

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF
INDIGENOUS COMMUNITIES IN THE
JURISPRUDENCE INTER-AMERICAN COURT OF
HUMAN RIGHTS

LA PROTECTION DES DROITS DES
COMMUNAUTES AUTOCHTONES DANS LA
JURISPRUDENCE COUR INTERAMÉRICAINNE
DES DROITS DE L'HOM

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2016

Fecha de aprobación: 20 de junio de 2016

María del Ángel Iglesias-Vázquez¹

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante. Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española. Acreditada como profesora con evaluación positiva de ACAP para las figuras de Profesor Contratado Doctor y Profesor de Universidad Privada (2008). Profesora con categoría de Directora en UNIR desde 2010. Contacto: maria.iglesias@cadscrits.udg.edu

Resumen:

El reconocimiento de los derechos humanos de las comunidades indígenas se ha producido de forma reciente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se muestra como el tribunal regional que más profunda y extensamente se ha preocupado de la cuestión a través de los asuntos que se presentan en este trabajo, y en los que estas comunidades han reclamado derechos como grupo. Así, ha ido construyendo una extensa doctrina muy proteccionista acerca, especialmente, del derecho a la propiedad comunal sobre sus tierras ancestrales, a las garantías judiciales y a la vida.

Palabras clave:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, comunidades indígenas, derechos humanos, tierras ancestrales.

Abstract:

The recognition of human rights of the indigenous communities has been recently achieved. The Inter-American Court of Human Rights shows to be the regional court that has been more deeply and widely concerned with this issue handling the cases studied in this paper. In these cases the indigenous communities have claimed rights as a group. Thus, the Court has built an extensive and very protectionist doctrine, especially on the right to communal property of the ancestral lands, on the right to judicial guarantees and on the right to life.

Keywords:

Inter-American Court of Human Rights, indigenous communities, human rights, ancestral lands.

Résumé:

La reconnaissance des droits des communautés autochtones a produit récemment. La Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui est présenté comme plus profond tribunal régional et largement été concernés par la question à travers les questions présentées dans ce travail, et dans lequel ces communautés ont revendiqué des droits en tant que groupe. Ainsi, il a construit une doctrine très protectionniste vaste, en particulier le droit à la propriété collective de leurs terres ancestrales, à un procès équitable et à la vie.

Mots-clés:

Cour interaméricaine des droits de l'homme, les communautés autochtones, les droits de l'homme, les terres ancestrales.

Introducción

Si bien la lucha de las comunidades indígenas, como grupos, en aras al reconocimiento de sus derechos en el derecho internacional público recibe un enorme impulso desde la creación en 1982, del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas por la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU², realmente sus logros ante los tribunales regionales de derechos humanos, son bastante más recientes. La búsqueda de jurisprudencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de los derechos de estas colectividades, nos conduce a 2001, año en el que por primera vez se pronuncia sobre la cuestión en el asunto *Mayagna*. No son, en cualquier caso, muchos, los asuntos conocidos por el tribunal y en los que la parte peticionaria es una comunidad indígena o tribal. No se abordan otros asuntos, sin duda de gran interés, en los que los demandantes no representan directamente intereses generales de las comunidades indígenas o tribales. En este trabajo, hacemos un análisis de las sentencias dictadas por la Corte a fin de establecer su doctrina acerca de los derechos humanos de estos colectivos y de su protección.

Los asuntos presentan un denominador común: el despojo de las tierras ancestrales que han venido habitando y la consiguiente reclamación de su derecho a la propiedad y al respeto a las garantías judiciales. La vulneración del derecho a la vida, aunque no se manifestará en todos, es igualmente destacable. Desde el asunto *Mayagna* hasta el más reciente, *Kuna de Madungandí* y *Emberá del Bayano*, han sido -los que presentamos- los asuntos resueltos por la Corte Interamericana; a través de los mismos, el tribunal ha venido construyendo una doctrina propia y particular de las comunidades indígenas sobre la propiedad de sus tierras y su significación, especialmente.

1. El primer caso presentado ante la corte, el asunto comunidad *Mayagna* (sumo) *awas tingni* contra Nicaragua³

El asunto *Mayagna* constituye la primera ocasión en que la Corte tiene oportunidad de pronunciarse sobre la violación de determinados derechos

2 Vid. ECOSOC *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* 1982/34, 28ª Sesión plenaria, 7 de mayo de 1982. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0767/05/IMG/NR076705.pdf?OpenElement>. Último acceso 15 de marzo de 2015.

3 Corte IDH. Caso de la Comunidad *Mayagna* (Sumo) *Awas Tingni* Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadMayagnaVsNicaragua_FondoReparacionesCostas.htm (último acceso 15 de marzo de 2015)

de las comunidades indígenas. El asunto merece especial detenimiento al ser referencia para casos posteriores⁴.

Tiene su origen en la demanda que presenta la Comisión con fecha 4 de junio de 1998 contra Nicaragua por violación de los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos)⁵, 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)⁶, 21 (Derecho a la Propiedad Privada)⁷ y 25 (Protección Judicial)⁸ de la Convención Interamericana de Derechos Humanos respecto de la comunidad *Awas Tingi*.

Los *Awas Tingni* habitan en la Costa Atlántica de Nicaragua, pertenecen a la etnia *Mayagna* y su lengua materna es la “*Sumo Mayagna*”. Viven fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca. Según testimonio del que fuera primer Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas en su intervención en el procedimiento, Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum⁹, y que la sentencia recoge¹⁰, el vínculo de las comunidades indígenas con la tierra es esencial en aras a su auto identificación. Además, la salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, los grupos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de

4 En efecto, este asunto será mencionado en todos los que ahora comentamos.

5 Artículo 1: *Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

6 Artículo 2: *Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

7 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.*

8 Artículo 25: *1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

9 Fue nombrado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 2001. Es autor de una extensa obra sobre la cuestión indígena, de la que destacamos, aparte de los Informes presentados en su calidad de Relator, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, UNESCO, México, DF, 2008.

10 Vid. párrafo 83 d) de la sentencia.

la tierra y de sus recursos, concepto que difiere de la propiedad individual y que es propio, así, de tales grupos.

La explotación de la madera en la zona que habita esta comunidad, dio origen a la firma en 1992 de un convenio¹¹ entre la comunidad y el MARENA¹² a cinco años, renovable, en el que se establecen los términos de la compraventa de la madera que vende la Comunidad y compra la compañía, los términos en los que MARENA reconoce la propiedad de la tierra, su tenencia, los términos de las actividades de aprovechamiento anual, y el sistema de monitoreo que esta operación iba a requerir.

El 5 de enero de 1995 el Servicio Forestal Nacional del MARENA aprobó el plan de manejo forestal presentado por SOLCARSA¹³ para el aprovechamiento de madera en la zona del Río Wawa y Cerro Wakambay. Dicho plan fue remitido al Consejo Regional de la Región Autónoma del Atlántico y un mes después, el Coordinador Regional de la RAAN¹⁴ y la empresa SOLCARSA suscribieron convenio que será reconocido por la Junta Directiva del Consejo Regional de la RAAN, mediante resolución No. 2-95, avalando el inicio de operaciones forestales en la zona de Wakambay, conforme con lo establecido en el plan de manejo forestal.

La comunidad *Awas* interpondrá con fecha 11 de septiembre de 1995 un recurso de amparo ante el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa, que será declarado inadmisibile por improcedente el 19 de septiembre de 1995 por la Sala de lo Civil del Tribunal, basándose en que la Comunidad había consentido tácitamente el otorgamiento de la concesión, en virtud de que la recurrente dejó transcurrir, antes de presentar dicho recurso, los treinta días contados “desde que la acción u omisión haya llegado a su conocimiento”, conforme a la Ley de Amparo. Contra tal resolución se presentará con fecha 21 de septiembre de 1995, recurso de amparo por la vía de hecho ante la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se expresaba que la Comunidad y sus miembros no habían consentido el proceso de la concesión y que el recurso se presentaba contra acciones que se estaban cometiendo en tal momento, puesto que diariamente la Comunidad y sus miembros tenían conocimiento de nuevas violaciones; en consecuencia, los treinta días para presentar el recurso de amparo “*se podrían (...) empezar a contar a partir de la última violación de la que los miembros de la Comunidad tuvieran conocimiento*”¹⁵;

11 Más exactamente, se trata de dos convenios, el primero, a veinticinco años, renegociado poco después gracias a la intervención del Fondo Mundial para la Naturaleza y MADENSA (Empresa *Maderas y derivados de Nicaragua*) dando origen al segundo, al que se hace referencia en el texto.

12 Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales.

13 Empresa *Sol del Caribe S.A.*

14 Región Autónoma del Atlántico Norte.

15 Segundo párrafo, página 56 de la sentencia.

más de año y medio tardará en resolver la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, concretamente el 27 de febrero de 1997, declarando no haber lugar al recurso de amparo por la vía de hecho, en base a las mismas consideraciones sostenidas por la Sala de lo Civil del Tribunal de Apelaciones de Matagalpa.

Antes de tal fallo, el 13 de marzo de 1996, MADENSA otorga concesiones mediante contrato a la empresa SOLCARSA por un período de treinta años sin conocimiento e intervención de la Comunidad, aun cuando el territorio donde la empresa explotaría la madera coincidía con el territorio de aquella.

