

ESTUDIO



Noviembre 2011

Institut de recherche et  
débat sur la gouvernance

Institute for Research and  
Debate on Governance

Instituto de investigación  
y debate sobre la  
gobernanza

# El método intercultural de elaboración de la jurisprudencia: instrumento privilegiado para un enfoque plural de los derechos humanos

**El caso del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**

Por **Melisa López**, doctoranda en Derecho Público, CERDHAP

**p.5**  
Introducción, por Séverine BELLINA (IRG)

---

parte **1**  
**p.9**  
Dispositivo institucional y normativo  
del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

---

parte **2**  
**p.13**  
El multiculturalismo en el centro del sistema interamericano  
de los derechos humanos

---

parte **3**  
**p.17**  
Los dos ejes fundamentales del método utilizado  
en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

---

parte **4**  
**p.21**  
Una jurisprudencia innovadora, fuente del Derecho Internacional  
en materia de los derechos humanos: hacia un enfoque plural

---

**p.33**  
Conclusiones, por Séverine BELLINA (IRG)

---

**p.35**  
Bibliografía

**p.39**  
Índice

---



## **Acrónimos**

**CADH:** Convención Americana sobre Derechos Humanos

**CEDH:** Corte Europea de Derechos Humanos

**CERDHAP:** Centro de Estudios e Investigación sobre el Derecho, la Historia y la Administración Pública

**CIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**OEA:** Organización de Estados Americanos

**ONG:** Organización No Gubernamental



## Introducción

*“Dime como piensas el mundo, te diré como piensas el Derecho”*

Michel ALLIOT, 1989

*“El derecho de la gobernanza ya no puede ser pensado en los términos que había sido pensado el derecho clásico, los de la Modernidad”*

Ghislain OTIS, 2010

### **En el centro de las mutaciones de la acción pública: la concepción del derecho**

#### **Del derecho de la Modernidad: el Estado única fuente de la juridicidad**

En el marco del pensamiento “moderno” del Estado, el derecho se desarrolla como modo privilegiado de la regulación y de la unificación del pluralismo social. Se considera que tiene una fuente principal, o única: el Estado. La articulación de las normas se piensa de manera piramidal y jerárquica. Toda regulación debe ponerse en conformidad con el derecho estatal. La legitimidad de una norma resulta de su mayor o menor conformidad con la norma superior, o sea su legalidad. De esta manera, la modernidad se inscribe en una perspectiva mono céntrica (el Estado como única fuente de derecho) y monista (las normas se articulan de acuerdo a su conformidad con el Estado) ya que sólo cuentan el reconocimiento estatal y la unificación por medio del derecho estatal. Es sobre este modelo que se han construido la arquitectura institucional y la normativa internacional - en el marco de los sistemas interestatales como las Naciones unidas, la Unión Europea, la Organización de Estados Americanos, etc. - y que se han elaborado las convenciones internacionales.

Sin embargo, ese prisma mono céntrico no refleja la realidad de las prácticas del derecho y de la regulación social. En efecto, cabe constatar que existen otros derechos fuera del derecho estatal – situación de pluralismo jurídico -, tales como el derecho consuetudinario, el derecho musulmán, el derecho internacional, etc. Es más, la regulación jurídica no es la única – situación de pluralismo normativo -, ni siquiera la más movilizadora (más de 90% de los conflictos territoriales en Mali se regulan por la costumbre y este ejemplo está lejos de ser una excepción) para la regulación social. Ese desajuste entre el derecho formal y real lleva, en la mayoría de los casos, a una creciente ineficacia y a un debilitamiento del sistema estatal causando a veces su mal funcionamiento, inclusive su fracaso, frente a otras regulaciones desarrolladas “fuera” de la ley pero que responden a las necesidades de las poblaciones.

Esta constatación también existe a nivel internacional, particularmente en el campo de los derechos humanos en donde el sistema de normas internacionales, regionales y nacionales es a veces fuertemente criticado al ser visto como una imposición de los Estados occidentales al resto del mundo. Se invocan las culturas y modos de regulación locales, particularmente los tradicionales y religiosos, contra esta normativa internacional cuya dimensión universalista se califica de imperialista.

### **Del derecho en los tiempos de la gobernanza: el pluralismo normativo**

Es así como los analistas, expertos y practicantes de la gobernanza democrática han aumentado su interés por la legitimidad en los últimos años. El tema de la efectividad, es decir de la eficacia social, de las instituciones y de las normas se convirtió de esta manera en un punto clave. Obliga a considerar la diversidad de las regulaciones practicadas en una sociedad, una política o una situación particular. Tomar en cuenta el pluralismo es consubstancial a la coproducción de las políticas públicas por una diversidad de actores (Estado, sociedad civil, etc.), proceso que caracteriza a la gobernanza democrática, particularmente en el marco de los procesos de participación que se desarrollan en todas las regiones del mundo, del nivel local al nivel mundial. Sin embargo, todavía en muchas ocasiones, este reconocimiento del pluralismo se realiza tomando el Estado nación como referencia jurídico-política central. Por consiguiente, dentro de estos enfoques pluralistas, si se reconocen los otros sistemas normativos o jurídicos, estos son incorporados (por legalización, codificación, etc.), inclusive a veces deformados, recodificados o despojados de sus significaciones socioculturales, en el derecho positivo del Estado, sin que este evolucione en su naturaleza intrínseca. En efecto, las regulaciones también son portadoras de valores subyacentes que dan a las normas sus significaciones sociales y su rol en la regulación social. Estos valores no son inamovibles, evolucionan, especialmente por los roces cotidianos que tienen con los valores fundadores de los otros sistemas. Sin embargo, en la mayoría de los casos, según la perspectiva descrita aquí, sólo se integran en el derecho moderno del Estado las normas, que además son transcritas en códigos nuevos, y estas se fundan en valores correspondientes a otro sistema normativo (el del Estado moderno). En vez de favorecer las interacciones constructivas entre valores, esto puede llevar a inmovilizarlos, uno al lado del otro, o frente a frente. Sólo se reconoce la diversidad de las regulaciones a través del prisma y de los códigos de un solo sistema, el del Estado moderno. Por consiguiente, el reconocimiento y/o la incorporación de esas diferentes fuentes normativas en la legalidad oficial no son suficientes para traducir el “tipo de preferencias y de prácticas culturales que sustentan la legitimidad política”. (G. Hyden, 1992). De esta manera sigue consolidándose el abismo entre instituciones y poblaciones. No se trata de ninguna manera de cuestionar el

