fecha:²

	NOMBRE DEL CASO	FECHA SENTENCIA DE FONDO	TEMAS PRINCIPALES
1	Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	31 de agosto de 2001	Propiedad colectiva, delimitación, demarcación y titulación de tierras indígenas
2	Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala	29 de abril de 2004	Conflicto armado, derecho a la integridad personal, libertad de conciencia y de religión, derecho a la propiedad privada
3	Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam	15 de junio de 2005	Desplazamiento forzado, derecho a la integridad personal, derecho de circulación y residencia, propiedad colectiva
4	Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay	17 de junio de 2005	Derecho a la vida, propiedad colectiva, proceso administrativo de reivindicación de tierras
5	Caso Yatama vs. Nicaragua	23 de junio de 2005	Derechos políticos, igualdad ante la ley
6	Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay	29 de marzo de 2006	Derecho a la vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad colectiva, proceso de reivindicación de tierras
7	Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam	28 de noviembre de 2007	Reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad colectiva, uso y goce de recursos naturales, participación efectiva, derecho a la consulta, beneficios compartidos
8	Caso Tiu Tojín vs. Guatemala	26 de noviembre de 2008	Conflicto armado, desaparición forzada, derecho a la vida, integridad personal y libertad personal

2 Cabe anotar que, en 2016, la CIDH presentó dos casos a la Corte IDH en materia de pueblos indígenas, que se encuentran pendientes: Caso 12.728 Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros (Brasil) y Caso 11.550 Maurilia Coc Max y otros (Masacre de Xamán, en Guatemala).

	NOMBRE DEL CASO	FECHA SENTENCIA DE FONDO	TEMAS PRINCIPALES
9	Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala	25 de mayo de 2010	Desaparición forzada, desplazamiento forzado, derecho de circulación y residencia, derecho a la protección de la familia, derechos de los niños y niñas
10	Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay	24 de agosto de 2010	Propiedad colectiva, delimitación, demarcación y titulación de tierras indígenas
11	Caso Fernández Ortega y otros vs. México	30 de agosto de 2010	Derecho a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, violencia sexual, derechos de las mujeres indígenas
12	Caso Rosendo Cantú y otra vs. México	31 de agosto de 2010	Derecho a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, violencia sexual, tortura, derechos de las mujeres indígenas, derechos de los niños y niñas
13	Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	27 de junio de 2012	Derecho a la vida e integridad personal, propiedad colectiva, consulta previa, identidad cultural
14	Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala	4 de setiembre de 2012	Desaparición forzada, desplazamiento forzado, imposibilidad de regreso a tierras ancestrales, derecho de circulación y residencia, derecho a la integridad personal, violencia sexual
15	Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá	14 de octubre de 2014	Desplazamiento de pueblos indígenas, reasentamiento en tierras alternativas, propiedad colectiva
16	Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras	8 de octubre de 2015	Propiedad colectiva indígena y tribal, consulta previa, identidad cultural
17	Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras	8 de octubre de 2015	Propiedad colectiva, delimitación, demarcación y titulación de tierras, consulta previa
18	Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam	25 de noviembre de 2015	Pueblos tribales, propiedad colectiva, consulta previa, participación efectiva, identidad cultural
19	Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala	30 de noviembre de 2016	Conflicto armado, desplazamientos forzados, violencia sexual, tortura, ejecuciones extrajudiciales, masacres, desaparición forzada, derecho de circulación y residencia

Fuente: elaboración propia a partir de sentencias emitidas por la Corte IDH hasta junio 2017.

La CIDH ha contribuido de manera significativa en la construcción de los estándares interamericanos en la materia, al desarrollar el contenido específico de los derechos de los pueblos

indígenas y tribales en estos casos sometidos a la Corte Interamericana. A esto deben sumarse aquellos asuntos resueltos por la CIDH, no sometidos a conocimiento de la Corte.

	NOMBRE DEL CASO	FECHA INFORME DE FONDO	TEMAS PRINCIPALES
1	Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize)	12 de octubre de 2004	Derecho de propiedad y las tierras tradicionales, ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado, derecho a la igualdad ante la ley, protección de la ley y la no discriminación
2	Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala	27 de diciembre de 2002	Protección del derecho a la propiedad en condiciones de igualdad, considerando su carácter colectivo e individual

Fuente: elaboración propia a partir de casos resueltos por la CIDH, no sometidos a la Corte IDH hasta junio 2017.

A pesar de los innegables avances, opinamos que estos todavía no han sido suficientes para garantizar la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en todos los aspectos. Así pues, aún existen temas relevantes en la agenda indígena que no han tenido un mayor desarrollo en el Sistema Interamericano y otros que, si bien fueron abordados en un algún momento, continúan presentes en el debate académico y en los espacios de discusión debido a su complejidad. A ello se suma el hecho de que, si bien los movimientos sociales y las organizaciones indígenas acuden al Sistema Interamericano para resolver los conflictos que no se han podido solucionar en sus propios Estados, no siempre los pronunciamientos de esta instancia han podido responder a sus demandas y, por ello, se presentan retos importantes para el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas. Igualmente, la reciente aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) también ha generado algunas preocupaciones, ya que presenta ciertas disposiciones consideradas menos protectoras que las contenidas en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

El presente documento recoge las principales ideas que se compartieron en el I Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana: Avances y retos en materia de pueblos indígenas. Este espacio contó con la participación de dieciséis especialistas, incluidos líderes y lideresas indígenas de distintos países de la región, como Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México y Perú. Asistió también el relator para los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH, comisionado Francisco Eguiguren. Asimismo, en las discusiones partici-

paron más de 180 personas, representantes de sociedad civil, organizaciones indígenas, sector público, academia y Sistema Interamericano. Todos ellos reflexionaron de manera conjunta respecto a los temas de principal preocupación para los pueblos y comunidades originarios en la región, con el fin de identificar los retos que suponen para el Sistema Interamericano.

En suma, este documento se organiza en torno a los cinco ejes temáticos abordados en el I Conversatorio, precedidos por una breve referencia al contexto regional y cuestiones terminológicas que surgieron como trasfondo a las discusiones. El objetivo es presentar las principales reflexiones y preocupaciones surgidas en este espacio a los órganos del SIDH y demás actores del sistema, y contribuir, de este modo, al fortalecimiento de los sólidos estándares interamericanos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales, de cara a los retos actuales para su materialización efectiva en la región.

CONTEXTO REGIONAL Y ASPECTOS PREVIOS FUNDAMENTALES

1

1.1. El contexto en la región: extracción de recursos naturales y desarrollo

NO ES POSIBLE ABORDAR LOS RETOS PARA EL PLENO RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS —ESPECIALMENTE DE AQUELLOS VINCULADOS A LA TIERRA Y EL TERRITORIO— SIN REFERIRNOS AL CONTEXTO DE EXTRACTIVISMO EN LA REGIÓN, el cual se caracteriza por concebir el desarrollo como crecimiento económico. En otras palabras, dicho crecimiento, en términos numéricos, se coloca como objetivo central para el desarrollo nacional. Muchas veces, esta concepción prima sobre otras que tienen a la persona como centro. Entonces, el punto por resaltar es que la noción meramente económica del desarrollo suele justificar actividades que promueven esta manera de alcanzar bienestar. En suma, lo anterior favorece un tipo específico de actividades: las extractivas.

Igualmente, la alta demanda de materias primas, el elevado precio de las *commodities*, los bajos costos comparativos de los pasivos ambientales y la falta de industria productiva en América Latina determinan que nuestras economías coliquen en un lugar prioritario a las actividades extractivas, con la consecuente dependencia de muchos países de la región de tales industrias³.

3 Por ejemplo, la contribución económica de las industrias extractivas al producto bruto interno (PBI) en 2012 fue de

En este escenario, la tensión entre derechos de pueblos indígenas y crecimiento económico asociado a dicho extractivismo, en muchos casos ha generado que la balanza se haya inclinado, por lo general limitando a los primeros en favor de los segundos.

