

CONECTIVIDAD: ALCANCES DEL DERECHO
A LA PROPIEDAD ABORIGEN Y TRIBAL
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

INDIGENOUS CONECTIVITY: ABORIGINAL
AND TRIBAL PROPERTY RIGHT SCOPE IN THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

FELIPE FORERO-MANTILLA**

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2009

Fecha de aceptación: 15 de marzo de 2010

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO CITE THIS ARTICLE
Felipe Forero-Mantilla, *Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborigen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 16 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 177-212 (2010).

* Artículo de investigación, producto del grupo de investigación Centro de Estudios en Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez S.J., de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Abogado, Pontificia Universidad Javeriana. Posgraduado en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Javeriana. Asesor, Ministerio de Relaciones Exteriores ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema Universal de Derechos Humanos. Miembro del grupo de investigación Centro de Estudios en Derecho Internacional y Derecho Global Francisco Suárez S.J., de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, actualmente, radicado en el exterior. Adelanta consultorías en casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Contacto: ffm797@gmail.com.

RESUMEN

El reconocimiento de los derechos indígenas y tribales en el continente americano durante los últimos años ha sido significativo. Con un largo camino por recorrer, la lucha por el reconocimiento de sus derechos, su particular forma de entender la sociedad, su relación con la tierra y la concepción identitaria que de ella surge, cobran un determinante valor. La tendencia demostrada por organismos jurisdiccionales internacionales, en particular, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para abordar tal reconocimiento de derechos, proviene de una visión antropológica de la materia. Visión que enfatiza el análisis de los derechos a la propiedad y a la vida, alrededor de conceptos como identidad, diversidad e integridad cultural, lo cual evidencia la importancia del reconocimiento de los sujetos colectivos para el efectivo respeto y garantía de los derechos indígenas y tribales en el hemisferio. El documento pretende identificar el alcance del reconocimiento sustancial del derecho a la propiedad de territorios tradicionales y los criterios de reparación, con base en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave autor: Propiedad indígena, propiedad tribal, identidad cultural, consulta previa, territorios y recursos naturales, salvaguardas, reparación y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave descriptor: Derecho a la propiedad, identidad cultural, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

Acknowledgment of Indigenous and Tribal Rights on the American continent recently has been significant. With a long way to go, recognition of their rights, its particular way to understand the society, its connection with earth and identity conception, achieve an exceptional worth. The trend of International Judicial Bodies on Human Rights, particularly Inter-American Court of Human Rights, comes from an anthropological view of the matter. Vision emphasizes the analysis of property right around identity, diversity and cultural integrity concepts. Likewise, it reveals the importance of the acknowledgement of collective subject in order to guarantee and respect the effective observance of Indigenous and Tribal Peoples rights in the hemisphere. The document aims to identify the scope of substantial rights recognition of traditional lands property right and criteria of redress in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence.

Key words author: *Indigenous Property Rights, Tribal Property Rights, Consent and Consultation, Land and Natural Resources, Safeguards, Redress for Indigenous Peoples, Inter-American Court of Human Rights.*

Key words plus: *Right to the Property, Cultural Identity, Inter-American Court of Human Rights.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.— I. ALCANCE DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INDÍGENA Y TRIBAL: VÍNCULOS ENTRE PROPIEDAD E IDENTIDAD CULTURAL.- *A. Propiedad indígena y tribal: un derecho pluridimensional.- B. Garantía y protección del vínculo espiritual y cultural como antítesis del desarraigo.- C. Posesión y propiedad: elementos y otros aspectos en el marco del respeto a la identidad cultural.- II. ELEMENTOS Y CRITERIOS DE LIMITACIÓN AL DERECHO A LA PROPIEDAD.- A. Diversidad cultural: elemento determinante del interés general.- B. Establecimiento de especiales salvaguardas en razón de dos criterios: conectividad y supervivencia.- C. Consulta previa.- D. Reparaciones y beneficios.- BIBLIOGRAFÍA.*

INTRODUCCIÓN

La intervención de territorios tradicionales de comunidades indígenas y tribales, y la explotación de sus recursos, como respuesta de los Estados a la demanda energética interna y externa, entre otras dinámicas económicas globales, hacen del reconocimiento de los derechos indígenas y la determinación de sus alcances, en particular del Derecho a la Propiedad, materia de gran interés para el Derecho Internacional. Los procedimientos que los Estados Americanos han empleado para abordar este asunto muchas veces no honran los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, lo que somete la solución de las controversias no pocas veces a respuestas y comportamientos arbitrarios. La protección de intereses económicos estratégicos por parte de los Estados, por medio de conductas inspiradas en concepciones y actitudes que caracterizan a las comunidades indígenas y pueblos tribales como “primitivas”, en las que el reconocimiento del otro es visto como un obstáculo para consolidar la unidad nacional, territorial y económica, ha sido la dinámica tradicional desde la cual se plantearon dilemas entre diversidad cultural y unidad del Estado, unidad nacional y desarrollo de los Derechos Humanos, democracia y progreso, entre otros. Las luchas del movimiento indígena en el mundo durante las últimas cuatro décadas han concentrado sus esfuerzos en hacer visibles las demandas por el respeto a su distintividad, la articulación autónoma de una visión de sí mismos diferente a la planteada por sectores predominantes y el empoderamiento de instrumentos internacionales de derechos humanos y escenarios internacionales y regionales en la materia, como el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, ECOSOC, entre otros.¹ Esta dinámica no es ajena al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, en concordancia

1 S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 56-58 (2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004).

con esta tendencia —fortalecida en el plano internacional, a partir del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y la consagración constitucional de derechos indígenas en los regímenes constitucionales americanos²— viene demostrando que tales apreciaciones están siendo superadas con el propósito de crear escenarios en los cuales los intereses económicos estratégicos de los Estados dejen espacio también a los intereses estratégicos sociales y culturales. En este sentido, la construcción de sociedades inclusivas en las que se respete la diferencia cultural viene siendo señalada como uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la Organización de Naciones Unidas, con lo que se enfatiza la protección de los Derechos Humanos y se fortalecen radicalmente los regímenes democráticos.³ El reconocimiento del derecho a la propiedad indígena y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es pieza angular para el alcance de este objetivo.

I. ALCANCE DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INDÍGENA Y TRIBAL: VÍNCULOS ENTRE PROPIEDAD E IDENTIDAD CULTURAL

A. Propiedad indígena: un derecho pluridimensional

Uno de los más importantes avances de la Corte Interamericana en torno al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y de los pueblos tribales del hemisferio, se registra alrededor del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH.

-
- 2 Tal vez el más llamativo y determinante de ellos es el proceso constitucional boliviano que incluye principios de la comunidad Aymara en el texto constitucional y la defensa de la pluralidad cultural en el seno de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. En su artículo 1, reza: *Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.* Ver <http://www.laconstituyente.org/files/Libros/nuevacpebolivia.pdf?download>.
- 3 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Prefacio (Ediciones Mundi-Prensa, New York, 2004).