Estado en su valor de autoridad política suprema, sino justamente de pensar en su refundación para reforzar su anclaje sociológico y para que se convierta en una encarnación real del pluralismo social. Es el cambio de paradigma que permite el enfoque plural, más allá de que se tome en cuenta el pluralismo.

### **La apuesta del pluralismo normativo: pensar el Estado de derechos**

La integración de la diversidad de las regulaciones practicadas en una sociedad debe salir del prisma monista de la regulación estatal para reconocer la policentricidad de la acción pública y del poder. Esto requiere dejar atrás el pensamiento del Estado moderno para adaptarlo a la gobernanza democrática: la regulación aplicada por el Estado ya no tiene la vocación de integrar la diversidad en la unidad (Estado de derecho) sino de favorecer las dinámicas constructivas favorables a la unidad en la diversidad (Estado de derechos). El derecho estatal o proveniente del sistema interestatal, centro de la articulación de los otros derechos, se concibe entonces como un derecho híbrido, cambiante y plural. Resulta de las interacciones entre los sistemas normativos diferentes (competencia, hibridación, exclusión, complementariedad, etc.). Estas interacciones -la internormatividad – se encuentran en el centro del enfoque plural. Por consiguiente, adoptar un método plural equivale a ver las reformas institucionales, las normas y la regulación producidas por el Estado, o a nivel infra o supra estatales, como el resultado de mestizajes o hibridaciones, según las dosificaciones y criterios específicos de cada contexto.

Jean Carbonnier decía sobre ese tema que cada sociedad califica o no de jurídicas las reglas de comportamiento ya integradas en otros sistemas normativos como la moral o la religión, en función de la visión que tiene del mundo y de ella misma. El enfoque plural lleva entonces la reflexión al método intercultural: “*Querer traer al otro a su sistema o a su visión (...) no corresponde a una actitud pluralista*” (C. Eberhard). Esta visión del derecho permite superar la simple expresión de la legalidad (en el sentido del derecho moderno) y salir de un enfoque del derecho únicamente focalizado en el Estado, para ir hacia una concepción “derecho-sociedad” que tome en cuenta el anclaje social del Estado.

### **Los lugares del pluralismo normativo: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un “laboratorio viviente”**

Siguiendo este enfoque, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en este caso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye un prototipo, por el método intercultural en el que se basa, del enfoque plural. La articulación de los instrumentos internacionales, especialmente las convenciones internacionales de los derechos humanos, con los contextos locales o inclusive nacionales, llevó a los magistrados a

tomar en cuenta una diversidad de concepciones frente a lo que constituye el derecho y la justicia. Este método induce la aceptación que otras prácticas sociales existen. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos debía entonces tomarlas en cuenta, particularmente en el momento de definir la naturaleza de lo que constituye una violación de los derechos y su reparación, con el fin de satisfacer el sentimiento que se hizo justicia, propio a las comunidades implicadas.

Fueron la movilización de las diferentes normas internacionales que reconocen la diversidad, el conjunto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el reconocimiento constitucional del multiculturalismo en América latina, así como la intervención de los diferentes actores (jueces, abogados, consultores, representantes de las comunidades indígenas) en el procedimiento, los que permitieron a la CIDH poder aplicar el principio<sup>1</sup> según el cual las normas internacionales de los derechos humanos son “instrumentos vivientes”<sup>2</sup>. Su interpretación debe evaluarse en función de la evolución de las condiciones de vida<sup>3</sup>. Por consiguiente estas normas deben adaptarse e interpretarse según el contexto en el cual se aplican<sup>4</sup>.

A continuación proponemos exponer de manera descriptiva lo que caracteriza al método intercultural desarrollado en el sistema interamericano de los derechos humanos. Se trata de entender bien lo que lo caracteriza y hace de él un verdadero vector de la elaboración plural del derecho. Luego podremos hacer dialogar este método con otros contextos para desarrollar otros instrumentos y enriquecer la “caja de herramientas” del derecho de la gobernanza democrática legítima.

Analizaremos en la primera parte el dispositivo institucional y normativo del sistema interamericano de derechos humanos y luego, en la segunda parte, el contexto multicultural específico del continente – elemento central de este dispositivo. En la tercera parte examinaremos cada una de las etapas del método plural.

---

<sup>1</sup> Principio establecido –pero no aplicado– por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH).

<sup>2</sup> Este principio se estableció en los casos *Johnson y otros Vs. Irlanda* (N° 9697/82), fallo del 18 de diciembre de 1986, y *Pretty Vs. Reino Unido* (N°2346/02), fallo del 29 de abril de 2002, CEDH.

<sup>3</sup> Opinión consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, Serie A No16, para. 114. "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal."