Mejor suerte correrá el recurso presentado por la RAAN con fecha 29 de marzo de 1996 en contra de la concesión, ya que mediante sentencia de 27 de febrero de 1997, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió que era inconstitucional al no haber sido aprobada por el Consejo Regional de la RAAN, sino por la Junta Directiva del mismo y el Coordinador Regional de la misma, en violación del artículo 181 de la Constitución Política de Nicaragua.

Por lo que a la Comunidad *Awas Tingi* se refiere, ésta recurrió a la Comisión cuyo informe de 3 de marzo de 1998 pone de manifiesto la violación de los artículos 1, 2, 21 y 25. Como quiera que la respuesta de Nicaragua a este Informe no fuera ajustada, la Comisión decide el envío del caso a la Corte.

En su fallo, la Corte determinará la existencia de violación de los artículos invocados por la Comisión. Pasamos a estudiar éstos dos últimos, por su especial relevancia para el propósito de este trabajo.

1.1 *Violación del derecho a la Protección Judicial*

A efectos de valorar el derecho contenido en el artículo 25 de la Convención, el Tribunal tomará dos aspectos en consideración: de un lado la existencia o inexistencia de procedimientos para titular las tierras en favor de las Comunidades y en segundo lugar, la efectividad de los recursos de amparo presentados por los *Awas Tigni*.

Del contenido de los artículos 5, 89 y 180 de la Constitución de Nicaragua así como de otras leyes y decretos¹⁶ de la legislación nicaragüense, el tribunal

16 Así, la Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en La Gaceta No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, el Decreto No. 16-96 de 23 de agosto de 1996, referente a la creación de la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas en la Costa Atlántica, y la Ley de Reforma de la Reforma Agraria No. 14 publicada el 13 de enero de 1986 en La Gaceta No. 8, Diario Oficial de la República de Nicaragua.

concluye la existencia de normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena en Nicaragua¹⁷.

Sin embargo, la Corte llegará a la conclusión de que, a pesar de su existencia, al no disponer el Estado de un procedimiento efectivo para la titulación de la tierra comunal indígena, se ha incurrido en una vulneración de la Convención. Nicaragua había creado una Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica y elaborado un proyecto de ley de Propiedad Comunal Indígena, sin embargo cuantas acciones habían iniciado los indígenas tendentes a aquella, habían resultado infructuosas.

Junto a lo anterior y al valorar los recursos de amparo, el Tribunal, invocando que la sencillez y la brevedad debe primar en esta clase de procedimientos, estima que se desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Carta Interamericana, ya que en la adopción de la decisión sobre éstos, se cometió un retardo injustificado. Ello, supone vulneración del derecho reconocido en la Convención.

En definitiva, La Corte, concluye sobre la vulneración del 25 relacionándolo con el 1.1 y el artículo 2, en base a: 1) la no adopción de medidas adecuadas de derecho interno que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y 2) a que no se ciñeron las autoridades a un plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por los miembros de la Comunidad *Awas Tingni*.

Para fundamentar su decisión la Corte invoca la doctrina establecida en los asuntos *Ivcher Brosnstein*, *Cantoral Benavides*, *Duran y Ugarte*, *Bámaca Velásquez* y *Cesti Hurtado*, según la cual existe una obligación para los Estados parte en la Convención, de establecer un recurso contra las violaciones de los derechos establecidos en la Carta, si bien, no basta con la mera existencia de ley o de procedimiento en sí, sino que éstos deben ser idóneos para tal fin,¹⁸ sirviendo de medio eficaz para remediar vulneraciones¹⁹.

17 Vid. Parágrafo 122 de la sentencia.

18 Vid. Vid. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 90; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70 párr. 191; y Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125

19 Vid. Vid.. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 136; Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69 párr. 164; y Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50, párr. 102.

1.2 *Violación del derecho a la Propiedad Privada*

Trata éste de uno de los derechos que repetidamente se invocará como vulnerado en los asuntos objeto de este trabajo. A efectos de una interpretación adecuada del artículo 21, la Corte proporciona en primer lugar una definición de lo que se considera como bienes²⁰ en el meritado precepto y trae a colación la discusión habida durante los trabajos preparatorios de la Convención, en los que se decidió, a la hora de acordar la redacción del precepto, extensamente debatido, la supresión de la expresión “propiedad privada” por la de bienes.

El tribunal recuerda el carácter autónomo de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, que considera no equiparable al de las del derecho interno, y resalta su carácter evolutivo²¹ a interpretar de acuerdo con los cambios de la sociedad: además, la interpretación de la convención no puede hacerse de modo restrictivo o limitador de los derechos y libertades, en consonancia con lo establecido en el artículo 29 b) de la Convención.

Partiendo de la afirmación de que la Convención reconoce y ampara la propiedad de las comunidades sobre sus tierras ancestrales, despliega la siguiente doctrina acerca de ésta: la propiedad sobre aquéllas es de carácter comunal, las tierras no son enajenables, no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles. Con ella, las comunidades tienen un especial lazo pues conforman un elemento material y espiritual del que deben y tienen derecho a gozar, incluso a fin de preservar su legado cultural. Esta significación es resaltada, después, en el voto razonado conjunto por los jueces Cançado Trindade, Abreu Burelli y Pacheco Gómez, en el que se recuerda la importancia vital de la tierra para las comunidades, tanto como medio de subsistencia como lugar sagrado en el que se encuentran los antepasados y las divinidades.

Además, según estatuye la Corte en el párrafo 151 de la sentencia, la carencia de un título real sobre la propiedad de la tierra no es óbice para dar efectos al reconocimiento de la propiedad de los indígenas sobre la tierra, en virtud de la aplicación del derecho consuetudinario, del que se desprende que la posesión de aquella debe bastar para que tal reconocimiento se eleve a oficial.

20 Vid. pár. 144 de la sentencia: *Los "bienes" pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.* Esta definición fue dada por el tribunal en el caso *Ivcher Bronstein*, párr. 122, disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoIvcherBronsteinVsPeru_FondoReparacionesCostas.htm (último acceso 15 de marzo 2015).

21 En este sentido, la Corte invoca su asunto *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*: **Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.**

Y por lo que se refiere a la reclamación concreta sobre la delimitación del territorio del que son propietarios y su titularidad, el hecho probado de que el estado no procediese a su demarcación, supone vulneración de su derecho a la propiedad viéndose pues compelido aquél, a realizar la misma absteniéndose entre tanto de realizar cualquier acto que afectare a la *existencia, valor o uso* de las tierras.

1.3 Sobre el deber de reparación

En base a lo dispuesto en el art. 63.1 de la Convención, apoyada en el principio de derecho internacional de que la violación de una obligación internacional conlleva el deber de reparación adecuado²², la Corte pasa a cuantificarla. Llama la atención el hecho de que, pese haber sido requerido así por la Comisión, no se condene al estado por los daños materiales hacia la comunidad, bajo la alegación de no haber sido probados por ésta. Respecto a daños inmateriales producidos a la comunidad por el hecho de la no delimitación, demarcación y titulación de las tierras, la sentencia obligará a Nicaragua, a efectuar una inversión cuyo monto total establece en 50.000 dólares USA, en bienes y servicios que repercutan en bien de la comunidad. Nos parece también remarcable que la Corte desestime la violación de los artículos referidos al Derecho a la Vida del artículo 4, Protección de la Honra y dignidad, art, 11, Libertad de Conciencia y de Religión, art. 12; libertad de Asociación del artículo 16; Protección a la Familia del artículo 17; Derecho de Circulación y de Residencia, del artículo 22 y del Derechos Políticos del artículo 23, por no haber sido probada la vulneración de los mismos, *por cuanto en su escrito de alegatos finales la Comisión no la fundamentó*²³. Llama esto la atención por cuanto en otras sentencias, la Corte, recurriendo al principio *iura novit curia* examina la vulneración de derechos no invocados o argumentados debidamente por los peticionarios o la Comisión, estableciendo su violación²⁴.

En definitiva, la doctrina que vierte la Corte en esta sentencia supone la afirmación de que los procedimientos para titular y demarcar las tierras, no solo han de existir, sino ser efectivos, lo que alcanza a los procedimientos judiciales, siendo causa de vulneración el retraso injustificado. Y en cuanto a la propiedad, debe destacarse su carácter comunal, la significación material

22 Al efecto, invoca el asunto *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184; *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 29; y *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.

23 Vid. párrafo 157 in fine.

24 El asunto *Moiwana* es un ejemplo claro. En estas líneas no se abordan cuestiones procesales, si bien se apunta ahora el párrafo 107 de la sentencia: *Como se ha señalado tanto en la presente Sentencia (supra párr. 91), como en otros casos, la Corte está facultada, con base en la Convención Americana y a la luz del principio iura novit curia, para estudiar la posible violación de normas de la Convención que no hayan sido alegadas por las partes.*

y espiritual de la tierra, y la no necesidad de título de propiedad a efectos de constatar la existencia de la misma sobre las tierras ancestrales, en virtud del derecho consuetudinario. Ello, servirá de base para pronunciamientos posteriores de la Corte y además, será invocado por la *Corte Africana de Derechos Humanos* y de los *Pueblos*²⁵ al tratar igualmente de los derechos de las comunidades indígenas africanas.