Su alcance original circunscribía el derecho a la propiedad a la persona humana como individuo, así como al uso y goce de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, susceptibles de ser valorados, cuyo titular es la persona y cuyo ejercicio puede estar subordinado al mandato de la ley bajo criterios de utilidad pública o interés social. En este sentido, toda limitación del ejercicio de este derecho debe ser reparada.⁴ Dentro de la jurisprudencia interamericana, los principios de progresividad, *pro homine* y universalidad han orientado la interpretación de instrumentos de derechos humanos. El tribunal ha reiterado también, en relación con derechos indígenas y tribales, que toda interpretación al respecto, debe darse a favor de la persona humana y nunca en sentido restrictivo, para evitar dar lugar a la inobservancia de derechos consagrados en el mismo tratado que se interpreta, en otros igualmente vinculantes para el Estado o en menoscabo de otros convenios que han sido reconocidos en su propio ordenamiento jurídico interno.⁵ En efecto, una de las primeras conclusiones aportadas en torno a principios de interpretación del derecho a la propiedad, fue que en casos en los cuales las comunidades indígenas y los pueblos tribales ven comprometidos el ejercicio y el goce de su derecho consagrado en el artículo 21, todo análisis sobre la materia merece tener en cuenta el especial carácter sensible y ancestral encarnado en el ejercicio de la propiedad colectiva por parte de los miembros de esas comunidades.⁶ Esta exigencia se ve reforzada en aquellos

4 Convención Americana de Derechos Humanos, CADH. “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

5 Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 31 de agosto de 2001 (fondo), Serie C No. 79, párrafo 147.

6 “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte

casos en los cuales su reconocimiento también se ha producido en el derecho interno de los Estados. El reconocimiento de este particular vínculo entre las comunidades y su territorio tradicional tendría en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, una referencia explícita por parte de la Corte. En tal oportunidad, el tribunal señaló que el derecho a la propiedad colectiva, que ha sido ejercido ancestralmente por las comunidades indígenas y pueblos tribales, incluye el vínculo estrecho con el territorio tradicional, es fundamento de su cultura, espiritualidad, integridad, supervivencia económica y no constituye una simple cuestión de posesión o producción. Por el contrario, es demostración de una conciencia colectiva que no se centra en el individuo, es proyección de su propia existencia como comunidad y es expresión del derecho a vivir libremente de acuerdo con sus tradiciones y formas organizativas en sus propios territorios.⁷

El derecho a la propiedad —además de su tradicional contenido— posee entonces, desde la perspectiva de la protección de derechos de comunidades indígenas y pueblos tribales, un contenido social, colectivo y cultural. Con estos precedentes, las nuevas dimensiones del derecho a la propiedad desde el punto de vista colectivo y desde el punto de vista cultural, empezarán a ser desarrolladas.⁸ El reconocimiento por parte de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 148.

7 Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 149. Este precedente ha sido reiterado insistentemente por la Corte y se constituye en una de las reglas más importantes desarrolladas hasta el momento por el Tribunal Interamericano.

Ver también, Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párrafo 131.

8 En un intento por ofrecer una definición sobre *Indígenas*, distintos organismos internacionales han tenido en cuenta tal conectividad y la necesidad de proteger su identidad cultural: “*Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems*”. UN Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*. UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, para. 379 (1986).

Interamericana de Derechos Humanos de la dimensión cultural del derecho a la propiedad,⁹ en virtud de la cual los miembros de las comunidades desarrollan su identidad cultural,¹⁰ además de la mayor parte de sus actividades económicas y sociales, redefine el alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH. Así mismo, se convierte en un importante triunfo en la lucha contra todas las formas de discriminación, pues su invisibilización ha sido precisamente un mecanismo eficaz para consolidar estrategias excluyentes y de desconocimiento de la naturaleza de sus derechos ancestrales, que facilita la privación de sus territorios y recursos con o sin el pago de sumas de dinero.¹¹ A diferencia del ejercicio de este derecho en sociedades mayoritarias para las cuales el contenido económico de la propiedad es preponderante, en casos en los que están involucradas comunidades indígenas y tribales, la propiedad sobre sus territorios tradicionales al comprometer la supervivencia de su cultura, sus usos y costumbres, su conocimiento ancestral, su concepción espiritual y su supervivencia física,¹² goza de una mayor complejidad. Su afectación somete a esos colectivos y sus miembros a una situación de mayor vulnerabilidad¹³ pues la vio-

9 La propiedad que se concreta en todas aquellas cosas materiales apropiables, todo derecho sujeto de ser parte del patrimonio, mueble, inmueble o elemento corporal o incorporeal susceptible de tener valor, como también en aquellos que aparentemente no lo tienen en términos económicos pero sí culturales o espirituales, es una concepción reiterada en sentencias de la Corte.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrafos 137 y 147.

Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 144.

Caso *Ivcher-Bronstein vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Reparaciones. Serie C No. 74, párrafo 122.

10 El derecho a la identidad previsto en los artículos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ha tenido consagración positiva en regímenes constitucionales en el continente americano.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 17.

Constitución Política de la República del Ecuador, artículos 57, 58 y 59.

Constitución Política de la República de Guatemala, artículos 57-61.

Constitución Política de Colombia, artículos 7, 68 y 310.

11 S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 141-148 (2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004).

12 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 51, 63 y 124.

13 “*In the contemporary world, indigenous peoples characteristically exist under conditions of severe disadvantage relative to others within the states constructed around them. Historical*

lación de otros derechos convencionales es altamente probable. El artículo 21 en sus términos originales circunscribe el ejercicio y goce de este derecho a la persona humana como individuo; sin embargo, la interpretación evolutiva de su alcance deja de lado la tradicional esfera de protección del derecho a la propiedad y la extiende también a una dimensión colectiva en cabeza de las comunidades indígenas y tribales. Más allá, la Corte considera que las comunidades indígenas y tribales tienen un derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica colectiva e incluso de su derecho consuetudinario, como consecuencia natural del reconocimiento y garantía del derecho de sus miembros a disfrutar del ejercicio de sus derechos colectivamente.¹⁴

B. Garantía y protección del vínculo espiritual y cultural como antítesis del desarraigo

Por primera vez, en el caso *Yakie Axa*, la Corte planteó la hipótesis sobre la ponderación entre la versión individual y colectiva del derecho a la propiedad al aplicar prácticamente los mismos parámetros señalados con anterioridad y definir que en una contradicción real o aparente entre estos dos derechos, las restricciones deben estar previstas en la ley, deben ser necesarias, proporcionales y deben perseguir un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Sin embargo, el tribunal advirtió, que cada caso requiere un análisis particular para evaluar las consecuencias del reconocimiento de la protección de un dere-

phenomena grounded on racially discriminatory attitudes are not just blemishes of the past but rather translate into current inequities. Indigenous peoples have been deprived of vast landholdings and access to life sustaining resources, and they have suffered historical forces that have actively suppressed their political and cultural institutions. As a result, indigenous peoples have been crippled economically and socially, their cohesiveness as communities has been damaged or threatened, and the integrity of their cultures has been undermined. In both industrial and less-developed countries in which indigenous people live, the indigenous sectors almost invariably are on the lowest rung of the socioeconomic ladder, and they exist at the margins of power". S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* 266 (2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004).

- 14 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 168-172. Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 79. Supra nota 5, párrafos 151 y 153.

cho en perjuicio del otro, con especial cuidado en torno a los derechos territoriales indígenas de naturaleza colectiva de los que dependen su supervivencia, la transmisión de sus costumbres, el desarrollo de sus planes de vida y la conservación de su patrimonio cultural.¹⁵ En el marco de las reglas planteadas en su providencia, teniendo en cuenta la complejidad del caso y la condición de vulnerabilidad de la comunidad, el Tribunal Interamericano integró los principios propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos una vez más, para establecer su criterio sobre la situación de la comunidad Yakye Axa, con base en el análisis hermenéutico de lo que denominó el *Corpus Juris*¹⁶ de los Derechos Humanos, que venía siendo trabajado en varias de sus Opiniones Consultivas. En este orden de ideas, el Tribunal señaló que el análisis del caso no podría desconocer la existencia del el *Corpus Juris* como fuente dinámica de protección de los derechos fundamentales de la persona humana del que hace parte el Convenio 169 de la OIT.¹⁷ En su estudio, el tribunal consideró que el análisis de este instrumento de derecho internacional ilustraría el alcance del artículo 21 de la CADH¹⁸ y en virtud del principio evolutivo de interpretación de los derechos humanos —reiterado en tres de las más importantes sentencias del Tribunal Interamericano sobre el tema de

15 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 144 y 146.