<sup>4</sup> Con esta fuerte interpretación del principio establecido por la CEDH, la CIDH abre el camino a una jurisprudencia en la cual la CEDH no incursionó. En efecto, la jurisprudencia de esta última jurisdicción es más moderada en materia de interpretación cultural pues dejó en manos de los Estados y del juez nacional la resolución específica de sus problemáticas socioculturales.



# 1 Dispositivo institucional y normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue instaurado por la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>5</sup>. Está fundamentado en dos instrumentos normativos principales: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>6</sup> (DADH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>7</sup>. Está compuesto por dos instituciones: la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (que de ahora en adelante se denominará “la Comisión”), con sede en Washington, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en San José, Costa Rica<sup>8</sup>.

## 1.1 La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH fue creada en 1979 con el objetivo de aplicar e interpretar las disposiciones de la CADH. Dentro de esta perspectiva, la Corte ejerce al mismo tiempo funciones consultativas (de consejo) y contenciosas. En el primer caso, la CIDH emite opiniones sobre temas de interpretación jurídica sometidos por otros órganos de la OEA o un Estado miembro. En el segundo caso, la Corte escucha y resuelve los casos específicos de violaciones a los derechos humanos que le son sometidos por la Comisión o por un Estado miembro. En efecto, a diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), los ciudadanos no tienen la autorización de llevar un caso directamente ante la CIDH. Los particulares que consideren que sus derechos han sido violados deben interponer primero una queja ante la Comisión. Ésta se pronuncia sobre su admisibilidad. Si se declara el caso admisible y el Estado es considerado culpable, la Comisión presenta generalmente una lista de recomendaciones y una multa por dicha violación. La Corte sólo es solicitada en caso que el Estado no respete esas recomendaciones o que la Comisión decida que el caso tiene una importancia o interés jurídico particular<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> La Organización de Estados Americanos (OEA) creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959. Diez años después, en 1969, la OEA aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos que entró en vigor en 1978. Esta convención enuncia los derechos humanos que los Estados partes se comprometen a respetar, y establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus atribuciones y sus procedimientos. <http://www.cidh.oas.org/quec.htm>

<sup>6</sup> La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá (Colombia), en 1948. Ver texto completo: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

<sup>7</sup> La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada en San José (Costa Rica), el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Ver texto completo: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.htm>

<sup>8</sup> Hennebel Ludovic, "La Cour interaméricaine des droits de l'Homme: entre particularismes et universalisme", in *Les particularismes interaméricains des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic Hennebel y Hélène Tigrudja (dir.), Éditions Pedone, Paris, 2009, p.76.

<sup>9</sup> El tema de la presentación de los casos ante a la CIDH por parte de la Comisión ha sido objeto de una polémica. La Convención no hace mención de los criterios por los cuales debe guiarse la Comisión para decidir si lleva o no

La Comisión tiene entonces un papel fundamental dentro del procedimiento propio al Sistema Interamericano de Derechos Humanos: es ahí donde se producen las pruebas que permiten definir el litigio y la problemática jurídica que lo sustenta. Por consiguiente, gran parte del éxito del procedimiento depende de la manera como la Comisión presenta los análisis de los peritos y los testimonios para permitir a la CIDH hacer la mejor articulación posible entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las prácticas culturales concernientes.

## 1.2 Las fuentes jurídicas y normativas de la jurisprudencia de la CIDH: el papel de la interpretación...

La CIDH no reconoce ella misma el multiculturalismo pero le permite al juez –en base a argumentos dados por los grupos indígenas – crear espacios de reconocimiento de las visiones alternativas del mundo. Desde ese punto de vista, el artículo 29 constituye una disposición central en el procedimiento de la CIDH. Con una formulación amplia, permite interpretaciones que toman en cuenta las cosmovisiones de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

### Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

*“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y; d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”*

De esta manera, como lo expresó un abogado de la CIDH a propósito del artículo 29, “*las normas son bastante abstractas, yo intento adaptarlas a casos concretos (...) El artículo 29 puede muy bien aplicarse a los derechos que no están expresamente contemplados en la Convención, como los derechos de los pueblos indígenas*”<sup>10</sup>. Por ejemplo, es en base a su interpretación que será establecida y tomada en

un caso frente a la CIDH, o si publica el informe final, según el artículo 50 de esta Convención. En la Opinión Consultiva OC 5/85, la CIDH consideró que si bien la Comisión no tiene obligación de deferir un caso a la CIDH, el ejercicio de esta prerrogativa es tan importante para el funcionamiento del sistema que no debe solamente depender del concepto de la Comisión. Según la CIDH, la Comisión debe llevar el caso a la Corte cuando se trata de temas altamente controversiales que no han sido examinados antes por la CIDH o cuando constituye la alternativa más favorable para la protección de los derechos establecidos en la Convención. Sobre este tema, ver: Segura Jorge Rhenan, *Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf) (sitio consultado el 7 de agosto 2010).

<sup>10</sup> Entrevista realizada el 8 de abril de 2010.

cuenta la significación de la propiedad comunitaria de las tierras ancestrales, incluyendo la preservación de su identidad cultural y su transmisión a las generaciones futuras<sup>11</sup>.