Algunas expresiones al respecto pueden ser aquellos marcos regulatorios que brindan condiciones más favorables a la actividad extractiva, en menoscabo de la protección a la vida y diversidad cultural de pueblos indígenas y tribales, valores fundamentales de todo Estado democrático de Derecho. Otro ejemplo podría ser aquel de privilegiar el establecimiento de mecanismos compensatorios, con la consecuente limitación, en el mejor de los casos, de la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de los proyectos. En este contexto hay que resaltar el rol de la consulta previa, principal garantía para la protección de dichos pueblos, que en ocasiones ha estado limitada por la vía legislativa; en consecuencia, su aplicación no permite salvaguardar los derechos colectivos en juego⁴. A ello se suma el déficit de procedimientos adecuados de evaluación ambiental y la desconfianza sobre estos procesos,

20.9% en Venezuela, 11.1% en Bolivia y 9.4% en Chile. Ver más en: Martner & Hanni (2012). Entre tanto, en el Perú, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), el sector de extracción de petróleo y minerales representó el 11.5% en 2014, siendo el tercer sector en aportar al PBI.

4 Véase DPLF y OXFAM (2015). Disponible en http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_consulta_previa_2015_web-2.pdf.

porque se encargan a entes vinculados a las empresas, sin que el Estado fiscalice su actuación.

A la par de lo anterior, existe otro problema que genera desazón entre el Estado y los pueblos indígenas: en materia de titulación y reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva sobre tierras y territorios es difícil ver avances y más frecuentes son los retrocesos. Asimismo, existe la percepción de que es el Estado el que termina definiendo las modalidades de gestión del territorio, ignorando a menudo el derecho a la autodeterminación de los pueblos, reconocido a nivel internacional⁵.

En resumen, este es el contexto en que suelen enmarcarse los asuntos que pueblos y comunidades indígenas presentan a los órganos del Sistema Interamericano. Ello exige, por tanto, la consideración por parte de la CIDH y la Corte IDH de que regularmente se trata de situaciones que reflejan relaciones de asimetría, deudas de carácter histórico y marcos normativos e institucionales poco proclives a la tutela de derechos.

1.2. Tierra, territorio y autodeterminación

En este punto, es preciso considerar los conceptos de tierra y territorio, por sus implicancias particulares para los pueblos indígenas. El término “territorio”, por lo general, se refiere al espacio geográfico en el cual una comunidad política toma y ejerce decisiones⁶. Desde la noción clásica

de Estado-nación se sostenía que en el territorio existe un solo pueblo, titular de la soberanía que deriva sus decisiones al gobierno. Las atribuciones de gobierno, a su vez, se entendían ejercidas en este espacio donde se desenvuelve la vida y la existencia colectiva del pueblo (Pastor Ridruejo, 2016).

La noción de territorio indígena refuta tal concepto clásico, pues parte de reconocer que los pueblos indígenas preexisten a los Estados y son, por tanto, distintos a la idea de pueblo nacional en un sentido monocultural. Su preexistencia es precisamente el hecho histórico que determina que sus formas de vida y concepción del mundo se entiendan como anteriores a la figura del Estado nacional y que requieran instituciones y prácticas propias de autogobierno. Además, la falta de territorio para un pueblo indígena genera serias dificultades para mantener su integridad cultural, en tanto es en este espacio donde reproducen sus formas de vida. De este modo, la afectación de las tierras y territorios que ocupan puede poner en riesgo la continuidad cultural y, con ello, la vida del pueblo.

Entonces, el reconocimiento, a nivel internacional e interno, del derecho a la autodeterminación y derechos sobre la tierra y el territorio refleja precisamente el consenso sobre la necesidad de asegurar que pueblos culturalmente distintos puedan vivir y desarrollarse en un mismo Estado. Ello implica, por tanto, entender que el territorio nacional permite la convivencia de espacios autogobernados por pueblos distintos, sin que esto suponga en modo alguno una afectación o

5 El derecho a la libre determinación de los pueblos está reconocido expresamente en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 3; y en la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos indígenas, artículo III.

6 En esa misma línea, puede señalarse que “el territorio es el

producto de un proceso de construcción social, por lo cual no es tan solo un espacio geográfico administrativo, sino que puede consistir en varios espacios que comparten iniciativas y poseen características afines, de carácter cultural, lingüístico o de marginación”. Ver más en: FAO (2012). Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/015/md974s/md974s00.pdf>.

amenaza tanto a su integridad como a la soberanía estatal⁷.

Es pues crucial que los pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano sean reflejo de tal consenso, expresado en instrumentos internacionales de derechos humanos y que, más bien, contribuyan a hacer frente a retos vigentes. Más que en la aceptación de la autodeterminación de los pueblos indígenas, los desafíos actuales residen en la materialización de sociedades multiculturales y en la posibilidad de que el Estado haga viable, en la práctica, que estos pueblos ejerzan libremente su autonomía.

1.3. El sujeto pueblo y la diferenciación con sus miembros

Desde los primeros casos resueltos sobre pueblos y comunidades indígenas, la CIDH admitió que estos colectivos son sujetos de derecho, distintos a sus miembros, y que gozan de los derechos reconocidos en la CADH y la DADDH⁸. De otro

lado, si bien la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia se ha gestado en un promedio de dieciséis años, durante los primeros diez esta se refirió a “los miembros de las comunidades” afectadas, ya que entendía que la violación repercutía en las personas individualmente consideradas⁹, mas no sobre el sujeto colectivo como tal.

En 2012, con la sentencia del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte dio un avance significativo al reconocer que la víctima es propiamente el pueblo como colectivo y no solo los miembros individualmente considerados¹⁰. Se destaca que este reconocimiento marca un hito fundamental en la jurisprudencia de la Corte que se debe reafirmar y mantener en los siguientes pronunciamientos.

Es positivo notar que, con posterioridad, en su Opinión Consultiva OC-22/16 sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas, la Corte reiteró este criterio. Al respecto, indicó que “las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos derechos protegidos en la Convención Americana”, teniendo en cuenta que, por ejemplo, el derecho a la propiedad o al territorio solo puede ser ejercido por medio de la colectividad¹¹. Debe advertirse, sin embargo, que en este pronuncia-

7 Véase más en Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 46; y Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos indígenas, artículo IV.

8 En sucesivas demandas presentadas ante la Corte IDH, la CIDH enfatiza en la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas como sujeto colectivo. Esto ha sido expresado en el caso de los “12 Clanes Saramaka” (Caso 12.338) contra la República de Surinam, del 23 de junio de 1966. En este la CIDH sostuvo que “el pueblo Saramaka constituye un grupo separado que merece especial protección del Estado, y afirmó que la inexistencia de reconocimiento o protección constitucional y legislativa de los derechos colectivos de las comunidades Saramaka refleja un tratamiento desigual de la ley”. Asimismo, en los casos de la comunidad indígena “Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua” (Caso 12.313), del 17 de marzo de 2003, y en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa del pueblo Enxet (Caso 12.419) del 3 de febrero de 2005, ambos contra Paraguay, la CIDH enfatizó que “el respeto a los derechos colectivos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales constituye una obligación de los Estados partes de la Convención y que su inobservancia compromete la responsabilidad internacional de los mismos”.

9 Véase al respecto Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005; Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005; Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007; y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

10 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 231.

11 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, párr. 140.3.

miento se deja de lado la expresión “pueblo” y se usa únicamente “comunidad”. Cabe señalar que ambos términos no pueden ser usados indistintamente, en tanto se refieren a cuestiones distintas.