2. Los asuntos *Yakye axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok kásek* contra Paraguay

Los casos que se presentan a continuación tienen una conexión íntima derivada de su referencia a ciertas comunidades indígenas que habitan la misma zona geográfica, el Chaco paraguayo, siendo las reivindicaciones muy similares en cuanto a la violación del derecho a la propiedad de sus tierras y a las vulneraciones de otros derechos, tales como el derecho a la vida o a la protección judicial cuando han pretendido reclamar su derecho ante las vías administrativa y judicial.

Aunque pudiera pensarse que las sentencias recaídas en el segundo y tercer asunto beben del fallo del asunto *Yakye* y de la doctrina en él establecida, adelantamos que la segunda viene a reparar el dictado de la primera en cuanto a la vulneración del derecho a la vida, lo que fuera además objeto de fallo separado concurrente de algunos de los magistrados intervinientes en la causa²⁶. En cuanto al resto de las reclamaciones, la Corte viene a ampliar la doctrina del asunto *Awas Tigni*, mencionado ampliamente el Convenio 169 de la OIT²⁷. Se exponen por orden cronológico a fin de comparar y constatar lo que venimos apuntando.

25 Principalmente en el asunto *ACHPR 276/03, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*.

26 Así, voto separado parcialmente disidente del magistrado Abreu Burelli, voto disidente conjunto de los magistrados Cañado Trindade y Ventura Robles, y Fogel Pedroso, voto parcialmente concurrente y parcialmente disidente.

27 Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 76ª reunión CIT (27 junio 1989) Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169 (último acceso, 30 de marzo de 2015). En el asunto *Awas Tigni*, el Convenio es invocado por el perito Stavenhagen Gruenbaum, no propiamente por la Corte.

2.1 El caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay²⁸

El asunto *Yakye* tiene su origen en la reivindicación que desde el año 1993 venían realizando los miembros de la comunidad *Yakye* respecto a la tierra del Chaco paraguayo que hubieron de abandonar en la década de los ochenta.

Las tierras del Chaco fueron objeto de venta a empresarios británicos a finales del siglo XIX. A principios del siglo XX, se instalan en las mismas ciertas misiones anglicanas (como la Misión *Makxlawaya*) y se establecen estancias ganaderas administradas por tal iglesia. En 1979, se inicia el Programa Herencia a raíz del cual la Iglesia Anglicana promueve el traslado de las comunidades indígenas a las estancias *Sombrero Piri*, *La Patria* y *El Estribo*. El traslado de la comunidad *Yakye* a esta última resultó calamitoso: el hábitat y el *modus vivendi* diferirían enormemente del tradicional habido en las tierras ancestrales del Chaco y a ello se sumaba la marginación sufrida respecto de la comunidad *Makxlawaya* para los que el Estribo era su principal asentamiento; celebrar sus prácticas culturales era de todo punto imposible.

En 1993 inician las acciones tendentes a recuperar su tierra, para lo cual era necesaria su expropiación a las empresas *Florida Agricultural Corporation*, *Livestock Capital Group INC* y *Agricultural Development INC*. No solo se encontraron con la negativa de estas a aceptar la indemnización ofrecida, sino con otra serie de trabas administrativas y políticas. En vista del fracaso de sus reivindicaciones, y de su ocupación sin éxito, la Comunidad se establece en la alambrada de la Estancia Loma Verde, al costado de la ruta que une Pozo Colorado y Concepción, en el Departamento de Presidente Hayes, asentándose al borde de una carretera pública, donde vivían con el peligro del tráfico y en condiciones paupérrimas, careciendo de servicios de salud o de educación básicos. Informes presentados como prueba, ponen de manifiesto las enfermedades y las muertes ocasionadas por el modo de vida que soportaban²⁹.

La Comisión, después de la denuncia presentada el 10 de enero de 2000 por las organizaciones no gubernamentales *Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco Paraguayo* y el *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* y de las correspondientes investigaciones, aprueba informe con fecha 24 de octubre de 2002 durante su 116° Período Ordinario de Sesiones. Tal informe fue transmitido posteriormente al Estado otorgándole un plazo de dos meses a fin de que informara sobre las medidas adoptadas en orden a:

28 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaYakyeAxavsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm (último acceso 15 de marzo de 2015)

29 Véanse parágrafos 50.10 a 50.16 de la sentencia en los que el Tribunal pormenorizadamente detalla los hechos acaecidos.

1. Adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, ordenando delimitar, demarcar y titular sus tierras, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.
2. Garantizar a los miembros de la Comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia.
3. Adoptar las medidas necesarias para que termine el estado de emergencia alimenticia, médica y sanitaria de la Comunidad.
4. Adoptar las medidas necesarias para cautelar el hábitat reclamado por la Comunidad, mientras esté pendiente la titulación del territorio ancestral en favor de la Comunidad Indígena.
5. Establecer un recurso judicial eficaz y sencillo que tutele el derecho de los Pueblos Indígenas de Paraguay a reivindicar y acceder a sus territorios tradicionales.
6. Reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos enunciados.
7. Adoptar las medidas necesarias para evitar que en el futuro se produzcan hechos similares, conforme al deber de prevención y garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana.

El 19 de febrero de 2003, el Estado envió su respuesta a las anteriores recomendaciones tras cuyo análisis, la Comisión presentaría demanda por violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida)³⁰, 8 (Garantías Judiciales)³¹,

30 Artículo 4: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

31 Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana. La sentencia de la Corte acoge la tesis mantenida por la Comisión, si bien no en igual extensión en cuanto al derecho a la vida.

2.1.1 El derecho a las Garantías judiciales y a la Protección Judicial

Partiendo de la doctrina general sobre los derechos fundamentales, la Corte recuerda en primer lugar, que para su interpretación se habrá de tener en cuenta no solo la Declaración Universal de los Derechos y Libertades Fundamentales, sino los demás instrumentos internacionales de protección de tales derechos, ya que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados; en segundo lugar, que 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. Todo ello, ayudaría a la Corte a 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 contemporáneo³².

En cuanto a las garantías judiciales, la Corte viene a reiterar principalmente la doctrina vertida en el asunto anteriormente comentado, *Mayagna Awas*³³, junto con los demás igualmente invocados entonces: *Caso Ivcher Bronstein*³⁴, y *Caso Cantoral Benavides*³⁵. En definitiva, que no basta con que el derecho y el recurso para hacer frente a las violaciones de los derechos fundamentales contenidos en la Convención, existan, sino que tales procedimientos deben ser idóneos, efectivos y suficientes para establecer si se ha incurrido en una vulneración, proveyendo lo necesario para remediarla. Además, su invocación en los procesos debe ser sustanciada de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), lo que se extiende al procedimiento administrativo y cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas, según consagrada jurisprudencia en los asuntos *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *Caso 19 Comerciantes*³⁶, *Caso*

32 A tales efectos invoca los asuntos *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (Corte IDH. **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18**) párr. 120, y el ya citado antes, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párr. 115.

33 **Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.**, párr. 113

34 **Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74**, párr. 136. Vid. infra pp. 16 y 17.

35 **Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69**, párr. 164. Vid. infra pp. 16 y 17

36 **Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120**, párr. 194

Las Palmeras.³⁷ y *Caso Baena Ricardo*³⁸. Aplicando tal doctrina al caso, la Corte vendrá a concluir que el derecho ejecutado para reivindicar de las tierras de la Comunidad es inefectivo y vulnerador de los derechos fundamentales.

Por lo demás, y en cuanto a la violación de los artículos referidos a las garantías judiciales y a la protección judicial se refiere, no encontramos novedosa doctrina.

2.2 El derecho a la vida

Como consecuencia de la imposibilidad para los *Yakye Axa* de vivir en sus tierras y del desplazamiento a que se vieron obligados de hecho viviendo al borde de la carretera en condiciones de vida infrahumanas, fallecieron algunos de los miembros de la comunidad. La falta de atención médica adecuada en tales circunstancias se muestra más que evidente. Una buena descripción de las mismas es detallada en la sentencia, con los testimonios incorporados a la misma³⁹.

La Corte, después de recordar que el derecho a la vida es un derecho básico sin el cual los demás no cobran sentido, establece que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado es la de proteger y garantizarlo, generando condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona, evitando que se produzcan condiciones que la dificulten o impidan, adoptando medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, como los niños⁴⁰. La Comisión y los demandantes alegan el fallecimiento en concreto de dieciséis miembros de la Comunidad *Yakye Axa*.

Sin embargo, la Corte limitará este derecho a la vida que reconoce antes como sagrado al hacer recaer sobre los peticionarios una carga de la prueba que a todas luces y de lo que perfectamente se desprende de la sentencia,

37 Corte IDH. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 60.

38 Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.