La CIDH se apoya además en otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>12</sup> (OIT) relativa a los pueblos indígenas y tribales y el Protocolo de San Salvador<sup>13</sup> relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. En una de sus opiniones consultivas, la Corte declaró: “[Dado que] *el corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales con contenidos y efectos jurídicos variados, [...] la Corte debe adoptar un criterio adecuado para examinar los temas dentro del marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*”<sup>14</sup>.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales y nacionales constituye igualmente una de las fuentes de este procedimiento. Como ya fue mencionado, la jurisprudencia de la CIDH se fundamentó en el principio establecido por la CEDH según el cual las normas internacionales de los derechos humanos son “instrumentos vivientes”<sup>15</sup> por lo tanto deben interpretarse en función de la evolución de las condiciones de vida y adaptarse al contexto en el cual se aplican. Ese principio le permitió justamente a la CIDH considerar que la CADH debe aplicarse tomando en cuenta el derecho a la identidad cultural de las comunidades autóctonas<sup>16</sup>. Su aplicación abrió el sistema jurisdiccional interamericano a diferentes visiones del mundo. Por consiguiente, la adaptación de los instrumentos internacionales a los contextos significa reconocer pero también tomar en cuenta otras prácticas sociales al momento de definir la violación de un derecho y la reparación de un perjuicio.

<sup>11</sup> En el fallo "Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua", del 31 de agosto de 2001.

<sup>12</sup> Convención relativa a los pueblos indígenas y tribales, adoptada en Ginebra por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 7 de junio de 1989.

Ver el texto completo en anexo o: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C169>

<sup>13</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos que trata de los derechos económicos, sociales y culturales, también llamada "Protocolo de San Salvador", adoptado en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General. Ver texto completo: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/e.sansalvador.htm>

<sup>14</sup> Opinión consultiva "Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.", serie A n 16, 1<sup>er</sup> octubre 1999.

<sup>15</sup> Ver notas 2, 3 y 4, *supra*.

<sup>16</sup> Ese principio fue establecido en el caso "Comunidad Indígena Yakye Axa, Vs. Paraguay", el 17 de junio de 2005, serie C n°125.



## 2 El multiculturalismo en el centro del sistema interamericano de los derechos humanos

En América latina, las convenciones internacionales sobre la diversidad cultural así como el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en la mayoría de las constituciones del continente permitieron una suerte de uniformización del “sujeto de derechos” indígena. Esto llevó a la creación de estándares comunes y abrió el camino al trabajo de instituciones como la CIDH. A este nivel, y como nos lo recordaron abogados y magistrados de la CIDH, la estrategia jurídica y la política de apertura se juntan para permitir una mayor representatividad de los pueblos indígenas.

### Situación de los derechos humanos de las personas y los pueblos indígenas en las Américas

*“Más de 40 millones de personas reivindican una pertenencia a los pueblos indígenas que viven en las Américas, y podemos estimar que existen por lo menos 400 grupos y pueblos indígenas. En general, y particularmente en América latina, los indígenas son los más pobres de los pobres, los más excluidos de los excluidos (...) en nuestras sociedades.*

*El enfoque tradicional de sus derechos, considerarlos como minorías y prohibir la discriminación no es suficiente en la medida en que no se reconoce la naturaleza ni la complejidad del pueblo indígena. Este pueblo es más complejo y completo que lo que sugiere el concepto de minoría, o inclusive de grupo étnico. En efecto, el pueblo indígena representa una historia, culturas, lenguas, una diversidad étnica, diferentes formas de creencias o religiones, técnicas ancestrales propias, tradiciones artísticas, instituciones, formas legales y una administración de la justicia, de los territorios y de los hábitats: la realidad del pueblo indígena, rica y compleja, es mucho más que una minoría o una raza. Los derechos de los pueblos indígenas atañen a una doble dinámica de interconexión entre los derechos individuales y colectivos.”*

Carlos M. Ayala Corao, relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1996-1999),  
Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, 20 octubre de 2000.

La CIDH se revela entonces como un verdadero espacio de discusión y de gestión de la coexistencia de las diferentes realidades culturales y normativas del continente americano. En Europa, la cuestión étnica se caracteriza por una mayor diversidad, lo que explica, en parte, la gran prudencia de la CIDH en este ámbito. Estas tendencias se reflejan en la composición misma de las cortes. La CIDH cuenta en efecto con siete jueces que tienen una tradición

jurídica y cultural homogénea, mientras que la CEDH está compuesta por 42 jueces con tradiciones jurídicas y culturales bastante diversas<sup>17</sup>.

## 2.1 El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural a nivel nacional: las comunidades indígenas, sujetos de derechos

El continente latinoamericano se caracteriza por la importancia numérica de las poblaciones autóctonas. El informe anual de la Comisión de 1988-1989 evocaba la cifra aproximativa de 400 grupos étnicos, o sea el 10% de la población total de América latina<sup>18</sup>.

Varios países de América latina reconocieron en sus constituciones la existencia de los grupos indígenas y la diversidad cultural de sus Estados, consagrando derechos específicos<sup>19</sup>. Según un gran número de abogados de la CIDH, la jurisprudencia nacional la más avanzada en términos de derechos de los indígenas es la Corte Constitucional Colombiana<sup>20</sup>. Destacan igualmente el interés de las decisiones de la Corte Constitucional Argentina sobre los derechos humanos.

Este reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas y de sus sistemas normativos ayudó de manera incontestable a la CIDH en la elaboración de su jurisprudencia. La Corte basa sus decisiones de protección de los derechos indígenas en la obligación que tienen los Estados de respetar su propia constitución.

## 2.2 El reconocimiento de las comunidades indígenas en la CIDH: desafíos y límites

El importante reconocimiento constitucional de las comunidades indígenas en muchos países no ha sido sinónimo de mejoría de su situación social. Estos grupos aún se caracterizan por la

<sup>17</sup> Los siete jueces de la CIDH provienen en efecto de países del continente que, a excepción de los Estados Unidos, Canadá y Brasil, fueron colonias españolas. También son herederos de las mismas instituciones políticas y jurídicas (el Código Civil Napoleónico fue traducido y adoptado en casi todos los países); la lengua oficial y la más hablada en el continente es el español y la religión mayoritaria es la religión católica. En otros términos, si comparamos la cultura jurídica y social de América latina con la de Europa, la primera es más homogénea.