PUEBLO

Conglomerado humano caracterizado por tener rasgos comunes en términos territoriales, históricos, culturales, étnicos. Los rasgos comunes le dan un sentido de identidad que puede expresarse a través de ideologías nacionalistas o étnicas. (Stavenhagen, 1992: pp. 83-99)

PUEBLO INDÍGENA

Pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Artículo 1.2 del Convenio 169)

PUEBLO TRIBAL

Pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. (Artículo 1.1 del Convenio 169)

COMUNIDAD

Puede referirse a la asociación de familias extensas o de familias nucleares, pertenecientes a determinado pueblo indígena o tribal. (Mossbrucker: 1990)

Recomendaciones



- ✓ Se sugiere que los órganos del SIDH tomen en cuenta que los asuntos sometidos a su conocimiento suelen reflejar relaciones de asimetría, deudas históricas y marcos regulatorios e institucionales poco proclives a la tutela de derechos.
- ✓ Existe un consenso, expresado en instrumentos internacionales de derechos humanos, sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos y el autogobierno sobre las tierras y territorios ocupados históricamente. Hay una expectativa de que los órganos del Sistema Interamericano hagan eco de tal reconocimiento y contribuyan a hacer frente a retos actuales, en equilibrio con la idea de un Estado intercultural. Tales desafíos se relacionan con la concreción práctica del derecho a la libre determinación de los pueblos.
- ✓ Se destaca como un avance fundamental el reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales como sujetos colectivos, distintos a sus miembros, y titulares de derechos protegidos por los instrumentos interamericanos. Es fundamental, sin embargo, mantener dicha línea jurisprudencial en futuros pronunciamientos. Es igualmente importante referirse a pueblos y comunidades teniendo en cuenta que no son términos equivalentes.

GARANTÍAS EN TORNO A LAS TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO



2

LA COMISIÓN Y LA CORTE IDH HAN DESARROLLADO CONJUNTAMENTE GARANTÍAS SOBRE LAS TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES DEL CONTINENTE. El derecho a la titulación y registro, la delimitación y demarcación del territorio y la restitución o la protección frente a terceros son algunas de estas garantías indispensables. Tal desarrollo jurisprudencial se ha basado principalmente en el derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 21 de la CADH y en el artículo XXIII de la Declaración Americana. Este derecho ha ofrecido la vía más importante para la protección del territorio y con ello, la protección de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y formas de vida, en general.

Al mismo tiempo que se reconoce el aporte fundamental del SIDH en este ámbito, se identifican, de un lado, importantes obstáculos para hacer efectivas tales garantías¹², y de otro, aspectos en los cuales los estándares existentes podrían ser esclarecidos o fortalecidos. A continuación, nos referimos a este último aspecto, a partir de las reflexiones planteadas en el Primer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana.

¹² En el marco del Primer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana se advirtieron obstáculos tales como: procedimientos burocráticos y legislación sumamente engorrosa y dispersa; desconocimiento por parte de funcionarios públicos de derechos indígenas; instituciones públicas, sobre todo del sector agrario, que tienen un enfoque sobre el uso del territorio que concibe su importancia en términos de productividad; otorgamiento de títulos separados a comunidades, en lugar de un título único al pueblo; despojos o invasión de tierras por parte de terceros; criminalización y persecución penal de dirigentes involucrados en defensa de tierras y territorios; entre otros.

2.1. La determinación del alcance del territorio

Se recibieron expresiones de preocupación en relación con (i) los estándares probatorios exigidos por la Corte IDH para determinar el alcance de las tierras y territorio reclamado por pueblos y comunidades indígenas y tribales; y (ii) la postergación de una decisión sobre el otorgamiento o no de un título colectivo a las autoridades internas.

En cuanto al primer punto, se observó que, en los primeros casos resueltos, la Corte determinó el alcance del territorio ancestral con base en la prueba aportada por las partes, teniendo en cuenta especialmente aquella presentada por el propio pueblo o comunidad¹³. A partir de ello, la Corte determina si el Estado cumplió o no con reconocerlo, titularlo y demarcarlo.

¹³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 73.9 y 211. Como ha advertido la CIDH, para identificar el territorio tradicional, los órganos del sistema “han examinado pruebas de la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por miembros de la comunidad; del desarrollo de prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o de sanación; de la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad; y estudios y documentación técnicos; así como pruebas de la idoneidad del territorio reclamado para el desarrollo de la comunidad correspondiente”. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. párr. 79. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009.

Recientemente, en el caso de Comunidad Garífuna Triunfo la Cruz y sus miembros vs. Honduras, por ejemplo, se nota que parece no haberse otorgado suficiente relevancia probatoria al alcance del territorio alegado por los representantes de la comunidad ni al mapa que se presentó sobre su territorio ancestral. La Corte se refirió al desacuerdo entre los representantes y la Comisión con el Estado sobre el alcance del territorio ancestral, en los siguientes términos:

En cuanto al territorio ancestral de la Comunidad, existen dos versiones distintas, por un lado, los representantes y la Comisión alegan que el mismo se ubica en el área delimitada hacia el norte con el Mar Caribe, al sur con el cerro El Tigre, al este con el Parque Nacional Punta Izopo y al oeste con el cerro Triunfo de la Cruz, abarcando 2840 hectáreas que incluyen “la zona de viviendas [] [y] el hábitat funcional”, reconociéndose como tal las zonas alrededor de cerro El Tigre, el cerro Punta Izopo y el río Plátano. Por su parte, el Estado rechazó que el territorio Garífuna sea el indicado dado que el informe elaborado por el Central American and Caribbean Research Council (CACRC), que incluye un mapa en base del cual los representantes y la Comisión formularon sus alegatos respecto del territorio ancestral, “no es un documento definitivo, sino una aproximación cuyo contenido se basa en la versión unilateral de los interesados¹⁴.”

Cabe notar que los representantes presentaron como prueba un mapa incluido en un informe del Central American and Caribbean Research

14 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 53.

Council (CACRC) de 2002. En su fallo, la Corte cuestionó que se haya remitido un informe de CACRC de 2006 que incluye el mapa del informe de 2002 y que estos hayan sido presentados por primera vez durante el trámite del caso ante la Comisión. Asimismo, resaltó que no se habían detallado las fuentes de elaboración del mapa¹⁵. De este modo, concluyó que carecía de elementos de prueba suficientes para determinar la extensión real del territorio tradicional¹⁶.

Esto se evidencia también en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, en el que los representantes señalaron que la extensión del territorio era de aproximadamente 133 945 hectáreas y entregaron como medios de prueba un mapa de los límites aproximados y los relatos de los ancianos que indicaban los lugares en los que habitaban los kaliña y los lokono. La Corte estableció que es un deber del Estado delimitar los territorios tradicionales y que le corresponde, mediante un proceso consultivo y a través de las medidas necesarias de carácter administrativo y legales, conforme a los estándares internacionales en la materia, delimitar los territorios que les corresponden a los pueblos kaliña y lokono, para luego proceder a demarcarlos y titularlos¹⁷.

15 En particular, la Corte señaló que: “Con respecto a la prueba sobre la cual se sustenta el informe de la CACRC de 2002, no se especifica cuáles fueron las fuentes que llevaron a la elaboración del referido mapa, únicamente consta en el informe del Panel de inspección del Banco Mundial que el “estudio/diagnóstico de tierras, que fue realizado por el Consejo de Investigación Centroamericano y del Caribe (Central American and Caribbean Research Council, CACRC), se basó en una metodología participativa para cartografiar los reclamos territoriales de 25 comunidades garífunas y misquitas sobre la costa norteña”. Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 113.

16 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 117.

17 Confróntese Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs.

Esto conduce al segundo punto, pues es posible notar que la Corte parece dejar a las autoridades internas la decisión sobre el territorio y solicitarles que resuelvan con base en principios que establece la sentencia. Así pues, se ordena que el Estado provea un mecanismo para ello, con la consecuente postergación de la decisión al ámbito interno¹⁸.

De este modo, en asuntos relativos al reconocimiento de tierras y territorios de pueblos indígenas y tribales, lo que la Corte ha venido haciendo es considerar un conflicto de derechos, brindar ciertas pautas para resolverlo, pero no de manera directa, sino que ha remitido la tarea a las autoridades internas¹⁹. En estos casos, el largo proceso seguido ante el SIDH tiene como resultado la reafirmación de un derecho a reivindicar su propiedad, mas no un derecho de propiedad ya declarado.

2.2. Áreas naturales protegidas y territorios indígenas

La compatibilidad entre áreas naturales protegidas y pueblos indígenas fue abordada por la Corte Interamericana en el año 2015, en la sentencia recaída en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Es positivo notar que la Corte partió por reconocer que “los pueblos indígenas, por

lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación”²⁰. En virtud de ello, fue posible afirmar que “el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”²¹. Al mismo tiempo, la Corte señaló que:

[...] [L]os criterios de a) participación efectiva, b) acceso y uso de sus territorios tradicionales y c) de recibir beneficios de la conservación —todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible— (supra párr. 177), resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. En consecuencia, es necesario que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas y tribales a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales [...]²².