39 Como ejemplo, transcribimos parte del testimonio pericial de D. Pablo Balmaceda y su equipo de trabajo: *La comunidad entera se encuentra viviendo por muchos años en la precariedad absoluta, en chozas que ni por su acaso podemos llamar vivienda, en un hacinamiento indescriptible, sin ni una sola excreta en toda la comunidad, sin agua potable, ni siquiera hay agua suficiente para las más elementales necesidades básicas. ... el Estado se encuentra ausente, no existe ni representantes de las autoridades policiales, judiciales ni las asistenciales como las de salud, como podemos constatar en los fallecimientos. Todos fallecieron sin asistencia médica. Los 2 o 3 que pudieron llegar hasta un profesional médico lo hicieron en forma tardía. ...Ante todo esto solo puedo decir que: la Comunidad de Yakye Axa se encuentra en la indigencia total.*

40 Vid. párr. 26 y 27 de la sentencia.

resulta imposible. En definitiva, la Corte no considera probadas las causas de determinados fallecimientos.

En su voto disidente, el magistrado Cançado Trindade, criticando precisamente esta limitación de la violación del derecho a la vida, señala:

(...) En efecto, de la lista que se detalla a continuación, se hace evidente nuestra afirmación anterior, en relación con diez de los dieciséis muertos, respecto de los cuales no existe, a nuestro juicio, duda alguna que fallecieron por falta de atención médica y como consecuencia directa de las condiciones de indigencia total, y verdaderamente infrahumanas, en las que vivían, o sobrevivían...

Coincidimos plenamente con la total observación efectuada por el juez Cançado en su fallo y se debe resaltar la misma en justicia, no solo por la queja expuesta respecto a la carga de la (imposible para los peticionarios) prueba *–diabólica–* de las causas de los fallecimientos, sino por la consideración realizada del derecho a la vida.

Por haberse realizado la consideración de la vulneración del derecho básico de una forma tan limitada, reiteramos nuestra valoración negativa del fallo, por haber estrechado su alcance y máxime cuando en la propia jurisprudencia anterior de la Corte⁴¹ ya existían precedentes en los que se había hecho análisis del derecho a la vida, de forma digna, de una manera más alejada de los formalismos que ahora requiere.

Afortunadamente comprobamos que en la posterior sentencia tal valoración será corregida.

2.3 El derecho a la propiedad

Respecto a la interpretación del artículo 21 y de todos los de la Convención en general, la Corte perfecciona a nuestro juicio la doctrina *Mayagna*. La Corte considera necesaria la invocación del artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴² apelando a la necesidad de acudir a otros

41 Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

42 Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

convenios y tratados internacionales para la correcta interpretación de este precepto y en consonancia con el artículo 29 de la Convención. Cita además el Convenio 169 de la OIT que en el anterior asunto extrañamente tampoco fue recogido en el fallo de la Corte, y si mencionado por el perito Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, Recuerda la necesidad de una interpretación evolutiva⁴³ del *corpus iuris* de los derechos humanos y considera:⁴⁴

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.

En relación a la significación de la tierra para los indígenas, recoge la doctrina anterior establecida en el asunto *Mayagna*, Como novedad, invoca aquí la aplicabilidad, de los artículos 13⁴⁵ y 16.4⁴⁶ del Convenio OIT 169 en relación con el derecho que nace para los indígenas -cuando el retorno a sus tierras no es posible- de recibir otras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de las que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Establece asimismo que cuando los pueblos interesados prefieren recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles con las garantías apropiadas.

Al igual que en el caso anterior, constatando que el derecho a las tierras ancestrales está reconocido en la Constitución del Paraguay, concluye que los procedimientos para hacer efectivo tal reconocimiento son inefectivos,

43 Menciona en este punto el asunto del TEDH en el asunto *Tyrer contra el Reino Unido*, asunto 5856/72, sentencia de 25 de abril de 1978, Serie A nº A 26, párr. 31.

44 Párrafo éste que reproduce desde los asuntos *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y de *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*.

45 Artículo 13 del Convenio OIT 169: los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación."

46 Artículo 16.4 del Convenio OIT 169: Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, debería concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

lo que le lleva a afirmar la vulneración del artículo 21 de la Convención Americana.

2.4 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay⁴⁷

Tan solo un año después, el 29 de marzo de 2006, la Corte fallará el asunto *Sawhoyamaxa*, estrechamente conectado al anterior como ya señaláramos al principio. Se trata de otra comunidad indígena que hubo de abandonar las tierras que habitaba en el Chaco paraguayo.

Dada la similitud fáctica entre ambos asuntos, la propia Corte incorpora las pruebas practicadas en el caso *Yakye*. Los derechos invocados como vulnerados son los mismos, y la doctrina vertida por el tribunal no diferirá respecto a las garantías judiciales y el derecho a la propiedad. No ocurrirá lo mismo con respecto a la interpretación del derecho a la vida.

2.4.1 Las garantías judiciales

La Corte constatará que los procedimientos presentados por las comunidades indígenas⁴⁸ tendentes a la recuperación de sus tierras, reconocimiento de líderes, obtención de personalidad jurídica, y medidas de no innovar solicitadas, sufrieron demoras infundadas. Basándose en la doctrina ya vertida y expuesta de que el retraso injustificado en la administración de justicia constituye violación de las garantías judiciales, y en la inefectividad de los recursos existentes como segundo elemento que pudiera vulnerar el derecho, concluirá la existencia de violación del artículo 25 de la Convención.

2.4.2 Sobre la propiedad de las tierras

Por lo que respecta a la significación del artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad) y en relación a lo que representan las mismas para los indígenas, la Corte vuelve a invocar la aplicabilidad del Convenio 169 de la OIT⁴⁹, ratificado por Paraguay e incorporado a su derecho interno

47 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaSawhoyamaxavsParaguay_fondoReparacionesCostas.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

48 La Comunidad, en el año 1991, comenzó las gestiones para la recuperación de sus tierras ante el Estado, a través del Instituto Paraguayo del Indígena, el Instituto de Bienestar Rural y el Parlamento. Según consta en las actuaciones, el Estado no dio ninguna solución a su caso y el Parlamento rechazó su pedido de expropiación. Para dar cumplimiento a la ley solicitaron reconocimiento de su personalidad jurídica y el de sus líderes al efecto de llevar de forma adecuada los procedimientos necesarios para tal recuperación.

49 *Vid. supra* pie de página 25.

mediante la Ley 234/93⁵⁰ y volverá a la doctrina *Yakye*⁵¹ (recogida del asunto *Maygana*), para señalar que

*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*⁵².

Siguiendo con la cuestión de las tierras, y en particular acerca del título sobre las mismas, recuerda también la Corte la doctrina establecida en los casos *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, y *Caso de la Comunidad Moiwana* a tenor de la cual la simple posesión basta para que las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento de la propiedad, la cual no se pierde por el hecho del abandono forzado o forzoso incluso aunque no se tuviera como reconocida, estatuyendo que si se abandona una tierra por causas ajenas a la voluntad de los indígenas, ello no priva del derecho a la posesión, Así, los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, trasladadas incluso legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Asimismo, reitera la equivalencia entre posesión tradicional y pleno dominio sobre las tierras, y resalta el efecto que tiene tal posesión tradicional sobre el otorgamiento del derecho a exigir el reconocimiento de la propiedad.

En definitiva, no encontramos aportación significativa respecto de este derecho a la propiedad en relación con los asuntos anteriores.

2.4.3 Sobre el derecho a la vida

Comienza la Corte recordando la especial significación de este derecho humano fundamental e inalienable, prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos de la persona⁵³ sin el cual carecen de sentido. Por ello,

50 Ley No. 234/93 que ratifica el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.

51 Vid. par. 97, 112

52 Cf. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 1, párr. 135.

53 Cf. **Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140**, párr. 120; **Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109**, párr. 153; **Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101**, párr. 152; **Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99**, párr. 110, y *Caso de los Niños de la Calle*, antes citado, párr. 144.

no admite enfoque restrictivo del mismo⁵⁴. Este derecho tiene una doble vertiente: 1) negativa: ninguna persona puede ser privada de su vida arbitrariamente, ni puede ser suspendido en el goce de este derecho ni en casos de guerra ni en peligro o amenaza para la independencia o seguridad de los Estados⁵⁵ y 2) positiva: el Estado tiene la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable⁵⁶, la de crear un marco normativo adecuado que disuada de cualquier amenaza al derecho a la vida estableciendo un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida, salvaguardando el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.⁵⁷ Además, y en base a que la mayoría de los fallecidos eran niños de corta edad, recuerda que en materia de derecho a la vida de los niños⁵⁸, el Estado tiene una obligación adicional de promover las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana, el cual dispone que: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”. Lo anterior no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica.

La Corte pone de manifiesto que la “*principal forma que el Estado tenía para trasladar a los miembros de la Comunidad fuera del costado de la ruta*”⁵⁹ pasaba por entregarles sus tierras tradicionales, y si bien es cierto que aquél no les llevó a tal lugar, tampoco adoptó medida efectiva alguna para sacarlos allí, ubicarlos de nuevo en sus tierras y alejarles de las penosas condiciones de vida infrahumana que soportaban, toda vez que el procedimiento administrativo llevado a cabo por los indígenas ni fue rápido ni fue eficaz.

54 Cf. *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros), párr. 144; en este mismo sentido véase *Nachova and others v. Bulgaria application nos. 43577/98 and 43579/98*, TEDH sentencia de 6 de julio de 2005, párr. 94.