16 “El *Corpus Juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*”. Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafo 128.

Ver también Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 120.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99, 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 16, párrafo 115.

17 Instrumento internacional vinculante para el Estado de Paraguay, en virtud de la Ley 234 de 1993.

18 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 128 a 130.

los derechos indígenas—,¹⁹ reconoció que las violaciones a los derechos convencionales tenían un origen común en la falta de materialización de los derechos territoriales ancestrales de la Comunidad, lo que a su vez atentaba contra la conciencia histórica y cultural indígena, concretamente en perjuicio de la Comunidad Yakye Axa del pueblo Chanawatsan.

Por un lado, es evidente que el ejercicio de la propiedad en casos particulares como el que se examina comprende, para los Estados, un deber de garantía y protección en términos de acceso a la propiedad y, para las comunidades, el derecho al ejercicio efectivo de su relación con los territorios ancestrales de la que se desprende su propia identidad cultural y es fuente además de su supervivencia como colectivos humanos y como individuos. Por el otro, aunque por menos evidente no es menos importante, el concepto de *desarraigo*,²⁰ adquiere especial importancia, de allí la preocupación del tribunal al momento de decretar medidas de reparación que contribuyan a resolver tales situaciones o a evitar que éstas se reproduzcan mientras los procesos de adjudicación de territorios se cumplen efectivamente, pues tal desarraigo afecta también la conservación de la identidad e integridad culturales de las comunidades y pueblos ancestrales americanos. No en vano el Tribunal desarrolla conceptualmente el especial vínculo espiritual y cultural entre las comunidades, sus miembros, sus territorios y sus recursos naturales, como antítesis de aquél.²¹ En

19 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 117.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 124 a 131.

Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafos 148 y 149.

20 Ver Antônio Augusto Cançado-Trindade, *Reflexiones sobre el problema de desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal en la nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio siglo XXI* (2ª ed. Tomado de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2201.pdf>).

21 Para ello, la Corte IDH tiene en cuenta la necesidad de integrar instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas como el Convenio de la OIT, sin perjuicio de las disposiciones de carácter interno principalmente de carácter constitucional, y reconoce la utilidad de aplicar los principios *pro homine* y *evolutivo* de los derechos humanos, enfatizando que los conceptos de propiedad y posesión de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas pueden tener una significación diferente en cuanto no se centran en el individuo, sino en el grupo y la comunidad.

conclusión, el hecho de no corresponder con la noción clásica de propiedad no constituye para el Estado justificación razonable para desconocer otras versiones del uso y goce del derecho de propiedad, derivadas de la cultura y creencias de cada pueblo pues merecen igual protección en virtud del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²²

C. Posesión y propiedad: elementos y otros aspectos en el marco del respeto a la identidad cultural

El caso *Sawhoyamaxa* representó para la Corte Interamericana una importante oportunidad para expedir una sentencia integradora de su doctrina en relación con las particularidades propias que tal derecho adquiere cuando es ejercido por las comunidades indígenas y sus miembros. En particular, recogió una serie de argumentos y desarrollos jurisprudenciales consignados en providencias anteriores, en los casos de las *Comunidades Mayagna* y *Yakie Axa*, y estableció varias reglas sobre la materia, en las que evidentemente se privilegian las condiciones reales, históricas y culturales en que la posesión y la propiedad han sido ejercidas por los pueblos indígenas y tribales americanos. La Corte se refirió a los siguientes criterios:

- A pesar de no ser el único ni más importante elemento de la propiedad indígena, basta con la demostración de la posesión de los territorios ancestrales de acuerdo con sus costumbres o con su derecho consuetudinario, para que el Estado esté en la obligación de reconocer oficialmente la propiedad sobre sus territorios.²³ La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad

22 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafos 118, 119 y 120.

Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 149.

23 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 127.

Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 7, párrafos 133 y 134.

y su registro. La imposibilidad de ejercer pacíficamente la posesión de territorios tradicionales por actos violentos (por ejemplo, desplazamiento) contra las comunidades indígenas y tribales no impide el reconocimiento y existencia del derecho a la propiedad sobre esos territorios.²⁴

- Los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho acceder a recursos efectivos que les permitan reivindicar la posesión de sus territorios tradicionales, incluso, aquellos sobre los que perdieron la posesión en forma involuntaria o violentamente.
- El Estado tiene la obligación de efectuar todas las acciones necesarias para hacer efectiva la posesión y el derecho a la propiedad sobre los territorios tradicionales de las comunidades indígenas y sólo en aquellos casos en los que haya motivos objetivos que imposibiliten tal devolución deberá, consensualmente, entregar tierras alternativas de igual extensión y calidad a los miembros de las comunidades indígenas respetando sus mecanismos autónomos de organización y toma de decisiones.²⁵
- La posesión, entendida como la tenencia material del territorio, no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas,²⁶ en la medida en que es el vínculo existente entre la Comunidad, sus miembros y los territorios tradicionalmente ocupados y utilizados para la transmisión de su cultura, el que origina el derecho de propiedad colectiva. En virtud de tal vínculo se define también la procedibilidad y alcance de los derechos reivindicatorios ejercidos por estos pueblos.
- Finalmente, habría que decir también que en relación con la limitación al derecho a la propiedad indígena es indudable

24 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 128.

25 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 135.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C No. 125. Supra nota 9, párrafo 149.

26 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 128.

su naturaleza escalonada. En este sentido, siempre debe preferirse la opción menos gravosa para los colectivos y sus miembros, de tal manera que sus derechos sean efectivamente garantizados. Debe primar el mantenimiento de la propiedad sobre territorios ancestrales o su efectivo reconocimiento. El Estado tiene la obligación de identificar plenamente el territorio reclamado y entregarlo gratuitamente en un plazo razonable.²⁷ De no ser posible la entrega de los territorios reclamados por motivos objetivos, debe entonces, de acuerdo con los criterios de necesidad, proporcionalidad y legalidad, analizar la entrega de territorios alternativos con el consenso de los miembros de la comunidad y de acuerdo con sus usos y costumbres. Ante la imposibilidad de la devolución de territorios o la entrega de otros similares, plantea, la simple indemnización en términos económicos como la última opción deseada por el sistema. Sólo así se asegura una protección de los derechos señalados, se evita su afectación arbitraria y se da una justificación práctica a la elaboración conceptual de la jurisprudencia del tribunal interamericano.

Así mismo, el Tribunal Interamericano desarrolló dos reglas en sentido negativo. En ellas, establece un claro criterio residual frente a la limitación más extrema de la propiedad de las comunidades indígenas sobre sus territorios tradicionales y señala lo que no puede ser considerado como elemento objetivo que fundamente la imposibilidad o la negativa del Estado a garan-

27 Para la Corte, el plazo razonable para la demarcación, titulación y entrega de los territorios tradicionales reclamados por las comunidades indígenas y los pueblos tribales, desde el caso *Yakye Axa*, ha sido de tres años, como regla general, sin perjuicio de que la complejidad de cada caso establezca un término diferente como en los casos de territorios “traslapes”, disputados entre varias comunidades indígenas o pueblo tribales. Con anterioridad, el Tribunal no fijó un término para el cumplimiento de esa medida por parte de los Estados o definió tal término en un periodo de 15 meses como lo hizo en el caso *Mayagna*.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 9, párrafo 217 y ss.

Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 239.

Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 164.

tizar efectivamente la reivindicación y titulación de territorios tradicionales a las comunidades indígenas americanas:

- La transmisión a terceros de la propiedad de tierras tradicionales reclamadas por las comunidades indígenas no constituye un elemento objetivo que fundamente la negativa de reivindicación de los territorios de las comunidades indígenas, ni constituye *per se* una razón que justifique forzar a los indígenas a recibir tierras alternativas o indemnizaciones para garantizar sus derechos convencionales, pues el derecho que les asiste a los indígenas sobre sus territorios no puede estar sujeto a la voluntad de los terceros tenedores.²⁸
- La explotación económica de territorios tradicionales por parte de terceros no es un elemento objetivo suficiente para fundamentar la negativa de reivindicación de los territorios de las comunidades indígenas ni constituye *per se* una razón que justifique forzar a los indígenas a recibir tierras alternativas o indemnizaciones para garantizar sus derechos convencionales, pues no tiene en cuenta su estrecho y particular vínculo con el territorio que trasciende la simple perspectiva de productividad económica y constituye pieza fundamental de su identidad cultural y supervivencia.²⁹

La jurisprudencia es reiterativa en torno a que el derecho a la propiedad no se agota en su reconocimiento abstracto, pues su falta de efectividad por medio de la delimitación, titulación y entrega de los territorios tradicionales a sus ocupantes ancestrales, así como la imposibilidad de gozar los recursos naturales allí existentes, constituyen una amenaza para el libre desarrollo y transmisión

28 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 138.

29 “*El mismo análisis se aplica al segundo argumento del Estado respecto a la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos*”. Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 139.

de su cultura.³⁰ El desarrollo de medidas de todo orden tendientes a garantizar de manera efectiva los derechos previstos en la convención es una preocupación general del sistema. Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas y tribales, adquiere un alcance particular dadas las condiciones de vulneración y vulnerabilidad a las que se han visto sometidos, que trasciende la imposibilidad del ejercicio de tal o cual derecho convencional para poner en entredicho su supervivencia física y cultural.³¹ Tal preocupación explica los esfuerzos jurisprudenciales en reiterar la obligación de los Estados de adecuar sus ordenamientos internos a los preceptos de la Convención y la jurisprudencia interamericana, así como en la creación de requisitos formales que se concretan en medidas específicas a tener en cuenta por los Estados.³²

II. ELEMENTOS Y CRITERIOS DE LIMITACIÓN AL DERECHO A LA PROPIEDAD

A. Diversidad cultural: elemento determinador del interés general

El reconocimiento y protección del derecho a la identidad cultural además de ser expresión de la tendencia, antes señalada, sobre la promoción y garantía de la diversidad en sociedades multiculturales como presupuesto para el desarrollo, la defensa de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia, exige un análisis de los criterios de limitación de la propiedad en estos nuevos términos y los criterios de reparación dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, SIDH. Desde

30 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 143.

31 Rodolfo Stavenhagen, *Derecho internacional y derechos indígenas*, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, 181-182 (1ª ed., Esteban Krotz, ed., Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002).

32 “*This Court has previously held, based on Article 1(1) of the Convention, that members of indigenous and tribal communities require special measures that guarantee the full exercise of their rights, particularly with regards to their enjoyment of property rights, in order to safeguard their physical and cultural survival*”. Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 85.

esta perspectiva, la diversidad cultural se erige como un interés susceptible de protección por parte de los Estados y aunque la Corte no propone una revaluación explícita del concepto de interés público o bien común, hay una innovadora perspectiva de aquél en su jurisprudencia como presupuesto de la efectiva garantía de los derechos indígenas y tribales.³³ La realidad de sociedades multiculturales, reconocida en un gran número de Cartas Constitucionales americanas,³⁴ necesariamente establece la protección de la diversidad cultural como parte del interés común de la sociedad, cuya garantía no es posible sin medidas efectivas de protección a la identidad cultural. En este orden de ideas, determinar si la intervención de un territorio tradicional supone un riesgo para la supervivencia física y cultural de una comunidad indígena y tribal, por ejemplo, es fundamental para garantizar los derechos indígenas y tribales pero también para garantizar la protección del bien común o interés público, ambas obligaciones de los Estados.

Así, el concepto indeterminado de derecho conocido como interés general, orientador de toda actividad estatal, está determinado por la diversidad cultural que se erige como un bien jurídico susceptible de protección reconocido tanto en ordenamientos constitucionales como de carácter internacional que permea las decisiones del tribunal y evidencia que los estándares de limitación del derecho a la propiedad en sentido liberal-individual no son los mismos en materia indígena y tribal. Teniendo en cuenta las particularidades de la propiedad, ejercida por estos colectivos humanos, definida por algunos como una Propiedad Calificada,³⁵ los estándares convencionales para determinar la

33 Ello se desprende de su consagración constitucional en gran número de Constituciones americanas y de su papel protagónico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana para identificar algunas fuentes de derecho.

34 Para un sector de la doctrina se viene originando un fenómeno de *refuerzo normativo* que contribuye principalmente a la armonización del ordenamiento interno de los Estados teniendo en cuenta los estándares de protección del derecho internacional de los derechos humanos por medio de *cascadas normativas*. Diego Eduardo López-Medina & Astrid Liliana Sánchez-Mejía, *La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano*, 12 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 317-351 (edición especial, 2008).

35 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humana-

legitimidad de limitaciones al ejercicio de la propiedad colectiva en el caso de comunidades indígenas y tribales son mucho más exigentes para los Estados, no se agotan en un contenido económico y deben tener en cuenta la protección de la diversidad cultural como expresión del interés general de naciones multiculturales. Precisamente, con este carácter diferencial, el Tribunal somete el análisis de cada caso a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad, así como la defensa del interés general y los principios democráticos para establecer las limitaciones a la propiedad,³⁶ en sentido general y particular, al tiempo que enfatiza en las manifestaciones culturales propias de las comunidades indígenas y pueblos tribales para garantizar a esas comunidades el goce pleno de sus derechos, entre ellos, el derecho general de respeto consagrado en el artículo 1.1 de la Convención.³⁷

B. Establecimiento de especiales salvaguardas en razón de dos criterios: conectividad y supervivencia

El reconocimiento del particular vínculo entre las comunidades y sus territorios, señalado con anterioridad, permite concluir que mientras exista tal vínculo tiene vigencia el derecho a reivindicar la posesión y propiedad de sus territorios, pues persiste la fuente espiritual y material de su identidad, que se proyecta por medio de cualquiera de las manifestaciones tanto físicas o materiales (ocupación permanente, uso esporádico de esos territorios con

nos, Corte IDH. Supra nota 20. Voto razonado del juez Sergio García-Ramírez párrafos 14, 15 y 16.

36 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 138.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafo 149.

37 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 142.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafo 153.

Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párrafo 142.