Este pronunciamiento apunta entonces a brindar elementos que permitan atender situaciones en las cuales sea necesario compatibilizar la protección de las áreas naturales protegidas con el uso

Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 141.

18 Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígena Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr. 119; y Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 141.

19 Normalmente en casos de restricción en el ejercicio de derechos, la Corte hace directamente un juicio de proporcionalidad. Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

20 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 173.

21 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 173.

22 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 181.

y goce de los territorios indígenas. Ahora bien, se advierte que normalmente este tema se aborda considerando que se trata de un interés general —como es el medio ambiente— frente a un interés colectivo —el derecho al territorio del pueblo o comunidad de que se trate—. Podría avanzarse en afirmar que la conservación de la diversidad cultural y la preservación de la existencia de los pueblos indígenas tienen también una dimensión de interés general. Además del interés del propio pueblo está el del país por conservar esa diversidad. Asimismo, puede evaluarse considerar que en el caso de que se trate de su hábitat funcional —áreas que han ocupado tradicionalmente—, el Estado debe realizar un juicio de ponderación; si es en favor del pueblo indígena, entonces el territorio debe titularse y demarcarse.

Otro aspecto importante es que en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, se presentó una superposición entre el territorio indígena y las reservas creadas. En efecto, los representantes señalaron que “aproximadamente 10 800 ha de la Reserva Wia, 4000 ha de la Reserva Galibi, y 45 000 ha de la Reserva Wane Kreek se encuentran ubicadas dentro del territorio ancestral de los Pueblos Kaliña y Lokono”. Indicaron que, de este modo, “las tres reservas en su conjunto abarcan un aproximado de 59 800 hectáreas de las 133 945 hectáreas reclamadas en el presente caso”²³. No obstante, la Corte señaló que tales reservas eran “colindantes” con el territorio²⁴. Es importante mencionar que con ello puede entenderse que se está asumiendo que no existía

la superposición alegada por los peticionarios, lo cual puede tener consecuencias adversas en los procesos de reivindicación de sus tierras y territorios.

2.3. Interpretación a partir de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

Se considera que la CIDH y la Corte IDH deben cuidar la utilización de la DADPI en la interpretación del contenido de la CADH y la DADDH, dado que ciertas disposiciones de su texto pueden ser leídas como un retroceso por algunos pueblos indígenas. En particular, se observa que la Declaración Americana impone un desafío a propósito del estándar de delimitación y demarcación de territorio, pues deriva al Estado y a los procedimientos estatales la forma de demarcación y de titulación²⁵. Esto contrasta con los estándares específicos que existen sobre esta materia en el Sistema Interamericano²⁶.

Una disposición que también arroja insatisfacción es el artículo XIX inciso 3 de la DADPI, que establece que los pueblos indígenas tienen “derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas”. Este acápite utiliza un lenguaje más vago que el

23 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 71.

24 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 166-168.

25 Artículo XXV.5 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

26 Para un consolidado sobre este punto, véase CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. IV.B: Titulación jurídica y registro de propiedad. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 de diciembre de 2009.

artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas que exige para ello “su consentimiento libre, previo e informado”.

Una de las razones que ha generado dudas sobre el proceso y su resultado es la reducida participación de las organizaciones indígenas. Aunque desde abril de 2001 pasó a ser un elemento central con el establecimiento de sesiones especiales del Grupo de Trabajo que analizaba el Proyecto de Declaración Americana, la participación de representantes indígenas ha sido muy limitada, incluso en momentos claves. Cabe precisar que se conformó un “conclave indígena”, compuesto por cuatro delegados, dos representantes del hemisferio sur y dos del hemisferio norte²⁷. También participaron como observadores otros delegados —en su mayoría de Canadá, Estados Unidos y tres del resto del continente—, quienes pudieron expresarse en dicha reunión. No obstante, debido a la amplísima diversidad de pueblos originarios en nuestro continente, esta iniciativa resultó poco representativa e insuficiente para reflejar las diferencias entre problemáticas y agendas propias.

En este escenario, la Declaración Americana debe ser entendida como un instrumento que no puede sino fortalecer y complementar lo ya avanzado. Para aquellos casos en que existan disposiciones más favorables, estas deben ser preferidas sobre la base del principio *pro personae*. Por tanto se evidencia un reto respecto a cómo dialoga el sistema de protección regional de derechos humanos con el órgano máximo de representación política a nivel de la región, la Asamblea General de la OEA.

²⁷ La información detallada del proceso puede encontrarse en el siguiente sitio web de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA: <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/Indigenas%20sesion%20especial.asp>.

Recomendaciones



- ✓ Es deseable considerar, especialmente, las pruebas presentadas por los representantes del propio pueblo o comunidad indígena para determinar el alcance del territorio.
- ✓ Un avance importante son los criterios que establece la Corte para ponderar la tensión entre pueblos indígenas y protección medioambiental, que se presenta con frecuencia en nuestros países. Se recomienda una mayor profundización al respecto por parte de la Corte, de manera que se cuente con más elementos definitorios.
- ✓ La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas debe ser utilizada como un instrumento interpretativo del contenido de la CADH y la DADDH, siempre que se trate de disposiciones más favorables para la protección de derechos.

PUEBLOS INDÍGENAS EN AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL: NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DEL SIDH



LA REGIÓN AMERICANA TIENE LA PARTICULARIDAD DE SER LA QUE CUENTA CON MAYOR NÚMERO DE PUEBLOS INDÍGENAS EN SITUACIÓN DE AISLAMIENTO VOLUNTARIO Y CONTACTO INICIAL (PIACI) EN EL MUNDO²⁸. Se tiene conocimiento sobre la presencia de PIACI en siete países de Sudamérica —Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela—; y hay indicios de ellos en otros dos —Guyana y Surinam, en las zonas fronterizas con Brasil—²⁹. Para estos pueblos, que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria o no indígena, resulta especialmente relevante contar con garantías que les permitan proteger sus derechos al ser sujetos de alta vulnerabilidad. Además, dada su decisión de aislamiento o reciente contacto, se trata de pueblos que no pueden procurar su defensa por ellos mismos, sino que dependen de la actuación de terceros.

Si bien se reconoce que varios países con presencia de PIACI han adoptado medidas normativas y de política pública para atender su situación específica, en este ámbito aún existen vacíos, así como retos prácticos para su efectividad³⁰.

28 CIDH. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. 30 de diciembre de 2013. párr. 1.

29 IDH. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. 30 de diciembre de 2013. párr. 15.

30 Las medidas cautelares otorgadas por la CIDH han probado

Como punto de partida, debe considerarse que el marco normativo relativo a los PIACI debe ser construido a partir de los principios de libre determinación, no contacto, la alta vulnerabilidad del grupo, la diversidad cultural, el principio precautorio, entre otros reconocidos en el ámbito internacional³¹.

Lo anterior evidencia la necesidad de adaptación del Sistema Interamericano para atender la situación específica de los PIACI. Se advierte que debe primar una aproximación que permita su adaptación a la realidad de estos pueblos. Al respecto, existen diferentes posibilidades interpretativas que podrían manejarse en situaciones de esta naturaleza, que se encuentran pendientes ante el sistema, como el caso de los Tagaeri Taromenane relativo a Ecuador³². Si bien hasta la fecha solo existe el pronunciamiento de admisibilidad de la CIDH en dicho asunto, es posible identificar algunos aspectos que requerirían ser adaptados, tales

ser un instrumento útil para apuntalar la institucionalidad pública, como en el caso de los pueblos en aislamiento Tagaeri y Taromenane contra Ecuador, Mashco Piro, Yora y Amahuaca contra Perú, y Ayoreo Totobiegosode contra Paraguay. Las medidas generan mandatos de protección de los territorios de los pueblos, en los que los Estados deben crear zonas intangibles y, con ello, limitar la intervención de terceros.

31 ACNUDH. Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la región oriental de Paraguay. Resultado de las consultas realizadas por ACNUDH en la región: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Mayo de 2012.