55 Cf. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 119.

56 Cf. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, párr. 120.

57 Cf. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párr. 161; *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros), *supra* nota 203, párr. 144, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor”*. **Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112**, párr. 156.

58 En efecto, de la lista que se anexa en la sentencia, se denota que la mayoría de los fallecidos en la Comunidad son niños y niñas menores de tres años de edad, cuyas causas de muerte varían entre enterocolitis, deshidratación, caquexia, tétanos, sarampión y enfermedades respiratorias como neumonía y bronquitis; todas enfermedades razonablemente previsibles, evitables y tratables a bajo costo.

59 Vid. par. 164

La estrecha relación entre la vulneración del derecho a la propiedad, a las garantías judiciales y del derecho a la vida digna queda así puesto de manifiesto.

Como indicamos arriba, esta sentencia viene a reparar el injusto fallo de la sentencia *Yakye* respecto de la violación del derecho a la vida. En esta ocasión la Corte no requiere la prueba (“diabólica” en los términos de Cançado Trindade) cuya carga correspondía a los peticionarios sobre la causa del fallecimiento de determinados miembros de la comunidad.

Pero además, la Corte afirma que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia, y que ésta no puede ser sacrificada por meras formalidades que perjudican la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Esta afirmación, realizada tempranamente en su sentencia⁶⁰, le servirá para no cargar a los peticionarios de una prueba adicional injusta sobre las causas de los fallecimientos.

Y así, el magistrado Cançado, redactará esta vez voto acompañado a la sentencia, del que reproducimos un extracto por su claridad al respecto:

En efecto, esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la / Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay/ (del 17.06.2005), en cuanto a su punto resolutivo n. 4, no solo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, /supra/), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la /Comunidad Indígena Sawhoyamaya/, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.

En una situación como la presente, imponer a la parte ostensiblemente más débil, desprovista de medios de una subsistencia mínimamente digna, un estándar probatorio más alto, equivaldría, a mi modo de ver, a incurrir en el lamentablemente equívoco de la exigencia de una /probatio diabólica/.

2.5 El Caso Xakmok contra Paraguay⁶¹

El tercer asunto relacionado con los indígenas del Chaco Paraguayo es el referente a la comunidad *Xákmok Kásek* que había venido habitando la

⁶⁰ (párr. 29).

⁶¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaXakmokKasekvsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm. Último acceso, 8 de abril de 2015.

“Estancia Salazar”, propiedad a la que fueron desplazados y en la que no podían vivir según su modo tradicional ni ejercer las actividades propias de subsistencia. Al igual que las comunidades *Mayagna* y *Yakye*, comenzaron el 1990 los procedimientos tendentes a recuperar sus tierras ancestrales, y se trasladándose en 2008 a ciertas tierras cedidas por un grupo de comunidades Angaité, tierras que no lograron titular a su favor.

Siendo los hechos acaecidos muy similares a los dos casos anteriores, nos parece que en el caso *Xakmok*, los peticionarios definen con mayor precisión todos los posibles derechos vulnerados. Se invoca la violación del derecho de los niños y de las niñas y el derecho a la no discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por la Convención junto a los ya “clásicos”, del derecho a la propiedad, garantías judiciales y protección judicial, derecho a la vida y a la integridad, y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Además se observa que el tribunal analiza pormenorizadamente cuestiones relacionados con estos derechos que no hemos hallado en los anteriores asuntos.

En cuanto al derecho a la propiedad no encontramos aporte significativo alguno respecto de los casos anteriores, todos los cuales son citados en apoyo de las reclamaciones de las comunidades y al efecto de constatar la violación del artículo 21.

Cuando la Corte analiza la vulneración del derecho a la vida, procede a estudiar no solo la cuestión de la vida *digna* sino que abre dentro de este apartado el análisis de otros aspectos novedosos, como el acceso y la calidad del agua, alimentación y educación. De ahí, el especial interés de la sentencia.

Recurre a los estándares internacionales⁶² y establece las necesidades diarias de agua de una persona, según lo señalado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

Asimismo, examina la insuficiencia de alimentación, y apoyándose en los estudios del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, considera que el contenido básico de este derecho es: “la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades

62 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU. Observación General No. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto), (29º período de sesiones 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002), párr. 12. Ver J. Bartram and G. Howard, "La cantidad de agua domiciliaria, el nivel de servicio y la salud", WHO, 2002. WHO/SDE/WSH/03.02: "Los estimados de las necesidades de las madres lactantes que realizan una actividad física moderada en temperaturas superiores al promedio indican que 7,5 litros per cápita por día atenderían las necesidades de la mayoría de las personas en casi todas las condiciones. Cabe observar que la calidad de esta agua debe tener un nivel tolerable de riesgo". Ver también: P.H. Gleick, (1996) "Basic water requirements for human activities: meeting basic needs", *Water International*, 21, pp. 83-92.

alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables en una cultura determinada”⁶³. La afectación de la salud, y la educación⁶⁴ son objeto también de estudio separado que finaliza con la observación de los fallecimientos ocurridos en la Comunidad. Considera que la afectación de todos estos derechos es consecuencia de la situación estrechamente vinculada a la falta de sus tierras a que se han visto conducidos los miembros de la Comunidad.

3. Casos del pueblo Saramaka y de la comunidad moiwana contra Surinam⁶⁵

En los años 2005 y 2006 la Corte fallará dos asuntos relativos a dos comunidades asentadas en Surinam. Ambas tienen su antecedente en los esclavos africanos que fueron llevados por la fuerza a América durante el siglo XVII. La sentencia reviste interés especial, por cuanto la Corte va a extender los derechos de las comunidades indígenas a las comunidades tribales.

Por lo que se refiere a los hechos acaecidos, en el primero de los casos destaca el ataque perpetrado el día 29 de noviembre de 1986 por miembros de las fuerzas armadas de Suriname al pueblo *N'djuka Maroon* de *Moiwana*. La comunidad fue arrasada y en la masacre murieron más de cuarenta hombres, mujeres y niños. El resto tuvo que huir abandonando sus tierras ancestrales. En el segundo, los hechos que dan lugar a este asunto se refieren al desplazamiento del pueblo peticionario respecto de las tierras que habían venido ocupando como consecuencia de la inundación proveniente de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los años sesenta respecto de la que nunca prestaron consentimiento. Además determinadas concesiones mineras habían sido otorgadas por el estado sin evaluación de impacto ambiental alguna. El plan futuro del Estado pasaba por incrementar el nivel de la reserva para aumentar los suministros de energía, lo que presuntamente causaría el desplazamiento forzoso de más *Saramakas*. Todo ello fue objeto de

63 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General No. 12, de fecha 12 de mayo de 1999. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/420/15/PDF/G9942015.pdf?OpenElement>. Último acceso, 12 julio de 2015.

64 Para tales, invoca el Protocolo de San Salvador, sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, que indica que "la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, artículo 27.1, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observaciones Generales N.º. 13, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10., párr. 50, y N.º. 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21.

65 **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.** Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloSaramakaVsSurinam_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

reclamación por la comunidad ante las autoridades internas en el año 2003, alegando la grave reducción de sus recursos de subsistencia, la destrucción de sus sitios sagrados y la falta de respeto hacia los restos enterrados de los *Saramaka* fallecidos.

Ambos casos presentan en primer lugar determinados problemas de carácter procesal de enorme interés pero que escapan al objeto principal de este estudio⁶⁶. Los derechos invocados como vulnerados son, en ambos, la violación de los artículos 21 (derecho a la propiedad), en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, del artículo 3, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y del artículo 25 derecho a la protección judicial establecido en el de la misma, todos ellos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso *Moiwana*, se invoca además la vulneración del artículo 5, derecho a la integridad física y moral.

Una primera cuestión que se plantea la Corte, diferente al resto de los casos antes expuestos, fue la de determinar si el pueblo *N'djuka Maroon de Moiwana* y la comunidad *Saramaka*, dadas sus raíces no indígenas, escapan a la protección del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho a la posesión colectiva de la propiedad.

Tras el examen de las características de esta comunidad, la Corte llega a la conclusión de que se trata de comunidades tribales, que si bien poseen características sociales, culturales y económicas propias y diferenciadas de otros pueblos indígenas, se asemejan a éstos por la concepción de la tierra y sus recursos como fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros, manteniendo con aquélla una fuerte relación espiritual.

En razón de la consideración como pueblo tribal, entiende aplicable a éstos la jurisprudencia anterior⁶⁷ declarando la necesidad de medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo. Ello, interpretando el artículo 21 de la Convención Americana (protección del derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal)

66 En efecto, se presentaron excepciones preliminares relativas a la falta de legitimación de los peticionarios originales ante la Comisión, la falta de legitimación de los representantes ante la Corte, el no agotamiento de recursos internos, la duplicidad de procedimientos internacionales, y la falta de "legitimación de la Comisión para presentar el caso ante la Corte".

67 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, ya citado, **Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.** *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, ya citado y **Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.**

a la luz del artículo 29b de la misma, que prohíbe interpretar disposición alguna de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión y del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes.