Caso *Ivcher-Bronstein vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 9, párrafo 168.

el propósito de explotar sus recursos naturales, cultivos permanentes o esporádicos) como aquéllas de carácter espiritual e inmaterial (lazos espirituales, lazos ceremoniales o cualquier otra manifestación cultural),³⁸ que encarnan una conciencia étnica y un sentido de pertenencia hacia esos territorios; incluso, en casos en los que no hay un pleno ejercicio de la posesión.³⁹ La preponderancia de tal vínculo material y espiritual entre las comunidades indígenas y sus territorios tradicionales permite concluir también que la vulneración al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales persiste hasta tanto no les sea permitido de manera efectiva desarrollar sus actividades tradicionales y con ello el ejercicio práctico de su identidad cultural.⁴⁰ Así mismo, permite reconocer que la imposibilidad de ejercer debidamente los derechos de uso y goce de los territorios tradicionales constituye, además, una vulneración continuada de la Convención Americana.

Ahora bien, con base en el reconocimiento de las especiales características del derecho a la propiedad —ejercido tanto por comunidades indígenas como por pueblos tribales—, el especial vínculo sostenido no sólo por elementos de carácter material sino principalmente de orden espiritual y cultural imposibles de cuantificar y transmitidos de generación en generación, en el caso de la *Comunidad Saramaka vs. Surinam*, la Corte expide providencia en la que recapitula su línea jurisprudencial en la materia e incluye otros elementos de análisis. La Corte avanza en determinar que el Estado debe asumir medidas tendientes a

38 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 131.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafo. 154.

39 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 133.

40 “Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”. Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 132.

garantizar el ejercicio de los derechos de los miembros de este pueblo tribal en el marco del sistema de propiedad comunal Saramaka, así como medidas legislativas en reconocimiento jurídico interno del mismo, y reafirma que la complejidad de los casos no justifica al Estado inobservar sus obligaciones convencionales, entre las que se cuenta la de garantizar su derecho a la propiedad en sentido integral.⁴¹ Esta garantía se traduce en primer lugar, en la comprensión de que los territorios tradicionales y sus recursos naturales tienen un alto grado de conectividad⁴² en el contexto de las comunidades indígenas y pueblos tribales. Conectividad que se traduce en múltiples manifestaciones culturales cuya protección es imperativa para preservar sus formas de vida, identidad cultural, creencias, estructuras sociales, económicas y culturales.⁴³ En segundo lugar, la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y pueblos tribales depende de su acceso y uso de los recursos naturales existentes en sus territorios tradicionales, de allí que la protección consagrada por el artículo 21 de la CADH incluya tanto los derechos sobre los territorios como sobre sus recursos.⁴⁴ En tercer lugar, la demarcación, entrega y titulación de territorios tradicionales es un imperativo que garantiza el control efectivo sobre sus territorios. Parte de

-
- 41 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafos 103, 115 y 116.
 Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 5, párrafo 153.
 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 215, 216 y 217.
 Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 7, párrafo 208.
- 42 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 122.
 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9, párrafos 124 y 137.
 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafos 118 y 121.
- 43 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 121.
- 44 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 120.
 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Serie C 125. Supra nota 9 párrafo 137.
 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 118.

la delimitación y demarcación de esos territorios en consulta con las comunidades interesadas y de acuerdo con sus usos y costumbres, exige el reconocimiento de un título de dominio y concluye con la entrega efectiva de esos territorios. El respeto y el cumplimiento de estos tres elementos previstos dentro de este último punto, deben darse sin interferencias indebidas de los Estados o terceras partes con el propósito de garantizar la observancia y eficacia del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas y pueblos tribales.⁴⁵

El respeto por la diversidad cultural en el ejercicio y determinación del alcance de la propiedad aborígen y tribal orienta la actividad de la Corte⁴⁶ que, además de reconocer su importancia, la traduce en reglas jurisprudenciales que en esta última providencia permiten ampliar el desarrollo conceptual de la materia. Al determinar que la propiedad no es absoluta y en esa medida puede ser regulada y limitada por el Estado —de acuerdo con los criterios ya señalados—, tales restricciones deben tener en cuenta las siguientes reglas como garantía de la especial protección en razón de las características definidas y reconocidas por la jurisprudencia interamericana y que la propia Corte ha definido como salvaguardas:

- Toda limitación sobre el derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas y pueblos tribales es posible, siempre y cuando, además de cumplir los parámetros de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad del propósito, con tales restricciones no se ponga en riesgo o se

45 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafos 115 y 116.

46 Este tipo de avances no sólo se destacan en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el caso colombiano, múltiples sentencias de la Corte Constitucional han desarrollado el reconocimiento del derecho a la supervivencia cultural, como versión colectiva del derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, y los derechos a la integridad étnica y cultural, correlativos al derecho individual a la integridad personal, con lo cual se constituyen en fuente de derecho aplicable en materia de derechos humanos. Ver Esther Sánchez-Botero, *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos*, 20 (Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, Bogotá, 2003).

atente contra la supervivencia cultural y física de la comunidad.⁴⁷

- Todo proyecto de desarrollo, investigación, exploración y extracción de recursos naturales en territorios tradicionales de comunidades indígenas y pueblos tribales debe garantizar la participación de los miembros de esas comunidades y pueblos de acuerdo con sus usos y costumbres. Sus observaciones al respecto deben ser tenidas en cuenta por los Estados. En particular, la participación indígena o tribal se concreta en los procesos de Consulta Previa previstos en el Convenio 169 de la OIT.⁴⁸
- Los estados deben asegurar beneficios razonables en favor de las comunidades indígenas y sus miembros, percibidos de la explotación de esos recursos existentes en sus territorios.⁴⁹
- Todo proyecto de estas características debe estar soportado en un plan de manejo y estudio de impacto social y ambiental, elaborado bajo supervisión del Estado.⁵⁰

Estas cuatro salvaguardas, que constituyen la hoja de ruta en materia de intervención de territorios tradicionales en el hemisferio, fueron sintetizadas por la Corte, parcialmente a partir de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT artículos 6, 7, 8, 15 y 16, y adaptadas a la jurisprudencia interamericana teniendo en

47 “Furthermore, in analyzing whether restrictions on the property right of members of indigenous and tribal peoples are permissible, especially regarding the use and enjoyment of their traditionally owned lands and natural resources, another crucial factor to be considered is whether the restriction amounts to a denial of their traditions and customs in a way that endangers the very survival of the group and of its members. That is, under Article 21 of the Convention, the State may restrict the Saramakas' right to use and enjoy their traditionally owned lands and natural resources only when such restriction complies with the aforementioned requirements and, additionally, when it does not deny their survival as a tribal people”. Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 128.

48 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafos 129, 130 y 137.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Artículos 6, 7 y 8.

49 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafos 138-140.

50 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 143.

cuenta el contexto histórico y antropológico de las sociedades multiculturales americanas. Cabe decir, que estas salvaguardas, en especial en relación con la consulta, se extienden también a todo procedimiento de carácter legislativo o administrativo que implique la afectación no sólo de los territorios tradicionales, sino de los derechos convencionales y de orden interno de los miembros de esas comunidades, reconocidos por los Estados Parte de la Convención.⁵¹

C. Consulta previa

La importancia de que los Estados garanticen la participación de las comunidades y sus miembros para que, de acuerdo con sus tradiciones y formas de organización se informen de las consecuencias, efectos y objeto de los proyectos en desarrollo (explotación de recursos y demás actividades que los Estados, directamente o por intermedio de terceros, hayan planeado efectuar dentro de sus territorios tradicionales), radica en la construcción de un consentimiento informado⁵² de las comunidades afectadas como expresión de las observaciones y controversias planteadas al Estado, que recíprocamente deberá tenerlas en cuenta al momento de ejecutar o no el proyecto planteado. La

51 En este orden de ideas, si los proyectos de intervención de esos territorios ponen en riesgo el usufructo de los recursos naturales tradicionalmente empleados por tales comunidades, que constituyen su fuente de ingresos, intercambios comerciales, sustento y desarrollo espiritual, poniendo en riesgo su existencia como individuos y como colectividad, no podrían ser ejecutados. En todo caso, cuando la explotación pretendida compromete recursos no utilizados tradicionalmente por las comunidades, el Estado también deberá respetar y cumplir las salvaguardas descritas. Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 155.