32 CIDH. Informe de Admisibilidad N° 96/14. Petición 422-06. Pueblos Indígenas en Aislamiento Tagaeri y Taromenani (Ecuador). 6 de noviembre de 2014.

como la representación, individualización, agotamiento de recursos, análisis jurídico y medios probatorios en futuras decisiones.

3.1. Cuestiones procesales o previas: identificación de víctimas, representación y agotamiento de recursos

La CIDH y la Corte IDH exigen que las víctimas sean identificadas o identificables³³. En casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales, se ha aceptado su carácter de “identificable”. Sin embargo, este requisito no puede ser exigido respecto a los pueblos en aislamiento. La posibilidad de identificación, aun planteada en términos colectivos, es difícil sino imposible de realizar, pues no se puede conocer la dimensión real de estos grupos ni el número aproximado de sus miembros. Ante ello, el Sistema Interamericano debe responder de manera flexible.

Es positivo notar que en su Informe de Admisibilidad sobre la petición de los pueblos Tagaeri Taromenani, la CIDH reconoció que su condición

de aislamiento plantea una situación *sui generis* respecto a la posibilidad de individualización de sus miembros, y consideró que la imposibilidad de contactarse con la sociedad mayoritaria no debería ser un obstáculo para recurrir al Sistema Interamericano. En atención a ello, concluyó que tenía competencia *ratione personae* para el examen de la petición³⁴.

De otro lado, la representación es un asunto que puede presentar complejidades. Sería válido reconocer la representación de los PIACI por otros pueblos indígenas u organizaciones, aunque no haya un agravio directamente a ellos, en tanto se entiende que existe un interés común: la protección de la diversidad cultural. Si bien deben tenerse en cuenta los elementos propios de cada caso, debe considerarse la admisión de representaciones diferenciadas cuando dos o más organizaciones buscan representar a los PIACI con posiciones distintas.

En cuanto al requisito de agotamiento de recursos internos, debería adoptarse una aproximación flexible, que no exija su estricto cumplimiento. Se deben tener en cuenta los múltiples factores —tanto fácticos como legales— que imposibilitan el cumplimiento de este condicionamiento y que los Estados no siempre están en capacidad de responder ante la problemática de los PIACI. Puede entenderse que nos encontramos frente a supuestos de excepción a la regla del agotamiento de los recursos internos, ya sea en el relativo al impedimento de agotar los recursos (artículo 46.2.b y 46.2.c) o a la inexistencia de procedimientos internos (artículo 46.2.a). Así lo hizo la CIDH en el referido informe de ad-

33 Al respecto, el Reglamento de la Corte IDH establece en el artículo 35.2 relativo al “Sometimientto del caso por parte de la Comisión” que (...) para que el caso pueda ser examinado, la Corte deberá recibir la siguiente información, “cuando se justificare que no fue posible identificar a alguna o algunas presuntas víctimas de los hechos del caso por tratarse de casos de violaciones masivas o colectivas, el Tribunal decidirá en su oportunidad si las considera víctimas”. De otro lado, algunos ejemplos se encuentran en distintas resoluciones de medidas provisionales solicitadas por la CIDH a la Corte IDH. Así, en el caso del pueblo indígena Kankuamo respecto de la República de Colombia, se hace referencia a “la protección de una pluralidad de personas que no han sido previamente nominadas, pero que sí son identificables y determinables y se encuentran en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a una comunidad.” En este caso, el pueblo indígena Kankuamo, “integrado por aproximadamente 6000 personas, constituyen comunidades organizadas, ubicadas en un lugar geográfico determinado ()”.

34 CIDH. Informe de Admisibilidad N° 96/14. Petición 422-06. Pueblos Indígenas en Aislamiento Tagaeri y Taromenani (Ecuador). 6 de noviembre de 2014, párr. 37.

misibilidad, en el que indicó que el estudio del agotamiento de recursos internos no es exigible una vez que se acredite que no se contó con mecanismos adecuados y efectivos para exigir del Estado la protección de los derechos, dada las características propias del caso³⁵.

3.2. Cuestiones de fondo: adaptación de derechos y estándar de la prueba

La jurisprudencia en materia de propiedad colectiva tendría que ser adaptada a la situación particular de los PIACI. Un ejemplo se refiere a la obligación de delimitar y demarcar los territorios, pues ello debe realizarse sin establecer contacto con las poblaciones. En cuanto a la protección de tierras y recursos naturales, por ejemplo, tendrían que considerarse mecanismos que frenen el ingreso de terceros al territorio, lo que para el Estado implica crear zonas intangibles, tener recursos económicos para emprender estos procesos, entre otros.

En el caso de la consulta previa, se requiere también una interpretación especial. Para un sector, se debe entender la decisión de aislamiento como una respuesta en sí misma a los procesos de consulta. En ese sentido, la CIDH ha considerado que, en atención al principio *pro personae* y asumiendo el principio de no contacto como una condición fundamental, los factores principales por considerar cuando se analiza si los pueblos en aislamiento voluntario dan su consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios ancestrales son

(i) el rechazo manifiesto a la presencia de personas ajenas a su pueblo en su territorio, y (ii) su decisión de mantenerse en aislamiento respecto de otros pueblos y personas³⁶.

Otros, como Rodolfo Stavenhagen, ex relator especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, plantean como posibilidad que los procesos de consulta se lleven a cabo con miembros representativos de los PIACI³⁷. Sin embargo, esta posibilidad también puede originar conflictos interétnicos.

En cuanto a los pueblos en contacto inicial, no se puede aplicar el proceso de consulta indiscriminadamente, sino que debe aplicarse *ad hoc*, como han sugerido el ex relator James Anaya y la CIDH. El primero ha expresado que, como parte de un proceso continuo de consulta, los Estados podrían coordinar esfuerzos con las organizaciones indígenas representativas de los segmentos en contacto de un pueblo cuando sus acciones por la reivindicación general del territorio tradicional [indígena] incluy[a]n la protección de grupos en aislamiento³⁸. Por su parte, la CIDH consideró que “los Estados deben aplicar los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte Interamericanas de manera culturalmente

35 Confróntese CIDH. Informe de Admisibilidad N° 96/14. Petición 422-06. Pueblos Indígenas en Aislamiento Tagaeri y Taromenani (Ecuador). 6 de noviembre de 2014, párrs. 43-48.

36 CIDH. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2013, párr. 25.

37 ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párr. 48.

38 ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Adenda: Casos examinados por el Relator Especial (junio 2009 – julio 2010), A/HRC/15/37/Add.1, 15 de setiembre de 2010, párr. 335.

apropiada, de acuerdo a las circunstancias de cada caso específico y tomando en cuenta el nivel de contacto del pueblo de que se trate”³⁹. En materia probatoria, y en virtud al principio de no contacto, no es posible exigir pruebas directas, por lo que las pruebas circunstanciales resultan fundamentales y se puede operar a partir de presunciones, de ser necesario.

Es indispensable entonces que la CIDH —y eventualmente la Corte— tomen en cuenta la particularidad de estos pueblos en ámbitos procesales y de contenido. Para ello, el referente fundamental es respetar su decisión de permanecer en aislamiento y depender del entorno en el que habitan para su supervivencia física y cultural.

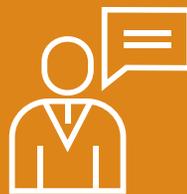
Recomendaciones



- ✓ Se deben considerar las particularidades de los PIACI y responder de manera flexible tanto en cuestiones procesales como en aspectos de fondo.
- ✓ Aspectos como la identificación de las víctimas, la representación y el agotamiento de recursos internos deben ser aplicados a casos de PIACI, según el principio *pro personae*, de manera que estos pueblos puedan acceder al sistema.
- ✓ Es deseable que se esclarezca la interpretación especial de la consulta previa en el caso de los pueblos en aislamiento voluntario, ya sea tomando en cuenta el rechazo manifiesto a terceros en sus territorios y su decisión de aislamiento, o permitiendo que sus miembros representativos participen en el proceso.