Un problema adicional planteado a la Corte era el de que la legislación interna de Surinam no reconocía el derecho a la propiedad comunal de los pueblos tribales ni había ratificado el Convenio OIT nº 169. Pero Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y le era de aplicación el significado, dado ya, del artículo 21 de la Convención Americana, interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 y 27 del PIDCP, que no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana. En consecuencia, los *N'djuka Maroon de Moiwana* y los *Saramaka* disfrutaban del derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

Los derechos a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en Surinam es objeto de estudio y pronunciamiento en el caso *Moiwana* momento en el que se puso de manifiesto que Surinam no reconocía a dichos pueblos un derecho a tal propiedad comunal, hecho que tanto el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, como la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos, y el Relator Especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ya habían constatado.

En el caso *Saramaka* esa falta de legislación había sido excusada por el demandado alegando, de un lado, la falta de claridad del sistema de posesión de la tierra de los *Saramaka*, en segundo lugar por la complejidad de las cuestiones y en tercer lugar, por el tratar de evitar lo que sería una discriminación respecto a quienes no forman parte de una comunidad tribal o indígena; argumentos frente a los cuales el tribunal constata que 1) el Estado tiene a su alcance los medios para realizar las oportunas averiguaciones, tiene obligación de consultar y solicitar una aclaración sobre ello a fin de cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 21 de la Convención, y 2) que es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida⁶⁸. La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. Para ello se apoya, concretamente en el caso *Saramaka*, en la doctrina del TEDH vertida en el caso *Connors vs. El Reino Unido*, en el que el tribunal de Estrasburgo

68 Vid. párrafo 103 de la sentencia.

declaró que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar los pasos necesarios para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley. Igualmente basa su afirmación en lo previsto en el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, y en la Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, en el que se hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas tendentes a reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

El Estado finalmente se había excusado alegando que la comunidad *Saramaka* podía haber obtenido de los tribunales el reconocimiento del derecho y que en cualquier caso, la ausencia de legislación no implicaba ausencia de reconocimiento y respeto de los derechos de la comunidad tribal.

La Corte delimita y diferencia entre uso de una parte, y control efectivo y derecho a ser propietario, de otro. Recordando la doctrina vertida en los asuntos *Caso de la Comunidad Sarayaku (Sumo) Awas Tingni*, *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa*, reitera que el título de su territorio es necesario a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra⁶⁹; uso y disfrute que debe poderse gozar conforme a sus tradiciones y costumbres y que engloba el derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie⁷⁰. Ello, de acuerdo no solo con la jurisprudencia anterior del tribunal⁷¹, sino bajo la interpretación dada por otros tribunales, como la Corte Suprema de Canadá⁷² y la Corte Constitucional de África del Sur⁷³ o la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁴. Además, las concesiones para la exploración y explotación de los recursos naturales violan el derecho consagrado en la Convención.

La Corte subraya que la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta: “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”, pero su limitación deberá a) estar previamente establecida por ley; b) ser necesaria; c) proporcional y

69 Vid. Parágrafo 115 de la sentencia.

70 Vid. parágrafo 118 de la sentencia

71 *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa*, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*

72 *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201.

73 *Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903 (14 de octubre de 2003), párr. 102.

74 *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párr. 42, 54 y 55.

d) tener el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, criterios establecidos ampliamente por la jurisprudencia⁷⁵ y que desde luego, implican que no cause una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

El Convenio OIT 169, proclama en el artículo 15.2⁷⁶ que

en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Por lo que a la obligación de consulta se refiere, la Corte invoca asimismo el asunto *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs Belice*⁷⁷ o el *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*.

En el caso, las concesiones efectuadas por el demandado no cumplieron estos criterios, como tampoco tuvieron en cuenta la realización de una Evaluación de Impacto Ambiental. Y en consecuencia, se declaró vulnerado el artículo 21 de la Convención Americana.

Otro de los derechos vulnerados en el caso *Saramaka* es el artículo 3 de la Convención; la violación se produce al negar a estos pueblos el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; con ello, las comunidades devienen inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir el derecho comunal a la tierra en calidad de comunidad tribal. La Corte

75 *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 144-145 citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, *Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Cfr., también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 137. CEDH, asunto *Lämsman y otros vs. Finlandia* (*quincuagésima segunda sesión, 1994*), Comunicación No. 511/1992, y Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994.

76 En consonancia con lo dispuesto en este precepto, se citan también el *Comentario General No. 23*, Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, del Comité de Derechos Humanos de la ONU; la *Recomendación General No. 23*, Derechos de los Pueblos Indígenas, el asunto *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

77 *Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*.

considera que este derecho es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.

En ambos asuntos la Corte declara la existencia de vulneración del derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal, así como la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación, de conformidad con los artículos 2 y 1.1 de la Convención, respectivamente⁷⁸

La violación del artículo 5⁷⁹ de la Convención es invocado en el caso *N'djuka Maroon de Moiwana*. La Corte constatará los sufrimientos padecidos por los miembros de este grupo que ni pudo atender debidamente a sus muertos ni acceder a la justicia para que procediera a una investigación efectiva de los hechos acaecidos en 1986.

Nos parece que este asunto pierde interés por el hecho de que la Corte entiende no tener competencia para examinar los hechos del 29 de noviembre de 1986, la masacre acontecida aunque si procede a examinar el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, que traducirá en la obligación de investigar y de obtener una sanción para los ejecutantes⁸⁰ y que alcanzará al impedimento de los miembros de la comunidad *Moiwana* de honrar adecuadamente a sus seres queridos fallecidos. Con ello, el derecho a la integridad, queda conectado con el respeto a su cultura y a la libertad religiosa.

Destaca en general, y en el asunto *Saramaka* en particular, la abundante jurisprudencia invocada. La Corte, aparte de referirse a su propia doctrina de los casos anteriores, añade nuevas referencias de la jurisprudencia nacional, como la de la Corte Suprema de Canadá en el asunto *Delgamuukw* de 1997⁸¹, o la del asunto *Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v.*

78 Párrafo 175 de la sentencia.

79 Artículo 5: "[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

80 Los N'djuka creen que su espíritu no podrá descansar en paz hasta que se haga justicia. Mientras que la ofensa siga sin sanción, el espíritu de la víctima - y posiblemente otros espíritus ancestrales - pueden atormentar a sus familiares vivos.

81 Puede encontrarse esta sentencia en <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp459-e.htm>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

Richtersveld Community and Others de 2003⁸², de la Corte Constitucional de África del Sur; jurisprudencia regional, como la de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, caso de los *Endorois* de 2001⁸³, y finalmente, internacionales, como la de los asuntos relativos de comunidades indígenas de Finlandia, *Länsman y otros vs. Finlandia*⁸⁴ o los asuntos *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*⁸⁵ y *Iván Kitok vs. Suecia*⁸⁶

Las referencias a los textos de derecho internacional también son muy frecuentes; así, al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Relator Especial de la Comisión de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y al Banco Mundial.⁸⁷

4. Caso pueblo indígena kichwa de sarayaku contra Ecuador⁸⁸.

El Pueblo *Kichwa* de *Sarayaku* habita en la región del Ecuador Amazónico, en una de las zonas de mayor biodiversidad en el mundo. Su *modus vivendi* se caracteriza porque viven de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Tal y como refiere la sentencia⁸⁹,

de acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la

82 Disponible en <https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/9253/Richtersveld%20Case.pdf?sequence=1>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

83 Disponible en <http://www.achpr.org/communications/decision/276.03/>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

84 Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws511.htm>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

85 ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000

86 Disponible en <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/05/Kitok-vs-Suecia.pdf>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

87 *Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10)*.

88 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador_FondoReparaciones.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

89 Vid par. 57 de la sentencia.

naturaleza tienen espíritus (Supay), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares. Únicamente los Yachaks pueden acceder a ciertos espacios sagrados e interactuar con sus habitantes.

En la década de los sesenta el Ecuador comenzó una serie de actividades hidrocarburíferas que condujeron al descubrimiento de importantes reservas de crudo en la región amazónica del Ecuador. Al efecto de explotárlas, el estado adjudicó con fecha 12 de mayo de 1992 el territorio de la Comunidad *Sarayaku* bajo ciertas condiciones entre la que se encontraba la que “a) *La presente adjudicación se inspira en el triple propósito de proteger los ecosistemas de la Amazonía ecuatoriana, de mejorar las condiciones de vida de los miembros de las comunidades indígenas y de precautelar la integridad de su cultura*”.

Para la realización de actividades de prospección y explotación, se contrató al consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. En el marco de las obligaciones del contratista se establecían, entre otras, la elaboración de un *Estudio de Impacto Ambiental* que nunca llegaría a implementarse. Desde tal fecha se produjeron sucesos graves como resultado de la negativa del pueblo *Sarayaku* a las actividades en cuestión y la decidida actuación de la empresa, cuyos trabajadores fueron protegidos por Fuerzas Armadas; tal y como consta en el párrafo 105 de la sentencia. Algunas de aquellas se describen como sigue

la empresa abrió trochas sísmicas (...) habilitó siete helipuertos (...) destruyó cuevas, fuentes de agua, y ríos subterráneos, necesarios para consumo de agua de la comunidad; taló árboles y plantas de gran valor medioambiental, cultural y de subsistencia alimentaria de Sarayaku (...) la entrada de helicópteros destruyó parte de la denominada Montaña Wichu kachi, o “saladero de loras”, lugar de gran valor para la cosmovisión del Pueblo Sarayaku (...) Los trabajos de la petrolera ocasionaron la suspensión, en algunos períodos, de actos y ceremonias ancestrales culturales del Pueblo, tales como la Uyantsa, su festividad más importante que tiene lugar cada año en febrero, y la línea sísmica pasó cerca de lugares sagrados utilizados para ceremonias de iniciación de joven a adulto.