<sup>18</sup> Dhommeaux Jean, "Les Communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic Hennebel y Hélène Tigroudja (dir.), Pedone, París, p. 184.

<sup>19</sup> Bolivia adoptó a principios del año 2009 una nueva constitución en la cual se reconocen los derechos de los pueblos indígenas. En Ecuador, la Constitución de 2008 estableció la "plurinacionalidad" del Estado. Y en Colombia, desde 1991, se prevé en la constitución una jurisdicción especial indígena. Ver Thomas Mouriès (Coord.), "El poder en busca de Legitimidad en la Región andino-amazónica", in *La Legitimidad del Poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, IRG, 2011, pp. 19-20.

<sup>20</sup> Colombia es el único país en el mundo en donde las autoridades indígenas están integradas al sistema judicial del Estado. Esta jurisdicción indígena nació en un momento importante de la vida democrática y confianza en las instituciones. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural fue un factor adicional para reforzar el proyecto político nacional y continental. El artículo 246 de la Constitución (colombiana) prevé: "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer las funciones jurisdiccionales en sus territorios, según sus propias normas y procedimientos, con la condición que esas normas no sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establece las modalidades de articulación entre esta jurisdicción especial y el sistema nacional". Ver Esther Sánchez Botero, "El Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena como Fuente de Legitimidad del Estado Colombiano", in *La Legitimidad del Poder en los países andino-amazónicos, Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, IRG, 2011, pp. 45-61.

pobreza, la violación de sus derechos y la negación de su cultura. Estas situaciones de discriminación, a veces graves – más que todo la protección de los derechos a la vida, a la integridad de la persona, a la igualdad de tratamiento, a la propiedad de la tierra, a los derechos políticos, a los derechos lingüísticos y a la libertad de expresión – han sido justamente las que han sido llevadas ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. El vacío jurídico casi total experimentado por la CIDH la llevó a interpretar la CADH tomando como referencia las especificidades culturales de esos grupos autóctonos y a adecuarla a su forma de aprehender la realidad.

Concretamente, es a partir del 2001, con el caso de la Comunidad Mayagna Awas Tingni<sup>21</sup>, que la CIDH enfrenta el desafío de interpretar la CADH teniendo en cuenta las diversas concepciones del mundo de los pueblos indígenas. En este caso, el Estado de Nicaragua había otorgado a una compañía extranjera una concesión para la extracción de la madera en las tierras ancestrales de la Comunidad Mayagna (Summo) Awas Tigni. La CIDH consideró, basándose en la concepción indígena de la propiedad de tierras, que con esta concesión el Estado de Nicaragua había violado el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad indígena. Basó su decisión en el hecho que, para los indígenas, la propiedad de la tierra es considerada como una propiedad colectiva y no como la de un solo individuo. La estrecha relación que tienen los indígenas con la tierra debe ser reconocida y entendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su supervivencia económica, su preservación y la transmisión de su cultura a las futuras generaciones. En los años siguientes otras decisiones vinieron a reforzar esta jurisprudencia<sup>22</sup>.

Si este tema del multiculturalismo representó un verdadero desafío para la CIDH, es porque las diferentes convenciones e instrumentos internacionales de los derechos humanos obedecen a una concepción específica de la realidad, la occidental, en donde el ser humano se toma en cuenta como individuo independiente del contexto cultural al que pertenece. Este individuo, autónomo, puede, en cualquier momento, alejarse de su proyecto de vida, de las visiones del mundo de las cuales es receptáculo, para cuestionarlas y transformarlas si es necesario. Para los grupos autóctonos, al contrario, la pertenencia a una comunidad y a una cultura particular es fundamental en la existencia de la persona. Los lazos que establece con su entorno, su tierra, su comunidad e inclusive las fuerzas espirituales son determinantes en la preservación de su cultura. Esta forma de ver la realidad determina la manera cómo esos pueblos viven y formulan la idea de respeto de sus derechos y sienten el sentimiento de justicia.

---

<sup>21</sup> Ya citado: "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua", del 31 de agosto 2001.

<sup>22</sup> Caso "Masacre del Plan de Sánchez Vs. Guatemala", 29 de abril 2004, Serie C n°105 ; caso "Escué Zapata Vs. Colombia", 4 de julio de 2007, Serie C n°165 ; caso "Pueblo Saramacca Vs Surinam", 28 de noviembre de 2007. Serie C n°172.

Si bien la comprensión y la consideración de las cosmovisiones están en el centro del Sistema Interamericano, la diversidad cultural encuentra un límite en el respeto de los derechos humanos. Como nos lo recordaba el juez Cançado Trindade: *“En realidad la mayoría de las sociedades son multiculturales, y la atención que se le debe dar a la diversidad cultural es una condición esencial para garantizar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos a niveles nacional e internacional. De la misma manera, se considera que la invocación de las manifestaciones culturales no puede llevar a negar los estándares reconocidos universalmente de los derechos humanos. Al mismo tiempo que se reconoce la importancia de la diversidad cultural, no se aceptan las distorsiones del “relativismo” cultural”*<sup>23</sup>. Miembros de la CIDH no han parado de confirmar esta idea, recordándonos que para esta institución el pluralismo normativo encuentra un límite claro en los derechos a la integridad personal y el derecho a la vida, prohibiendo de esta manera los casos extremos de linchamiento u otras penas corporales y las prácticas discriminatorias internas a las comunidades, incompatibles con la CADH: *“El pluralismo jurídico absoluto no está permitido en el sistema. No puede estar en contradicción con la dignidad humana”*<sup>24</sup>. Sin embargo, agrega otro jurista de la CIDH, *“todo depende de la manera como el caso es presentado, del contexto del caso y sobretodo de la manera de argumentar la cosmovisión de la comunidad”*<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Opinión del juez Cançado Trindade en anexo al fallo Mayagna, párrafo 14.