52 Al respecto, el tribunal interamericano afirma: “Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los [pueblos y comunidades indígenas], sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones (...)” y continúa afirmando que: (...) La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones”. Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 135.

participación⁵³ señalada se efectúa en el marco de un proceso de consulta previa, originario del Convenio 169 de la OIT, y en ese orden de ideas debe cumplir una serie de requisitos sin los cuales no se entenderá efectuada debidamente. En primer lugar, debe garantizar la participación efectiva⁵⁴ mediante una consulta activa con los miembros de las comunidades afectadas que incluya información clara sobre los efectos y riesgos generados, así como una comunicación constante entre las partes por medio de procedimientos culturales adecuados bajo el principio de buena fe. En segundo lugar, debe ofrecer espacios de discusión dentro de las comunidades para que haya oportunidad de analizar los elementos más importantes del proyecto, los beneficios que se obtendrían, los riesgos a los que se expondría la comunidad y los impactos que sobre el medio ambiente, sus usos, costumbres y tradiciones ocasionaría un proyecto de esas características. En tercer lugar, que todo el proceso de consulta y toma de decisión debe adelantarse de acuerdo con sus formas de organización y respetando los pronunciamientos de sus autoridades tradi-

53 *"In the context of indigenous-state relations, the concept of participation has given rise to requirements of consultation that are to be applied whenever the state makes decisions that may affect indigenous peoples. (...) Consultation processes must be crafted to allow indigenous peoples the opportunity to genuinely influence the decisions that affect their interest. This requires governments to fully engage indigenous peoples in the discussions about what the outcomes of those decisions should be before they are taken"*. S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 154 (2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004).

54 En cuanto a la participación efectiva y el consentimiento informado, otros organismos e instrumentos de derecho internacional hacen referencia a ello. *"Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"*. Observación General No. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 – Derecho de las minorías, 50 período de sesiones, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add 5 (1994), párrafo 7.

"El Comité exhorta en particular a los Estados Partes a que: (...) d) Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado (...)". Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD. UN Doc Recomendaciones Generales XXIII sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 51 Período de Sesiones, párrafo 4 (agosto de 1997).

cionales.⁵⁵ La formación del consentimiento informado es el propósito del proceso de consulta, pues el informe de impacto socioambiental llega a cumplir un papel fundamental.

Ahora bien, ¿la salvaguarda de consulta es equiparable al derecho de veto? Para intentar responder inicialmente a la discusión sobre el carácter y alcance del derecho y el procedimiento de consulta previa, lo primero que habría que decir es que ninguna decisión que se tome al respecto puede ser expresión de criterios arbitrarios⁵⁶ de las partes, pues se pretende garantizar los bienes jurídicos enfrentados de una manera legítima y proporcionada a la luz de los principios que fundamentan el SIDH. En materia internacional, en relación con el funcionamiento del Consejo Permanente de Naciones Unidas, por ejemplo, el derecho al veto se ha convertido en una herramienta arbitraria para la imposición de políticas o intereses en contravía incluso de la protección efectiva de derechos humanos y en particular de la garantía del derecho humanitario. Su uso y los efectos producidos por éste lo convierten de una u otra forma en una de las fuentes de arbitrariedad más importantes en materia internacional. En este sentido, la tendencia a equiparar el concepto de consulta previa con el derecho de veto, además de prestarse para confusiones, plantea un dilema inexistente entre la protección de los derechos indígenas y tribales y la soberanía nacional de los Estados. La consulta previa no es equiparable con el derecho de veto porque, a diferencia de éste, conlleva un proceso de participación en el

55 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafo 133.

56 Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha reiterado desde su sentencia SU-039 de 1997, en el caso *U'wa vs. Ministerio del Medio Ambiente y Occidental de Colombia*, que toda decisión proveniente del Estado debe estar desprovista de arbitrariedad y debe obedecer a justificaciones objetivas, razonables y proporcionales a la finalidad constitucional de protección de la identidad e integridad culturales de estas comunidades. Definiendo el sentido de su jurisprudencia, en sentencia C-891 de 2002, el alto Tribunal afirma que los pueblos indígenas y tribales no tienen el derecho a vetar las políticas de desarrollo y proyectos del Estado, inspirados en sus derechos a la consulta previa en relación con iniciativas legislativas (en esta oportunidad, la Organización Indígena de Colombia, ONIC, demandó el Código de Minas de Colombia); y, posteriormente, en sentencia T-880 de 2006, acción de tutela instaurada por el *pueblo indígena Motilón Bari vs. Ministerio del Interior y de Justicia y otros*, la Corte Constitucional estableció que el Estado debía propiciar un espacio de concertación, pero de no ser posible, debía fijar de manera unilateral las medidas de mitigación.

cual las comunidades y los Estados tienen la oportunidad de ofrecer sus puntos de vista. En el ejercicio del Derecho de Veto, no hay instancia de participación alguna: la decisión resultante es discrecional y unilateral pudiendo ir en contra de instrumentos internacionales de derechos humanos, derecho internacional humanitario o de cualquier otra materia.⁵⁷ Por otra parte, las observaciones resultantes del proceso de consulta previa deben estar enmarcadas dentro de los instrumentos y principios de derechos humanos. Así como las comunidades indígenas en el hemisferio deben cumplir el mandato convencional y las normas internas estatales acordes con éste, el mandato convencional debe garantizarles sus derechos, incluso frente a aparentes intereses estatales o privados. Esta dinámica propia de sociedades multiculturales como las americanas para la Antropología es una expresión natural del influjo entre las tendencias *esencialista* y *procesualista*⁵⁸ de la cultura en la cual los mecanismos de control social, entre ellos el derecho, ocupan un papel predominante, a las que están expuestas tanto la cultura indígena como la cultura mayoritaria; y para la ciencia jurídica, representa, por ejemplo, una intercomunicación y retroalimentación de los derechos humanos,⁵⁹ del derecho interno y del derecho consuetudinario a partir del reconocimiento paulatino de otras realidades y de otros bienes jurídicos urgidos de protección como la integridad cultural y la diversidad cultural. Tanto para las comunidades como para el Estado, el desarrollo de un procedimiento de esta naturaleza, además de prevenir la violación de derechos humanos, es tutela efectiva del derecho a participar, del derecho a la

57 Razón por la cual hay un reclamo latente a los miembros del Consejo Permanente de Naciones Unidas de abstenerse de utilizar su derecho de veto en casos de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

Asamblea General de Naciones Unidas, *Un mundo más seguro: una responsabilidad que compartimos*, XIV El Consejo de Seguridad. 50 Período de Sesiones, Seguimiento de Resultados de la Cumbre del Milenio, 2 de diciembre de 2002, UN Doc A/59/565.

58 Esther Sánchez-Botero, *¿La cultura como clonación? Identidades e identificaciones*, Tomo II, 21-43 (Ministerio de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2002).