39 CIDH. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2013, párr. 26.

CONSULTA PREVIA: LUCES Y SOMBRAS EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA



UNA DE LAS GARANTÍAS QUE HA OCUPADO UN LUGAR CENTRAL EN EL QUEHACER DE LA CORTE Y LA CIDH ES EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA, Y EN SU CASO, A CONSEGUIR EL CONSENTIMIENTO. Este derecho supone el deber estatal de realizar consultas previas con los pueblos indígenas o tribales frente a medidas susceptibles de afectarles directamente.

Así pues, el derecho a la consulta se encuentra reconocido expresamente en instrumentos internacionales específicos de pueblos indígenas — como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas⁴⁰—. Igualmente, a partir de tratados de derechos humanos de carácter general, los órganos a cargo de velar por su cumplimiento han interpretado que este se deriva de otros derechos⁴¹. La CIDH y la Corte han desarrollado el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales a partir del derecho a la propiedad, reconocido en el artículo

21 de la Convención Americana, y sobre la base de tales instrumentos y pronunciamientos internacionales. La sentencia hito en la materia es la correspondiente al caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam. Con posterioridad, la Corte se ha referido a la materia en casos como Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, y Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras⁴².

En sus pronunciamientos, la Corte IDH ha establecido que, si bien el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales no es absoluto, para restringirlo o limitar su ejercicio los Estados deben cumplir ciertas garantías, conformadas por un estándar tripartito. Dicho estándar consiste en: (i) dar cumplimiento a los requisitos establecidos para los casos de expropiación en el artículo 21 de la Convención Americana; (ii) asegurarse de que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal; y (iii) otorgar beneficios razonables derivados del proyecto y realizar estudios previos de impacto socio ambiental y participación efectiva. Esta última garantía se refiere precisamente al derecho a la consulta previa, libre e informada⁴³.

40 Convenio 169 de la OIT (artículos 6 y 7), Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículos 27 y 32) y Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo XXIX.4).

41 Tal es el caso de los comités a cargo de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y de la Convención contra la Discriminación Racial. Véase, entre otros, ONU. Comité de Derechos Humanos. Caso Ángela Poma Poma vs. Perú. Comunicación Nº 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006, 24 de abril de 2009. ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997).

42 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. párr. 154 y ss.

43 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 167 y párr. 180-182. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 133.

A pesar de tratarse de garantías fundamentales, se observa que existe una brecha importante entre el reconocimiento internacional del derecho, su implementación en el ordenamiento interno y las posibilidades reales de que este cumpla el objetivo de asegurar los derechos colectivos frente a medidas que los afecten⁴⁴. Al mismo tiempo, es posible identificar algunos alcances de este derecho que requieren ser fortalecidos o aclarados por el SIDH, lo cual tendrá implicancias positivas en su implementación a nivel interno.

4.1. Alcance de la consulta: medidas materia de consulta

Dados los casos presentados ante el Sistema Interamericano, sus órganos se han pronunciado sobre la consulta previa en el marco de actividades extractivas. Sin embargo, según ha sido reconocido por instrumentos internacionales, este derecho es más amplio. Como establece el artículo 6.1.a) del Convenio 169 de la OIT, abarca el deber de los Estados de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁴⁵.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que “su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades

44 Uno de los desafíos centrales es asumir la consulta previa como un simple trámite administrativo. Esta aproximación, común en la práctica, olvida que la consulta previa supone el ejercicio de un derecho y que es un mecanismo para el diálogo intercultural.

45 Artículo 6.1.a) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas”⁴⁶. Lo mismo ha ocurrido, por ejemplo, en el Perú, donde se han sometido a procesos de consulta medidas relacionadas con políticas públicas de educación intercultural bilingüe y salud intercultural⁴⁷.

Al respecto, sería importante un pronunciamiento claro por parte de los órganos del Sistema Interamericano, en el que pueda determinarse que una “afectación directa” no solo se produce en los casos en que se puedan vulnerar derechos territoriales. Esto también puede ocurrir en aquellas instancias que supongan el ejercicio de otros derechos colectivos, como la educación, la administración de justicia, el uso del idioma propio; así como aquellos casos en los que la medida materia de consulta pueda generar un efecto positivo en estos.

4.2. ¿Desde cuándo es exigible la consulta?

La jurisprudencia de la Corte IDH ha generado algunas preguntas sobre el momento en el que los Estados tienen la obligación de consultar. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, se interpretó el artículo 21 de la Convención, a partir de las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

46 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376/12. 18 de mayo de 2012. párr.15.

47 En relación con el proceso de consulta previa para el Plan Nacional de Educación Intercultural Bilingüe, véase <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/proceso-de-consulta-previa-para-el-plan-nacional-de-educacion-intercultural-bilingue/>. En cuanto a la consulta de la Política Sectorial de Salud Intercultural, puede verse el siguiente enlace: <http://consultaprevia.cultura.gob.pe/proceso/politica-sectorial-de-salud-intercultural/>

Sociales y Culturales, debido a que el Estado no reconocía el derecho a la propiedad comunal en su ordenamiento jurídico interno, ni tampoco había ratificado el Convenio 169 de la OIT.

Más adelante, en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, la Corte se refirió expresamente a que el Estado había contraído la obligación internacional de garantizar el derecho a la consulta al ratificar el Convenio 169 de la OIT.

Si bien antes de la ratificación de dicho Convenio existía la obligación de garantizar al Pueblo Sarayaku el derecho al goce efectivo de su propiedad conforme su tradición comunitaria, teniendo en cuenta las particularidades propias de su identidad indígena en su relación con el territorio, desde que el Estado adquirió el compromiso internacional de garantizar el derecho a la consulta, al ratificar en abril de 1998 el Convenio N° 169 de la OIT, y desde que se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los Pueblos indígenas y afro ecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998, la empresa CGC inició actividades de prospección sísmica a partir de julio de 2002⁴⁸.

Siguiendo esa misma línea, en la sentencia del caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, la Corte rechazó un alegato en torno a una medida inconsulta debido a que fue adoptada antes de la ratificación del Convenio 169 por parte de Honduras⁴⁹. No obstante, en

uno de sus pronunciamientos más recientes, caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, volvió a interpretar el artículo 21 de la CADH y la obligación de consultar en los mismos términos que en la sentencia del caso Saramaka⁵⁰.

Por tanto, si en los casos en los que un Estado no es parte del Convenio 169 se reitera que el fundamento de este derecho no solo deviene del Convenio 169 sino que se puede interpretar a partir de otros instrumentos internacionales, no queda claro por qué la obligación de consultar surgiría a partir de su ratificación en el caso de los Estados que sí son parte del tratado. Esta es una cuestión que la Corte podría resolver en un futuro pronunciamiento.

4.3. Supuestos relativos al consentimiento

Sería importante que la Corte desarrolle con mayor profundidad los supuestos en los que es necesario obtener el consentimiento y no ceñirse solo a realizar la consulta. En el caso Saramaka vs. Surinam, se pronunció al respecto y señaló que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no solo de consultar al pueblo indígena, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de este, según sus costumbres y tradiciones”⁵¹.

Asimismo, en la sentencia de interpretación de

48 Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 172

49 Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305. párr.161.

50 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párrs. 122- 124.

51 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 134.

dicho caso, la Corte expresó que “dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka”. Así, explicó que “cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”⁵².

Aunque en el caso se concluyó que existirían supuestos en los que, cuando se encuentre en riesgo la supervivencia misma del pueblo frente a proyectos de gran escala, es exigible el consentimiento, lo cierto es que la Corte no se ha vuelto a pronunciar en el mismo sentido. Debido a que se impulsa la existencia de supuestos excepcionales en los que sería necesario el consentimiento desde la sociedad civil, las organizaciones indígenas, algunos tribunales nacionales⁵³ y otros representantes y organismos de derechos humanos⁵⁴, es fundamental que la Corte pueda retomar y desarrollar este aspecto.

Recomendaciones



- ✓ Es importante un pronunciamiento referido a procesos de consulta de medidas legislativas o administrativas que afecten positiva o negativamente a pueblos indígenas o tribales, más allá del desarrollo de actividades extractivas.
- ✓ Es deseable que la Corte IDH se pronuncie respecto al momento en el que surge la obligación de consultar, ya sea en el caso de Estados partes y no partes del Convenio 169, pues a partir de la jurisprudencia no ha quedado claro por qué los Estados partes tienen esta obligación desde la fecha de ratificación del tratado y no desde antes, a partir de la interpretación de otros instrumentos internacionales.
- ✓ Se sugiere que la Corte profundice los supuestos en los que es necesario obtener el consentimiento y que no baste solo con la realización de la consulta.