<sup>24</sup> Entrevista realizada el 8 de abril de 2010 a Santiago Medina, abogado de la CIDH desde julio de 2006. Este jurista de origen colombiano es especializado en Derecho Penal Internacional y en derechos humanos. En su tesis de maestría sobre el pluralismo jurídico estudió el caso de una indígena colombiana juzgada por haber matado a sus dos hijos.

<sup>25</sup> Entrevista realizada el 8 de abril del 2010 a Jorge Calderón, jurista de origen mexicano, especializado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y abogado de la CIDH desde 2005.



### 3 Los dos ejes fundamentales del método utilizado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La jurisprudencia de la CIDH sigue siendo modesta desde un punto de vista cuantitativo, particularmente si se le compara con la de la CEDH, pero es bastante rica desde un punto de vista cualitativo<sup>26</sup>. Pionera de un método en el cual intervienen varios actores y diferentes fuentes normativas, la interpretación original de la CADH abrió el camino a una jurisprudencia innovadora y audaz<sup>27</sup>.

#### 3.1 La víctima en el centro del proceso

La Corte estableció una jurisprudencia basada en una concepción y una aplicación específicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su interpretación de la Convención, la CIDH pone en el centro a los titulares de esos derechos y sus contextos socioculturales. Los casos son considerados desde el punto de vista de la víctima en la medida en que la Convención es interpretada y aplicada a partir de las prácticas y las referencias comunitarias de esta. El juez adopta un procedimiento que Ludovic Hennebel califica de “interpretación sociológica”<sup>28</sup>.

Los diferentes actores que intervienen en el proceso de protección de los derechos humanos, y luego en el proceso ante la CIDH, tienen entonces un papel determinante en el diálogo intercultural y en la dinámica de integración cultural. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene un papel clave pues, como ya fue mencionado, es ella quien puede llevar un caso ante la CIDH, tener las pruebas de la violación y definir la problemática jurídica del caso<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Lambert Abdelgawad Elisabeth y Martin-Chenut Kathia. (dir.) *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Colección del UMR de derecho comparado de Paris (Universidad de Paris 1/CNRS UMR 8103), Volumen 20, Paris, 2010, p. 26.

<sup>27</sup> Hennebel Ludovic. *Op. Cit.*, p. 78.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>29</sup> Según el artículo 41 de la Convención Americana de derechos humanos, las funciones de la Comisión son:”a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.”  
<http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>

El proceso de integración de las diferentes representaciones del mundo de los pueblos autóctonos al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos depende más que todo de la manera cómo las víctimas ellas mismas defienden su caso ante la Corte. En otras palabras, si un pueblo indígena pide la protección de sus derechos conforme a sus prácticas culturales, deberá darle a conocer a la CIDH sus especificidades culturales y convencerla de la importancia de estas.

En efecto, desde 2010, el reglamento de la CIDH autoriza la participación de las víctimas en el proceso, a través por ejemplo de su representación ante la Corte<sup>30</sup>. Esta disposición permite a los jueces tener un contacto más directo con las víctimas y por consiguiente comprender mejor sus prácticas sociales y sus representaciones del mundo. Un informe sólido hecho por uno de los miembros de la comunidad autóctona o por un perito, acompañado de testimonios, permitirá que la CIDH haga una mejor articulación entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las prácticas culturales. Evocando la defensa de las partes ante la Corte, el abogado Oscar Parra resume el asunto de esta manera: *“El discurso judicial de la CIDH en la jurisprudencia depende de la manera como las partes argumentan la defensa de sus intereses”*<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El nuevo reglamento de la CIDH entró en vigor en enero de 2010. La participación de las víctimas en el proceso está prevista en el art. 24: *“1) Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2) De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3) En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente”*.

<sup>31</sup> Entrevista realizada el 9 de abril de 2010. Oscar Parra es abogado de la CIDH desde el 2005. Este jurista de origen colombiano es especializado en Derecho Constitucional y en Derechos Humanos. Es el autor de "La influencia de la visión de mundo de los pueblos indígenas en la determinación de las reparaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in *Etnias & Política*, no8, Bogotá, Centro de Cooperación Indígena (Cecoin).

### 3.2 La audiencia pública<sup>32</sup>

El paso por la audiencia pública – el momento del procedimiento cuando los jueces escuchan a las partes – está en el centro del método intercultural propuesto por el CIDH<sup>33</sup>. Según los abogados entrevistados en el marco de este estudio, se trata inclusive de uno de los momentos determinantes de todo el proceso de decisión de la Corte. En efecto, es en el curso de esta audiencia que los jueces formulan sus preguntas, intentan comprender mejor las cosmovisiones de las comunidades implicadas y que las víctimas tienen la ocasión de explicar el funcionamiento de estas.

Es durante estas audiencias que los peritos tienen igualmente un papel central. Constituyen un apoyo importante para traducir los testimonios y las tradiciones de las víctimas indígenas en el lenguaje jurídico e inversamente.

El papel de los jueces no es menos importante en el método intercultural de la CIDH. Durante las entrevistas que realizamos a algunos de ellos, los abogados evocaron la importancia del trabajo en equipo dentro de la CIDH y resaltaron el hecho que los jueces hayan entrado en una dinámica de interpretación de las violaciones de los derechos humanos según una perspectiva plural. Esta preocupación se siente en el tipo de preguntas que formulan durante las audiencias,

<sup>32</sup> Desarrollo de las audiencias públicas tal como está previsto en el reglamento de la CIDH.