59 Ver, por ejemplo, la dinámica de armonización de los estándares internacionales en materia de derechos humanos en el derecho interno colombiano. Diego Eduardo López-Medina & Astrid Liliana Sánchez-Mejía, *La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano*, 12 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 317-351 (edición especial, 2008).

integridad cultural y del derecho a la propiedad de territorios tradicionales de las comunidades indígenas y pueblos tribales del hemisferio. De otra parte, es ejercicio de soberanía nacional por parte del Estado que se expresa en el cumplimiento de obligaciones internacionales de efectivo respeto y garantía de los derechos humanos, protección de un bien jurídico tutelable, garantía de la defensa del interés general, reconocimiento del otro, del valor de sus observaciones y puntos de vista, así como de la posibilidad de una eventual limitación de los derechos e intereses de una u otra parte, sin caer en juicios *a priori*.⁶⁰ No obstante lo anterior, la consulta previa tampoco puede constituirse en un elemento con el que las comunidades indígenas imponen su voluntad de manera arbitraria desconociendo instrumentos de derechos humanos o *jus cogens*, para citar algunos ejemplos. Por ahora, la Corte sólo ha abordado el tema de si el Estado requiere o no el consentimiento y qué tipo de consentimiento, como lo vimos anteriormente, cumple los estándares de protección del SIDH,⁶¹ lo que, sin duda, deja abierto el panorama para desarrollos posteriores.

D. Reparaciones y beneficios

La obligación internacional de los Estados de reparar plenamente, *restitutio in integrum*,⁶² todo daño infringido, en la búsqueda

60 En este contexto, la comprensión de la cultura como proceso histórico y flexible que posee una serie de elementos que la identifican, la diferencian y la caracterizan frente a otras, necesariamente lleva no sólo a desechar los etnocentrismos universalistas que eliminan la diferencia y multiculturalidad. Revelan una condición aún más compleja de la propia cultura y es su contenido cualitativo.

Esteban Krotz, *Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica*, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, 37-38 (1ª ed., Esteban Krotz, ed., Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002).

61 A este respecto, Anaya (2004) afirma: “*This requirement that agreement should at least be an objective of the consultations means that the consultations cannot simply be a matter of informing indigenous communities about the measures that will affect them. Consultation processes must be crafted to allow indigenous peoples the opportunity to genuinely influence the decisions that affect their interest*”. S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 154 (2ª ed., Oxford University Press, New York, 2004).

62 “*En síntesis, las reparaciones incluyen los siguientes elementos: a) de ser posible, la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de sus*

del restablecimiento de la situación anterior a la violación, o en caso de no ser posible tal restablecimiento, la entrega de territorios alternativos y el pago de indemnizaciones por los daños ocasionados cubriendo todos los aspectos de tal obligación como son su alcance, naturaleza, modalidades y beneficiarios, no es discrecional de los Estados y tampoco su incumplimiento puede justificarse en disposiciones de orden interno.⁶³

Como colorario de los avances doctrinales y jurisprudenciales, la Corte ha señalado varios elementos de análisis en materia de reparaciones que ofrecen terreno fértil para las discusiones y desarrollos posteriores. En primer lugar, el Tribunal considera que en materia de propiedad la medida de reparación *in integrum*⁶⁴ por excelencia es la devolución, demarcación, titulación y entrega de los territorios tradicionales a las comunidades indígenas⁶⁵ y se decreta en favor de la comunidad o sus representantes.⁶⁶ En

derechos o libertades conculcadas, b) la indemnización pecuniaria que sea procedente, c) las medidas reparadoras de carácter no pecuniario, d) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables, e) las garantías de no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda, y f) la adecuación de la normativa interna del Estado a lo dispuesto por la Convención". Héctor Faúndez-Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*, 811 (3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004).

63 Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 7, párrafo 170.

Caso *Hermanas Serrano-Cruz vs. El Salvador*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párrafo 135.

Caso *Carpio-Nicolle y otros vs. Guatemala*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párrafo 87.

Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 19 de noviembre de 2004 (reparaciones), Serie C No. 116, párrafo 53.

64 "It is a principle of International Law that any violation of an international obligation that has caused damage gives rise to a duty to adequately redress said violation". Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Supra nota 15, párrafo 186.

Case of *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*. Inter-American Court of Human Rights, HRIAC. Reparations and Costs. Judgment of July 21st, 1989. Series C No. 7, para. 25.

Case of *Cantoral-Huamani and García-Santa Cruz v. Perú*. Inter-American Court of Human Rights, HRIAC. Reparations and Costs. Judgment of July 10th, 2007. Series C No. 167, para. 156.

Case of *Zambrano-Vélez et al. v. Ecuador*. Inter-American Court of Human Rights, HRIAC. Judgment of July 4th, 2007. Series C No. 166, para. 131.

65 La Corte fijó un término prudencial de tres años para que el Estado demarque, titule y entregue efectivamente los territorios tradicionales a las comunidades indígenas originarias. Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 239.

66 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Hu-

segundo lugar, el daño material, en principio, está compuesto por cuatro elementos: costas, gastos, ingresos dejados de percibir y costos de recuperación o restablecimiento.⁶⁷ El daño inmaterial está definido, principalmente, por aflicciones de los familiares y las víctimas, así como menoscabo de valores significativos como el particular vínculo entre los indígenas y sus territorios.⁶⁸ En cuanto al derecho a la indemnización de los perjuicios morales, como regla general, recae en los familiares de la víctima y sus dependientes cuando éstos prueban los perjuicios. No se extiende a la comunidad indígena a la que pertenecen, salvo exista o se presuma un daño directo,⁶⁹ dependiendo de cada caso. En tercer lugar, existe un carácter individual y un carácter colectivo de los daños ocasionados a las comunidades indígenas y sus miembros,⁷⁰ lo que merece un análisis casuístico. En relación con el derecho a la propiedad, hay un daño colectivo que se repara con la demarcación, titulación y devolución de los territorios a las comunidades afectadas. Mientras tal devolución no se produce,

manos, CIDH. Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 224-233.

Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Interpretación de la sentencia sobre fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 6 de febrero de 2006. Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, párrafo 2.

67 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 215.

Caso *Acevedo-Jaramillo y otros vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Sentencia del 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párrafo 301.

Caso *López-Álvarez vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 192.

Caso *Blanco-Romero y otros vs. Venezuela*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párrafo 78.

68 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 219.

69 Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam (reparaciones)*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párrafo 83.

70 Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafos 228-239.

Caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párrafo 264.

Caso *Blanco-Romero y otros vs. Venezuela*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párrafo 93.

Caso *Gómez-Palomino vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136, párrafo 136.

el Estado tiene obligaciones compensatorias para garantizar condiciones de vida digna a los miembros de las comunidades afectadas, lo que guarda relación también con daños de carácter individual.⁷¹ En materia de los derechos a la integridad e identidad culturales, la determinación de la naturaleza del daño tendría presumiblemente una esfera individual y otra colectiva, aunque la Corte no se ha pronunciado específicamente sobre el tema, como tampoco ha dictado medidas de reparación en este sentido, diferentes a la entrega de territorios tradicionales.⁷² En cuarto lugar, el alcance, naturaleza y modalidad de las medidas de reparación están íntegramente relacionados con el alcance y naturaleza de los daños y de los derechos que se pretenden reparar.⁷³ En esta medida, si por ejemplo el derecho a la propiedad tiene un alcance individual y otro colectivo, las medidas de reparación deben incluir garantías en ambas dimensiones. De igual forma, en cuanto al daño material, si la reparación *in integrum* no es posible, los Estados generalmente están obligados

71 “Tomando en cuenta lo anterior y a la luz de sus conclusiones en el capítulo relativo al artículo 4 de la Convención Americana (*supra* párr. 156 a 180), la Corte dispone que mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; b) revisión y atención médica de todos los miembros de la Comunidad, especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres, acompañado de la realización periódica de campañas de vacunación y desparasitación, que respeten sus usos y costumbres; c) entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, y e) dotar a la escuela del asentamiento Santa Elisa de los materiales y recursos humanos necesarios, y crear una escuela temporal con los materiales y recursos humanos necesarios para los niños y niñas del asentamiento Km. 16. En la medida de lo posible, la educación impartida considerará la cultura de la Comunidad y del Paraguay y será bilingüe, en idioma exent y, a elección de los miembros de la Comunidad, español o guaraní”. Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH. Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párrafo 230.