El asunto fue llevado al Defensor del Pueblo y ante los tribunales en recurso de amparo sin resultado positivo alguno.

En el caso *Sarayaku*, la vulneración del derecho a la propiedad comunal indígena es igualmente epicentro alrededor del cual se producen el resto de violaciones, tales como las del derecho a informar, a la tutela judicial efectiva y a la vida e integridad de las personas.

Fiel a su estilo, parte la Corte de la consideración del artículo 21 de la Convención Americana, y para determinar el alcance de este precepto evoca su jurisprudencia anterior vertida en el *Caso de la Comunidad Sarayaku (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa Vs. Paraguay* y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. En consecuencia, recuerda que la Convención Americana protege la estrecha vinculación entre los pueblos indígenas y sus tierras, que entre ellos existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra distinta de la concepción clásica de la misma, y por la cual, la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad, que el uso y disfrute de los recursos naturales de la tierra son elementos imprescindibles para la supervivencia de estas comunidades y para la protección de su particular cosmovisión e identidad cultural y espiritual.⁹⁰

En cuanto a la posibilidad de imponer limitaciones a este derecho, el Tribunal vuelve a retomar la sentencia *Yakye Axa Vs. Paraguay*, y el *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, para volver a establecer que aquéllas deben ser admisibles, necesarias, proporcionales, establecidas por ley y con un fin legítimo que no implique denegación de la subsistencia como pueblo.

En el caso presente, se estima que el Estado debió garantizar el derecho a la consulta de los planes, la realización de un estudio de impacto ambiental y como forma de indemnización, la de compartir razonablemente los beneficios obtenidos.

El derecho a la consulta está reconocido en las constituciones de los estados, en determinadas disposiciones internas de éstos y en instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, ampliamente mencionado; es necesario para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal. Pero la consulta, no debe agotarse en un mero trámite formal sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación” que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas” debe realizarse a través de procedimientos culturalmente

90 Como refiere el párrafo 150 de la sentencia, para esta comunidad “*Sarayaku es una tierra viva, es una selva viviente; ahí existen árboles y plantas medicinales, y otros tipos de seres*”. (...) “*En el subsuelo, ucupacha, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí (...) El caiyacha es donde vivimos. En el jahua pacha vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso (...) No sé cuántos pachas hay arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al jahua pacha. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá*”.

adecuados⁹¹, en conformidad con sus tradiciones, asegurándose del total conocimiento de los posibles riesgos.

Como se apuntó arriba, la vulneración del derecho a la propiedad comunal y el derecho a la consulta afecta a otros derechos, a la identidad social y cultural de estas comunidades, derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. El tribunal basa esta afirmación en el meritado Convenio N^o 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales de la UNESCO⁹² y en la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, vertida en el caso *Endorois*, Comunicación No. 276/2003 de noviembre de 2009, que había citado en el caso anterior, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías⁹³, finesas, también señalados por primera vez en el asunto *Saramaka*.

Se consideran vulnerados en este caso, el deber del Estado de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para cumplir con los derechos previstos en la Convención, el derecho a un juicio justo y el derecho a la vida e integridad de las personas.

5. El asunto de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros versus Panamá⁹⁴

Como consecuencia de la construcción de un Complejo Hidroeléctrico en el área del Bayano, habitada por las comunidades indígenas, éstas se vieron obligadas a trasladarse a otras áreas. En compensación por el despojo de sus territorios ancestrales les ofrecieron el otorgamiento y titulación de nuevas tierras, de mejor calidad y mayor cantidad; y el pago de indemnizaciones

91 El Convenio N^o 169 de la OIT dispone que "los gobiernos deberán [...] consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas"[264], así como tomar "medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces".

92 Así, la *Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural del año 2001*; *UNESCO Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to it*; la *Declaración de México sobre las políticas culturales*; la *Conferencia mundial sobre las políticas culturales*; la *Convención de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, de 15 de noviembre de 1989, y *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, de 20 de octubre de 2005.

93 *Chapman v. the United Kingdom* (no. 27238/95 ECHR 2001-I) y *Gorzelik and others v. Poland* (no. 44158/98, párr. 92, 17 de febrero de 2004)

94 **Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas 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. Serie C No. 284.** Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf. Último acceso, 13 de abril de 2014

económicas por la pérdida de tierras, cultivos y animales. En la década de los noventa, algunos colonos irrumpieron en las tierras ocupadas por las comunidades que no habían sido objeto de delimitación y demarcación, a pesar de las acciones llevadas a cabo por las comunidades. En el momento de presentar la demanda ante la Comisión Interamericana⁹⁵, tan solo la comunidad Kuna había conseguido aquélla, no así los Emberá. Ninguno, había percibido la indemnización acordada.

Los derechos invocados como vulnerados son nuevamente el relativo a la propiedad, y las garantías judiciales. Examinamos el primero por ser el que más relevancia jurídica puede tener por la cuestión relativa a las indemnizaciones.

5.1 El derecho a la propiedad

Con respecto a la violación del derecho a la propiedad y del deber de adecuar el derecho interno, la Corte evoca la jurisprudencia *Sarayaku*, *Mayagna*, *Yakye*, *Moiwana* y *Xakmok Kásek*. Ello le sirve para reiterar la forma comunal de la propiedad de la tierra que pertenece al grupo, la vinculación de los indígenas a la tierra y sus recursos naturales que representan no solo necesidad material sino espiritual, la posesión tradicional de las tierras como título equivalente al de pleno dominio que otorga derecho a exigir reconocimiento oficial de su propiedad y registro, de lo que deriva el deber del estado de proceder al reconocimiento, demarcación y titulación de las tierras. Cuando la posesión no fuere ancestral y prolongada, por haber tenido que abandonarlas forzosamente, el reconocimiento de la propiedad colectiva se habría de realizar tan pronto como el estado procediera a la

95 Tal y como relata el representante de la Comisión en el acto de juicio oral, “los pueblos Kuna y Embera han sufrido violaciones del derecho a la propiedad colectiva desde los años setenta, profundizada en cuatro décadas de forma continua y permanente y así, la Corte es competente. Panamá ha omitido los acuerdos de pago derivados de las indemnizaciones económicas por el despojo e inundación de las tierras ancestrales de los dos pueblos como consecuencia de la construcción de la hidroeléctrica en 1973, la falta de indemnización y pago renueva de forma permanente la afectación a la propiedad colectiva de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano. Panamá omitió reconocer, titular y demarcar las tierras de los kuna por un largo periodo de tiempo: es así que desde el despojo hasta 2010 no procedió a un reconocimiento legal. En el caso de los Embera de Bayano, han pasado cuarenta años desde el despojo de sus tierras ancestrales e inundación y el estado ha omitido reconocer, titular demarcar las tierras y territorios que han venido usando y ocupando... También omitió el deber de deber garantía y de protección de su derecho a la propiedad colectiva al no prevenir ni responder a la invasión de colonos en las tierras, territorios y recursos naturales usados y ocupados por ambos pueblos Los Kuna y Embera no contaron con recursos judiciales efectivos ni para acceder a la propiedad territorial, ni para tener respuesta eficaz frente a injerencias de terceros en sus tierras territorios y recursos naturales que persisten. Y respecto de los que los kuna tienen reconocidos, no puede ejercer de forma efectiva su derecho a la propiedad colectiva por la presencia continua colonos. El pueblo Embera de Bayano espera aun el reconocimiento, demarcación, titulación demarcación de sus tierras, también afectada x invasiones. El caso es una oportunidad para dar aplicación ara dar cumplimiento al estándar del que se deriva que Del 21 deriva obligación de reparar e indemnizar frente afectaciones irreversibles a las tierras y territorio ancestral. Núcleo central de este análisis es la Forma en que el incumplimiento es violación de la propiedad colectiva, que es continua y permanente. Profundizar también en la jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hay jurisprudencia clara sobre reconocimiento, demarcación y titulación...este caso es un reflejo de la forma en que el reconocimiento tardío en kuna es inexistente en Embera (...) profundiza la vulnerabilidad y desprotección frente actos de terceros. Concluye Llamando la atención sobre los efectos que las múltiples violaciones a la propiedad colectiva tienen sobre los medios de subsistencia, vida social y cultural de ambos.

asignación de nuevas tierras. El incumplimiento de todo ellos, sería causa suficiente para constatar la violación del uso y goce de los bienes de los indígenas.