52 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 17.

53 Corte Constitucional. Sentencia T-376 de 2012, II. Consideraciones y Fundamentos, párr. 8.

54 ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. A/HRC/24/41. 1 de julio de 2013. párr. 27.

NECESIDAD DE ESPECIAL ATENCIÓN A LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES INDÍGENAS



EN NUESTRA REGIÓN, LAS MUJERES INDÍGENAS ENFRENTAN FORMAS DIFERENCIADAS Y, MUCHAS VECES, MÁS PROFUNDAS DE AFECTACIÓN A SUS DERECHOS. Por ejemplo, suelen tener menos acceso a servicios de educación y presentar más deserción escolar por embarazos a temprana edad. Las dificultades más notorias para acceder a servicios de educación determinan también otras limitaciones para las mujeres indígenas, como el acceso a puestos de trabajo o cargos públicos. Al respecto, uno de los temas más preocupantes es la violencia contra las mujeres indígenas y su falta de acceso al sistema de justicia, incluyendo el sistema interamericano; puesto que, los traslados y costos para iniciar una demanda pueden triplicar las economías de estas mujeres. Además, los operadores de justicia todavía no han incorporado un enfoque de género, lo que afecta la respuesta que puedan tener frente a casos de violencia.

En este escenario, se advierte la necesidad de impulsar mayores esfuerzos por incorporar mecanismos y abordajes dentro del Sistema Interamericano, que permitan responder a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres indígenas. Se considera que ello debe partir por reconocer que los rasgos de la colonización, junto con el sexismo estructural, se ven reflejados en las prácticas discriminatorias y de violencia que sufren.

Al respecto, cabe notar que se han conocido casos sobre mujeres indígenas en los cuales no fue abordada o visibilizada su situación particular. Los casos Rosendo Cantú vs. México y Fernández Ortega vs. México se referían a la violación sexual de mujeres pertenecientes al pueblo Me'phaa en el contexto de una fuerte presencia militar en el Estado de Guerrero, en México. Si bien se declaró la responsabilidad internacional de la Corte por tales hechos, no se aplicaron abordajes específicos para la mujer indígena, que podrían ser desarrollados en un futuro pronunciamiento.

En particular, se considera que la situación de las mujeres indígenas requiere un enfoque de interseccionalidad definido como “[] aquellas relaciones entre múltiples dimensiones y modalidades de las relaciones sociales y formaciones del sujeto”. Esto permite abordar de modo más comprensivo “[] la complejidad como resultado de la interacción de diferentes dimensiones que dependen del contexto y del tiempo” (McCall, 2005). Dicho enfoque implica entrecruzar las categorías de identidad de las personas, cuya utilización en la práctica tendrá como objetivo revelar las variadas identidades y, a partir de ello, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de aquellas (Uchuypoma & Zambrano, 2015, p. 24).

Recomendaciones



- ✓ Es importante que los órganos del SIDH realicen más esfuerzos para incorporar mecanismos y abordajes dentro del Sistema Interamericano, que permitan responder a la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres indígenas.
- ✓ Es deseable un mayor desarrollo jurisprudencial en materia de mujeres indígenas a partir del enfoque de interseccionalidad, con el objetivo de exponer su situación de vulnerabilidad y los diferentes tipos de discriminación y violencia de los que son víctimas.



6.1. CIDH: medidas cautelares y pueblos indígenas

LA CIDH HA OTORGADO DIVERSAS MEDIDAS CAUTELARES RELACIONADAS CON PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y SUS MIEMBROS. Gran parte de ellas se ha destinado a proteger la vida e integridad personal de dirigentes o miembros de comunidades indígenas

que viven en contextos de violencia. Algunas de ellas se han abocado también a la protección de las tierras y territorios, para evitar la presencia de terceros; suspender órdenes judiciales o administrativas, permisos, licencias y concesiones. Como se observa en el siguiente cuadro, en los últimos veinte años se han emitido al menos diecisiete medidas cautelares relacionadas con la protección de tierras y territorios indígenas en la región.

MEDIDAS CAUTELARES DESTINADAS A PROTEGER LAS TIERRAS O TERRITORIOS			
	Nombre del caso	Fecha	Derechos protegidos o medidas ordenadas
1	Comunidad Indígena de Awás Tingni (Nicaragua)	30 de octubre de 1997	Suspender la concesión.
2	Mary y Carrie Dann (Estados Unidos de América)	28 de junio de 1999	Suspender la intención de incautar el ganado de las Dann.
3	Comunidades Indígenas Mayas (Belice)	20 de octubre de 2000	Suspender todos los permisos, licencias y concesiones para la explotación de petróleo y cualquier otra actividad de explotación de recursos naturales.
4	Comunidad Indígena Yaxye Axa (Paraguay)	26 de setiembre de 2001	Suspender la ejecución de cualquier orden judicial o administrativa que implique el desalojo o el levantamiento de viviendas. Abstenerse de realizar cualquier acto que afecte el derecho a la propiedad y la circulación y residencia.
5	De Verenig van Saramakaanse (Surinam)	8 de agosto de 2002	Suspender concesiones y permisos de explotación maderera y minera y otras actividades relacionadas con la tierra.
6	Mercedes Julia Huenteao y otras (Chile)	1 de agosto de 2003	Suspender la ejecución de cualquier acción judicial o administrativa que implicara el desalojo de sus tierras ancestrales.
7	Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz (Honduras)	28 de abril de 2006	Proteger el derecho de propiedad sobre las tierras Evitar o suspender la ejecución de cualquier acción judicial o administrativa que afecte derechos que se desprenden de la propiedad ancestral de la comunidad.
8	Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenani (Ecuador)	10 de mayo de 2006	Proteger la presencia de terceros en el territorio de un pueblo indígena en situación de aislamiento voluntario.
9	Comunidad Garífuna de San Juan (Honduras)	7 de julio de 2006	Proteger el derecho de propiedad sobre las tierras. Evitar o suspender la ejecución de cualquier acción judicial o administrativa que afecte derechos que se desprenden de la propiedad ancestral de la comunidad.
10	Comunidad maya- Sitio El Rosario-Naranjo (Guatemala)	14 de julio de 2006	Proteger a un lugar sagrado.
11	Comunidad Indígenas Ngöbe y otras (Panamá)	18 de junio de 2009	Suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con una concesión.

12	Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el departamento de San Marcos (Guatemala)	20 de mayo de 2010	Suspender la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa. Implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental. Adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades.
13	Habitantes de la Comunidad Indígena Mixteca de Lázaro Cárdenas, Putla, Oaxaca (México)	4 de agosto de 2010	Adoptar las medidas necesarias para remover los factores de riesgos ligados con la delimitación de las tierras entre ambas comunidades.
14	Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará (Brasil)	1 de abril de 2011	Suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte. Impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se realicen procesos de consulta previa, libre e informada.
15	Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano (Panamá)	5 de abril de 2011	Proteger el territorio ancestral de las comunidades de invasiones de terceras personas y de la destrucción de sus bosques y cultivos.
16	Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche (Chile)	6 de abril de 2011	Garantizar que la medida judicial de no innovar que actualmente protege al Rewe ubicado en el predio objeto del litigio no sea levantada hasta que la CIDH se pronuncie. Adoptar medidas para que la medida judicial sea efectivamente cumplida para que se preserve el lugar sagrado.
17	Asunto comunidades en aislamiento voluntario del Pueblo Ayoreo Totobiegosode (Paraguay)	3 de febrero de 2016	Adoptar medidas para proteger a las comunidades en aislamiento voluntario Jonoine-Urasade del Pueblo Indígena Ayoreo Totobiegosode, por medio de la protección de su territorio ancestral, incluyendo acciones para evitar contactos no deseados y el ingreso de terceros. Evitar la deforestación en el territorio reconocido a favor del Pueblo Ayoreo Totobiegosode. Crear un mecanismo para proteger y evitar el ingreso de terceros en su territorio. Crear protocolos específicos de protección ante avistamiento o contacto no deseados, sobre la base de los estándares internacionales aplicables.