72 Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Interpretación de la sentencia sobre fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 6 de febrero de 2006, Voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, párrafo 13.

73 La Corte ordenó medidas de carácter individual para el tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico de miembros de la comunidad indígena Paez afectados con la muerte de Germán Escué-Zapata, miembro de esa comunidad de acuerdo con sus costumbres, así como también medidas de reparación con el propósito de constituir un fondo de obras y servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad de conformidad con sus propias formas de consulta, decisión y tradiciones. Caso *Escué-Zapata vs. Colombia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párrafos 168 y 172.

a indemnizar pecuniariamente los perjuicios ocasionados de acuerdo con el material probatorio aportado o de acuerdo con la determinación que el tribunal haya hecho en equidad. Medidas que podrán ser acompañadas por medio de la aprobación y ejecución de proyectos productivos o de desarrollo consultado con las comunidades.⁷⁴ En cuanto a los daños inmateriales, hay varias medidas de reparación. La entrega de una indemnización fijada en equidad por el tribunal puede ser acompañada de la entrega de bienes con este propósito, así como de la ejecución de medidas de reconocimiento público, reprobación oficial y de no repetición en reconocimiento de la dignidad de las víctimas.⁷⁵ Finalmente, toda medida de reparación, y en particular aquellas medidas de satisfacción y de no repetición, deben ser debidamente consultadas con las comunidades de acuerdo con sus usos y costumbres tradicionales,⁷⁶ en observancia de los derechos a la participación, identidad cultural, integridad cultural y respeto por la diversidad.⁷⁷

74 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 224.

75 “(…), tanto las reparaciones como las indemnizaciones desempeñan un papel de trascendental importancia; la indemnización a la víctima o a quienes le sucedan en sus derechos, que tiene el propósito de compensar el daño causado en una proporción equivalente, no puede excluir la adopción de otras medidas reparadoras, de carácter no pecuniario, y cuya función es dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en cuanto al respeto y garantía de los derechos humanos, y en cuanto a evitar la repetición de hechos similares”. Héctor Faúndez-Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*, 802-803 (3ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004).

Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafo 219.

Caso *Acevedo-Jaramillo y otros vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párrafo 308.

Caso *López-Alvarez vs. Honduras*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párrafo 199.

Caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 75, párrafo 254.

76 Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 20, párrafos 230 a 233.

77 Este punto de primordial importancia tiene plena aplicación en las formas de reparación decretadas por el Tribunal y los mecanismos de cumplimiento de sus providencias. Por ejemplo, en materia de publicación de los apartes fundamentales de sus fallos o en la celebración de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte ha ordenado generalmente que tales publicaciones se hagan en la lengua oficial del Estado condenado pero también en la lengua de las comunidades indígenas y sus miembros que se han visto afectados por las acciones u omisiones de las autoridades estatales. Caso *Escué-Zapata vs. Colombia*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte

En relación con la distribución de los beneficios obtenidos de la explotación de recursos o el desarrollo de un proyecto de infraestructura que implique la intervención de territorios tradicionales bajo condiciones razonables, las comunidades indígenas y los pueblos tribales no sólo tendrían derecho al pago de una indemnización sino también a la distribución razonable de una parte del total de beneficios generados en proyectos de intervención de sus territorios como medida compensatoria⁷⁸ más allá del resarcimiento de los perjuicios que con ello se le hayan generado.⁷⁹

IDH. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párrafo 174.

Caso *Blanco-Romero y otros vs. Venezuela*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párrafo 101.

Caso *Bueno-Alves vs. Argentina*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párrafo 215.

78 Caso *Comunidad Saramaka vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. Supra nota 15, párrafos 138, 139 y 140.

79 En este mismo sentido, para la Corte, la adopción de medidas del Estado para garantizar las salvaguardas señaladas, deberá incluir todas aquellas medidas tendientes a evitar la explotación e intervención de los territorios tradicionales, mientras que las salvaguardas no hayan sido cumplidas completamente, como ya se ha visto.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Anaya, S. James, *Indigenous Peoples in International Law* (2nd ed., Oxford University Press, New York, 2004).
- Cançado-Trindade, Antônio Augusto, *Reflexiones sobre el problema de desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal en la nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio siglo XXI* (2^a ed. Tomado de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2201.pdf>).
- Faúndez-Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales* (3^a ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004).
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, *Informe sobre desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy* (Ediciones Mundi-Prensa, New York, 2004).
- Sánchez-Botero, Esther, *¿La cultura como clonación? Identidades e identificaciones*, tomo II (Ministerio de Salud, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Bogotá, 2002).
- Sánchez-Botero, Esther, *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos* (Unicef, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, Bogotá, 2003).

CONTRIBUCIONES EN OBRAS COLECTIVAS

- Krotz, Esteban, *Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica*, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (Esteban Krotz, 1^a ed., Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002).
- Peña, Guillermo de la, *Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: Apuntes introductorios*, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (Esteban Krotz, 1^a ed., Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002).
- Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho internacional y derechos indígenas*, en *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho* (1^a ed., Esteban Krotz, Editorial Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2002).

REVISTAS

- López-Medina, Diego Eduardo & Sánchez-Mejía, Astrid Liliana, *La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano*, 12 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 317-351 (edición especial, 2008).

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH o Pacto de San José, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH

Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99, 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 16.

CASOS DE LA CORTE IDH

Acevedo-Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia del 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144.

Aloboetoe y otros vs. Surinam. Sentencia del 4 de diciembre de 1991, Serie C No. 11.

Blanco-Romero y otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.

Bueno-Alves vs. Argentina. Sentencia del 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164.

Cantoral-Huamani and García-Santa Cruz vs. Perú. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C No. 167.

Carpio-Nicolle y otros vs. Guatemala. Sentencia del 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

Comunidad Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay. Voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado-Trindade y del juez Sergio García-Ramírez.

Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente del juez Ramón Fogel-Pedroso.

Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

Escué-Zapata vs. Colombia. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C No. 165.

Gómez-Palomino vs. Perú. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 136.
Hermanas Serrano-Cruz vs. El Salvador. Sentencia del 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120.

López-Álvarez vs. Honduras. Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141.
Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 2004 (reparaciones), Serie C No. 116.

Sánchez vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.

Velásquez-Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.

Zambrano-Vélez et al. vs. Ecuador. Sentencia del 4 de julio de 2007.

REPORTES DE LA CIDH

Inter-American Commission on Human Rights, Report 40/04, Merits. Case 12.052.
Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, C-891 de 2002, T-880 de 2006, T-428 de 1992, T-342 de 1994, T-007 de 1995, T-652 de 1998, T-342 de 1994.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Observación General No. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 – Derecho de las minorías, 50 período de sesiones, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add 5(1994)

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD. UN Doc Recomendaciones Generales XXIII sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 51º Período de Sesiones, párrafo 4 (agosto de 1997).

UN Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*. UN Doc E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add, 4, para. 379 (1986).