Añadiendo los asuntos *Saramaka* y *Sawhoyamasa*, recuerda la doctrina acerca de las garantías judiciales del cumplimiento de los derechos previstos en la Convención americana, el derecho al recurso judicial en caso de vulneración de cualquiera de ellos, que deviene de la regla general del artículo 1.1 de la misma que proclama la obligación de los estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos en ella reconocidos. En el caso de las comunidades indígenas, tal recurso, no solo debe existir, sino que tiene que ser: 1) efectivo, en aras a establecer la existencia o inexistencia de una violación proporcionando debida reparación, 2) rápido, 3) sencillo y 4) adecuado a las particularidades propias de éstos, a sus características económicas y sociales y a su situación de especial vulnerabilidad, y 5) respetuosa con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Acogiendo las alegaciones de la Comisión declarararía la existencia de vulneración del derecho a la propiedad y garantías judiciales. Y hasta aquí no parece hallarse peculiaridad alguna en este fallo. Sin embargo, puede reseñarse como aportación, que cuando el tribunal falla sobre el pago de las indemnizaciones acordadas, acoge la excepción presentada por el estado, incompetencia *rationae temporis*, y limitará tal obligación desde el momento en que Panamá reconoce la competencia del tribunal, es decir, desde en 1990, decisión que provoca el voto disidente parcialmente del magistrado Ferrer Mac-Gregor Poisot.

El desacuerdo del juez gira en torno a la exclusión del impago de indemnizaciones. Se lamenta de la pérdida de la oportunidad de haber completado así las garantías del artículo 21. Para el magistrado, no es aquél un hecho instantáneo y en consecuencia no puede operar la excepción planteada. Recurriendo al derecho internacional, invoca la distinción realizada por la Comisión de Derecho Internacional en sus *Artículos sobre la responsabilidad del Estado*, concretamente en el artículo 14 y siguientes, donde la *International Law Commission*⁹⁶ distingue entre hechos continuados, instantáneos y compuestos. Constata, en primer lugar, la vulneración del derecho a la propiedad como acto continuado, lo que parece lógico. Para ello, invoca la jurisprudencia del TEDH que determina la existencia de situaciones continuadas en casos en donde existen 1) *impedimentos para que el dueño de la propiedad pueda hacer*

96 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Vid. <http://www.un.org/law/ilc/>. Puede consultarse el texto de los *Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados* con comentarios en http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Últio acceso, 23 de abril de 2015.

uso y disponer de la propiedad⁹⁷, 2) falta de acceso a la propiedad⁹⁸, 3) expropiación de facto⁹⁹, 4) la falta de pago de indemnización compensatoria debido a la pérdida de propiedad cuando es así señalada por las leyes nacionales¹⁰⁰. (...) y 5) cuando y si legalmente existe el deber de compensación, la falta de la misma si puede llegar a constituir una situación continuada.¹⁰¹ El asunto principal estudiado será el caso *Loizidou v. Turquía* y *Chipre v. Turquía*. Otros igualmente invocados para reforzar su voto, serán los asuntos *Papamichalopoulos y otros Vs. Grecia*¹⁰², *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão y otros Vs. Portugal*, *Broniowski Vs. Polonia*, *McFeely y otros Vs. Reino Unido*, *Phocas Vs. Francia*, y *Cvijetic Vs. Croacia*¹⁰³ y *Crnojevic Vs. Croacia*¹⁰⁴.

Teniendo, pues, precedentes suficientes en los cuales basar la idea de que la expropiación realizada de las tierras de las comunidades peticionarias puede ser considerada como un hecho continuado, y tras advertir no obstante que ello no puede ser aplicado a todos los casos de forma absoluta, advierte que en el presente caso se está ante una *situación continuada por un hecho compuesto relativo al incumplimiento del pago de la indemnización*—, dejando en desventaja a grupos de personas y comunidades que esta misma Corte ha reconocido como poseedores de una protección particular por parte del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰⁵.

Conclusiones

Tras el estudio de la jurisprudencia relativa a la protección de los derechos de las comunidades indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podemos establecer que los casos han girado fundamentalmente sobre la violación del derecho a la propiedad, tras el despojamiento de las tierras ancestrales en razón del interés por la explotación de las tierras con fines comerciales por parte del estado y de empresas privadas, y del consiguiente traslado a otras tierras que ha significado una ruptura con su medio natural de subsistencia material y espiritual. A partir de estos hechos, y de la consiguiente vulneración del derecho a su propiedad y sus recursos,

97 ECHR, *Vasilescu v. Romania*, no. 27053/95, §§ 48-59, 22 May 1998.

98 ECHR, *Loizidou v. Turkey*, no. 15389/89, 8 December 1996.

99 ECHR, *Guiso-Gallisay v. Italy*, no. 58858/00, 8 December 2005.

100 ECHR, *Broniowski v. Poland*, no. 31443/96 [GC], 22 June 2004.

101 Véanse los casos *Almeida Aarrett, Aascarenhas Falcao and others v Portugal* y *Broniowski v Poland*.

102 ECHR, *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece* (Application no. 14556/89), 24 June 1993.

103 ECHR, *Cvijetic v. Croatia*, no. 71549/01 (dec.), 3 April 2003.

104 ECHR, *Crnojevic v. Croatia*, no. 71614/01 (dec.), 29 April 2003.

105 Vid. pp. 23 y 24 del voto disidente.

se produce en cascada la violación de otros derechos fundamentales, como el de las garantías judiciales y protección judicial, al incoar los oportunos procedimientos de recuperación de las tierras o de demarcación y titulación de nuevas; o el derecho a la vida e integridad física y moral, al haberse tenido que reasentar en territorios no aptos para el normal desarrollo de sus vidas y costumbres afectando al derecho a la cultura, al respeto a su identidad, y a la libertad religiosa.

La Corte ha ido invocando su propia jurisprudencia en todos los asuntos y si bien el primer asunto adolece de falta de referencias internacionales, después de la incorporación del Convenio OIT en el asunto *Yakye*, no ha dudado en mencionar cuerpos normativos internacionales y jurisprudencia de otros tribunales regionales, como el europeo o el africano e incluso de tribunales nacionales, al haber entendido que la interpretación de los derechos fundamentales pasa por la consideración del derecho internacional de los Derechos Humanos como *corpus iuris* integrado por *instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)* sin olvidar su carácter evolutivo.

La doctrina más elaborada de la Corte es la que se refiere al derecho a la propiedad, lo que se manifiesta desde el asunto *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, en los términos señalados principalmente en este asunto. El tribunal ha ido desarrollando y perfeccionando a través de los diferentes asuntos, una riquísima doctrina que ha entendido aplicable no solo a las comunidades indígenas sino a las tribales.

Quizás haya sido en la valoración del derecho a la vida donde hemos encontrado más aspectos a criticar y que hemos mencionado, pero que la propia Corte ha reparado. Así, el asunto *Yakye* en relación con el asunto *Sawhoyamaxa*. A partir de este fallo, el tribunal profundiza en el estudio de todos los aspectos conectados con la vida de las comunidades indígenas y tribales, analizando la dignidad, la salud, el derecho al agua, a la alimentación y a la educación. El asunto *Xakmok* nos parece el mejor exponente en este sentido.

Por último, respecto a las garantías judiciales y a la protección judicial subrayaremos para concluir, la importancia, más allá de que existan procedimientos para hacer efectivas las reposiciones a las violaciones de los derechos, de que éstos sean eficaces, lo que incluye que el procedimiento se sustancie de forma ágil y cercana para estas comunidades.

Sabemos que no todas las comunidades de los casos presentados han obtenido a día de hoy satisfacción después de los fallos pronunciados, pero sin duda, la Corte ha contribuido enormemente a la protección de los derechos de las comunidades indígenas a través de la doctrina estatuida.

Referencias

ECOSOC *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* 1982/34, 28ª Sesión plenaria, 7 de mayo de 1982. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/767/05/IMG/NR076705.pdf?OpenElement>. Último acceso 15 de marzo de 2015.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadMayagnaVsNicaragua_FondoReparacionesCostas.htm (último acceso 15 de marzo de 2015).

_____. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 90; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70 párr. 191; y Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125

_____. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 136; Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69 párr. 164; y Corte IDH. Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50, párr. 102.

Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 76ª reunión CIT (27 junio 1989) Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169 (último acceso, 30 de marzo de 2015). En el asunto Awas Tigni, el Convenio es invocado por el perito Stavenhagen Gruenbaum, no propiamente por la Corte.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaYakyeAxavsParaguay_FondoReparacionesCostas.htm (último acceso 15 de marzo de 2015).

_____. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79., párr. 113

_____. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136. Vid. infra pp. 16 y 17.

_____. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 164. Vid. infra pp. 16 y 17.

_____. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 194

_____. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 60.

_____. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

_____. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoComunidadIndigenaSawhoyamaxavsParaguay_fondoReparacionesCostas.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

_____. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120; Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 153; Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152; Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 110, y *Caso de los Niños de la Calle*, antes citado, párr. 144.

_____. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloSaramakaVsSurinam_ExcepcionesPreliminaresFondoReparacionesCostas.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

_____. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, ya citado, *Caso* Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Serie C No. 146, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, ya citado y Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

_____. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador_FondoReparaciones.htm. Último acceso, 13 de abril de 2015.

Ley No. 234/93 que ratifica el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.

ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000 Disponible en <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/05/Kitok-vs-Suecia.pdf>. Último acceso, 23 de abril de 2015.

Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10).