*“Artículo 51: Audiencia. 1. En primer término la Comisión expondrá los fundamentos del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención y de la presentación del caso ante la Corte, así como cualquier asunto que considere relevante para su resolución. 2. Una vez que la Comisión haya concluido la exposición indicada en el numeral anterior, la Presidencia llamará a los declarantes convocados conforme al artículo 50.1 del presente Reglamento, a efectos de que sean interrogados conforme al artículo siguiente. Iniciará el interrogatorio del declarante quien lo haya propuesto. 3. Después de verificada su identidad y antes de declarar, el testigo prestará juramento o hará una declaración en que afirmará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad. 4. Después de verificada su identidad y antes de desempeñar su oficio, el perito prestará juramento o hará una declaración en que afirmará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia. 5. En el caso de las presuntas víctimas únicamente se verificará su identidad y no prestarán juramento. 6. Las presuntas víctimas y los testigos que todavía no hayan declarado no podrán estar presentes mientras se realiza la declaración de otra presunta víctima, testigo o perito en audiencia ante la Corte. 7. Una vez que la Corte haya escuchado a los declarantes, y los Jueces hayan formulado a éstos las preguntas que consideren pertinentes, la Presidencia concederá la palabra a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos. La Presidencia otorgará posteriormente a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado, respectivamente, la posibilidad de una réplica y una dúplica. 8. Concluidos los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones finales. 9. Por último, la Presidencia dará la palabra a los Jueces, en orden inverso al sistema de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto, a efectos de que, si lo desean, formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado. 10. En los casos no presentados por la Comisión, la Presidencia dirigirá las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas puedan intervenir y dispondrá las medidas que sean pertinentes para su mejor realización. 11. La Corte podrá recibir declaraciones testimoniales, periciales o de presuntas víctimas haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales.*

*Artículo 52: Preguntas durante los debates 1. Los Jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte. 2. Las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación de la Presidencia, por las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante. 3. La Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión. 4. La Presidencia estará facultada para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas.”*

<sup>33</sup> El reglamento de la CIDH prevé igualmente en su artículo 13 que la Corte puede reunirse en cualquier Estado miembro en que lo considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo.

que reflejan una gran voluntad de comprensión de las prácticas y significaciones culturales implicadas: “ ¿Existe algún rito o un símbolo que exprese el lazo cultural de la comunidad con su tierra ancestral ? ¿Cómo se curan los niños enfermos? ¿Utilizan ustedes medicina tradicional para curar a los niños? ¿Cuál es el proceso de iniciación de los Chamanes de la Comunidad Xákmok Kásek? ¿Qué personas, según usted, la CIDH debería interrogar para definir las reparaciones de los daños? ¿Cuáles son las relaciones entre la justicia estatal y la justicia comunitaria?, etc.”

La participación de las víctimas en la audiencia pública tiene una importancia particular. En los casos "Xákmok Kásek" y "Fernández Ortega"<sup>34</sup>, indígenas de las comunidades Xákmok Kásek y Me'phaa intervinieron en la audiencia vestidos con sus trajes tradicionales y se expresaron en sus lenguas. El solo hecho que, en el recinto de un tribunal internacional, una persona pueda intervenir en esas condiciones tiene una importancia simbólica: esta persona es reconocida como ser humano perteneciente a una cultura particular<sup>35</sup>. Esto permite igualmente a los jueces entender mejor las especificidades culturales de las comunidades indígenas.

Sin lugar a dudas, las comunidades indígenas no están en igualdad de condiciones con los representantes de los Estados. Estos se presentan a las audiencias con muchos consejeros jurídicos, expertos en el Derecho Internacional y sus procedimientos. La ignorancia del lenguaje jurídico occidental de los indígenas frente a las preguntas orientadas por los especialistas del derecho puede deformar la realidad de sus testimonios.

<sup>34</sup> Fallos Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 24 de agosto de 2010, Serie n°214 y Fernández Ortega Vs. México, 30 de agosto de 2010, Serie. n°215. Ver *infra*.

<sup>35</sup> Sobre ese tema ver: Taylor Charles, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento* (título original: "*Multiculturalism and The Politics of Recognition*"), Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

## **4 Una jurisprudencia innovadora, fuente del Derecho Internacional en materia de los derechos humanos: hacia un enfoque plural**

De manera pragmática, según los casos relativos a las comunidades autóctonas que le son sometidos por la Comisión, la CIDH elabora una jurisprudencia fundada en un razonamiento no exclusivamente jurídico que mejora la comprensión intercultural de los derechos humanos. Sus decisiones permiten entender lo que significa un daño según los valores culturales de una comunidad indígena determinada y así adoptar las decisiones en materia de violaciones a los derechos humanos a las realidades culturales de los pueblos autóctonos. Esto acentúa el respeto de las comunidades por dichas decisiones, puesto que estas responden a una concepción y a una finalidad de la justicia aceptadas y reconocidas por los actores implicados.

La jurisprudencia innovadora de la Corte contribuye de manera importante a la comprensión multicultural de los derechos garantizados en la CADH, redefiniendo a veces, de manera plural, las nociones jurídicas que sustentan la Convención. Dos ejemplos son particularmente ilustrativos: la afirmación del derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestrales y la definición del “perjuicio inmaterial” dentro de una perspectiva intercultural. Proponemos exponer el método, así como el razonamiento adoptados por la Comisión y la CIDH para establecer estas dos nociones, a partir de dos casos a cuyas audiencias pudimos asistir durante el trabajo de campo realizado para este estudio. Ilustraremos más adelante este método intercultural llevado a cabo por la CIDH en esos dos casos, por otros asuntos sometidos a la CIDH.