Fuente: elaboración propia con base en medidas cautelares otorgadas por la CIDH hasta junio de 2017.

No obstante, se observa un cambio en los últimos años en relación con las medidas cautelares relativas a pueblos indígenas. El proceso de fortalecimiento por el que atravesó la CIDH entre 2011 y 2013, y que culminó con modificaciones a su reglamento, está vinculado con el otorgamiento de medidas cautelares en el asunto relativo a la represa Belo Monte en Brasil. En esa oportunidad, la CIDH suspendió el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte y ordenó al Estado la realización de procesos de consulta libre, previa e informada, y un estudio de impacto social y ambiental del proyecto, así como la adopción de medidas para la protección de la vida e integridad personal de miembros de los pueblos indígenas⁵⁵.

Este proceso de fortalecimiento puso en riesgo el quehacer de la Comisión y significó un antes y un después para el mecanismo de medidas cautelares. El antes más inmediato estuvo marcado, en general, por medidas cautelares progresistas. Después de este proceso, se advierte que este mecanismo se ha aplicado únicamente para proteger los derechos a la vida e integridad de líderes indígenas y defensores. Son cada vez más escasas —sino inexistentes— las medidas cautelares dirigidas a proteger directamente la tierra o territorio indígena.

rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en democracia. Memoria histórica del proceso de reflexión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2011/2014. Buenos Aires: CEJIL. 2014. Disponible en: <https://cejil.org/publicaciones/documentosdecoyuntura>.

55 CEJIL. *Documento de Coyuntura N° 9. Los debates sobre el*

Lo más lejos que ha llegado la CIDH luego del proceso de fortalecimiento es en el caso de las comunidades en aislamiento voluntario Jonoide-Urasade del Pueblo Ayoreo Totobiegosode en Paraguay. En esta medida cautelar se determinó que los derechos a la vida e integridad personal de las comunidades estaban siendo amenazados por el ingreso de terceras personas al territorio y debido a actividades de deforestación.

De otro lado, una de las modificaciones al artículo 25 del Reglamento de la Comisión que ha tenido un impacto importante es la relativa a la pérdida de vigencia de una medida cautelar, en el caso que la Corte IDH rechace una solicitud de medida provisional.

Ante una decisión de desestimación de una solicitud de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, la Comisión no considerará una nueva solicitud de medidas cautelares, salvo que existan nuevos hechos que así lo justifiquen. En todo caso, la Comisión podrá ponderar el uso de otros mecanismos de monitoreo de la situación⁵⁶.

Esto es seriamente considerado por la CIDH al momento de evaluar la presentación de una solicitud de esta naturaleza y hace que solo se presente en aquellos casos en que no existan dudas sobre la “extrema gravedad y urgencia”. Algunos retos adicionales tienen que ver con la demora y la prolongación de los procesos relativos a medidas cautelares, así como a su falta de efectividad por la negativa o reticencia de algunos Estados de dar cumplimiento a estas.

⁵⁶ Artículo 25. 13 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

6.2. Corte IDH: medidas provisionales y pueblos indígenas

La Corte Interamericana ha emitido una serie de medidas provisionales relacionadas con pueblos indígenas o tribales y sus miembros. En este punto, cabe destacar la reciente resolución de medidas provisionales del asunto de Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la región Costa Caribe Norte respecto de Nicaragua, sobre la que la Corte señaló lo siguiente:

Ante estos nuevos hechos y el contexto de violencia en el que se presentaron, el cual ha sido constatado por este Tribunal con anterioridad, la Corte considera pertinente ampliar las medidas provisionales de protección en relación con todos los miembros del pueblo indígena Miskitu que habitan en la Comunidad de Esperanza Río Coco, así como respecto de las personas que presuntamente hayan tenido que abandonar dicha comunidad y deseen regresar, a fin de garantizar su vida, integridad personal y territorial, seguridad colectiva de todos sus miembros, particularmente las mujeres y los niños y niñas⁵⁷.

En otras palabras, entendió que hay otros bienes jurídicos más allá de la vía de la integridad personal que pueden ser protegidos a través de medidas provisionales, específicamente la identidad cultural, seguridad colectiva e integridad territorial, que fueron tres vías jurídicas que la Corte incorporó, en los siguientes términos:

Por lo que respecta al deber de adoptar acciones para erradicar la violencia existente,

⁵⁷ Corte IDH. Asunto Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2016, párr. 19.

así como proteger y garantizar el respeto a la vida, integridad personal y territorial e identidad cultural, en favor de los miembros del pueblo indígena Miskitu que habitan en las comunidades beneficiarias de las medidas, y de las personas que presuntamente hayan tenido que abandonar dichas comunidades y deseen regresar, si bien el Estado ha puesto en práctica diversas acciones para lograr tal fin, el Tribunal observa que ni en sus informes presentados, ni en el Plan de Atención, se reportaron acciones específicas para la protección de las personas que hayan tenido que abandonar las comunidades y deseen regresar⁵⁸.

El hecho de que la Corte, *motu proprio*, haya incluido estos derechos es algo muy destacable y podría ser utilizado en futuras solicitudes de medidas provisionales y cautelares. En cuanto al tipo de medida que se dio, no solamente se limitó a afirmar que deben protegerse los derechos a la vida, integridad personal y territorial e identidad cultural, sino que hay que establecer “una instancia u órgano que proponga las posibles vías de pacificación y solución del conflicto”, teniendo en cuenta la opinión de las comunidades afectadas. De este modo, no solamente se protege a este grupo de personas, sino que se trata de un mensaje a los litigantes en el Sistema Interamericano de que estos bienes jurídicos pueden ser protegidos por vías cautelares o provisionales.

58 Corte IDH. **Asunto Pobladores de las Comunidades del Pueblo Indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte respecto de Nicaragua. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2016**, párr. 29.

Recomendaciones



- ✓ Existe una expectativa y una necesidad de que las medidas cautelares y provisionales no se limiten a la protección del derecho a la vida e integridad personal de líderes y miembros de un pueblo o comunidad, sino que se refieran también a la protección de derechos indispensables para su supervivencia, en particular la propiedad colectiva.
- ✓ De manera coherente con la sólida jurisprudencia interamericana, la estrecha relación de los pueblos y comunidades indígenas y tribales con sus tierras y territorios, y la alta dependencia sobre estos para su subsistencia, ponen de relieve la relevancia fundamental de proteger los derechos colectivos sobre tales tierras y territorios.
- ✓ En todo caso, incluso en aquellas medidas que se refieran únicamente a la vida e integridad es deseable continuar con las nociones amplias desarrolladas por la Corte IDH que permitan proteger, entre otros, la integridad territorial, la identidad cultural y la seguridad colectiva.

Referencias

DPLF & OXFAM (2015). *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina*. Washington D.C.: DPLF.

Gropo, Paolo y Carolina Cenerini (2012). *Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible*. Roma: Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

McCall, Leslie (2005). *The complexity of intersectionality*. *Signs. Journal of Women in Culture and Society*. 30(3). 1771-1800.

Martner, R. & Michael H. (2012). *Industrias extractivas en América Latina y el Caribe La dimensión fiscal, 1990-2012*. Santiago de Chile: CEPAL.

Mossbrucker, Harald (1990). *La economía campesina y el concepto de "comunidad": un enfoque crítico*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

Pastor Ridruejo, José Antonio. (2016). *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones Internacionales*. 20ma Ed. Madrid: Tecnos.

Stavenhagen, Rodolfo (1992). *Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales*. *Nueva Antropología*, XIII(43). 83-99.

Uchuypoma, D. & Zambrano, G. (2015). *Intersectando desigualdades: participación política de mujeres indígenas a nivel subnacional en el Perú*. Lima: IDEHPUCP.

ISBN: 978-612-47387-4-6



AVANCES Y RETOS EN MATERIA DE **DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES**

Reflexiones del Primer Conversatorio
en Jurisprudencia Interamericana

28 y 29 de setiembre de 2016



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



idehpuecp

INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



100 años
PUCP