### **4.1 De la concepción individual a la concepción colectiva de la propiedad de la tierra: el reconocimiento de la noción de la tierra ancestral**

Es con el caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni (2001) que la CIDH procede al reconocimiento de la propiedad colectiva. Este caso había sido mencionado anteriormente porque permitió a la CIDH inaugurar su método intercultural y pronunciar una decisión fundadora en el sentido que asumió el desafío de tomar en cuenta el multiculturalismo en la aplicación de la Convención. Este fallo representa la primera decisión judicial internacional que reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas a la tierra y a los recursos naturales. La CIDH considera que hay propiedad colectiva porque la propiedad no depende de un solo individuo sino más bien de la comunidad y que la relación que los indígenas tienen con la tierra debe ser reconocida como base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su supervivencia

económica, su preservación y la transmisión de su cultura a las generaciones futuras<sup>36</sup>. La Corte retomó esta argumentación en el fallo de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs Paraguay, juzgado el 24 de agosto de 2010 por la CIDH, que detallamos aquí después de haber asistido a la audiencia pública.

#### **4.1.1 Recuerdo del contexto y de los hechos**

Antes de la colonización de la región del Chaco en Paraguay, los pueblos autóctonos vivían en pequeñas comunidades y su economía se basaba principalmente en la caza, la cosecha y la pesca. Esas comunidades se desplazaban en esas tierras según las estaciones y utilizaban sus propias técnicas de cultura. Entre 1885 y 1887, después de su derrota en la guerra llamada “de la Triple Alianza”, el Estado de Paraguay vendió los dos tercios del Chaco a la bolsa de valores de Londres para financiar su deuda externa sin avisarle a la población, exclusivamente indígena, que vivía en esas tierras.

Desde hace dos siglos, la economía de la región del Chaco se desarrolló principalmente gracias a la explotación de la madera, al ganado y a la agricultura. A principios del siglo XX, un gran número de empresarios y de ganaderos propietarios de grandes parcelas de tierra se instaló en estas tierras. Este proceso de colonización de la región del Chaco paraguayo tuvo como efecto obligar a los indígenas originarios de la región a convertirse progresivamente en mano de obra barata de los hacendados. Los indígenas tuvieron que instalarse en las fincas de sus empleadores, cambiando así su modo de vida seminómada por una forma sedentaria. Las prácticas y los rituales comunitarios se vieron afectados.

La comunidad Xákmok Kásek, uno de los grupos indígenas, se estableció de esta manera desde 1953 en una de las fincas de la región, la finca Salazar. En los últimos años, los descendientes de esta comunidad tuvieron cada vez más dificultades para practicar su modo de vida: el propietario del lugar les prohibió cazar y pescar, limitó su cosecha de alimentos y contrató vigilantes para controlar sus desplazamientos.

Fue así que en diciembre de 1990, los líderes de la comunidad iniciaron procesos administrativos y judiciales contra los propietarios legales de estas tierras –la empresa Eaton y Cía S.A. y la Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee Ltda – con el fin de recuperar las que ellos consideran sus tierras ancestrales. Pero en enero de 2008 el Estado paraguayo clasificó como reserva natural una parte de la región del Chaco en la cual se encuentra el territorio reclamado por la comunidad Xákmok Kásek. Esta declaración de clasificación significaba la prohibición tanto de la expropiación de las empresas como de las actividades tradicionales de

<sup>36</sup> Fallo de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. *Op. Cit.*, párrafo 149.

los indígenas. Y para esta comunidad que vive hoy en condiciones de extrema precariedad, ser desposeído de sus tierras acentúa su vulnerabilidad al punto de amenazar la supervivencia misma de sus miembros.

#### **4.1.2 Razonamiento y decisión de la CIDH**

Frente a la falta de respuestas del Estado, los Xákmok Kásek denunciaron esta situación ante las instancias jurídicas del Sistema Interamericano. Para la CIDH esto no era un caso nuevo, la falta de tierras y las condiciones de vida terribles de los indígenas de América latina hacían parte de su jurisprudencia desde el 2000<sup>37</sup>. Fue así que la Corte se enteró de la situación de esta comunidad y aportó una respuesta en agosto del 2010<sup>38</sup>.

La audiencia pública tuvo primero la intervención de tres testigos, dos indígenas y el antropólogo Rodrigo Villarga, a los que se les unieron un experto en materia sanitaria y una representante del Instituto Paraguayo del Indígena. Antes de terminar la audiencia pública, los jueces de la CIDH dan la palabra a la Comisión, a las presumidas víctimas o a sus representantes, y al Estado, para que puedan expresar sus observaciones finales.

Los indígenas Maximiliano Ruiz y Antonia Ramírez explicaron a los jueces de la CIDH los problemas de salud y de alimentación que sufre la población, y más generalmente, la situación de miseria en la cual se encuentra su comunidad. Esta situación se debe, según ellos, a una falta de tierras que les impide practicar la caza y la siembra necesarias para alimentar a la población. De la misma manera, sus muertos no pueden ser enterrados según los ritos de su cultura pues no cuentan con un lugar que pueda ser destinado para cementerio. Esto hace que en muchas ocasiones hayan tenido que practicar entierros cerca de sus casas. Los dos testigos escuchados por la Comisión explicaron igualmente las dificultades que tienen para transmitir su cultura a las nuevas generaciones: los jóvenes quieren irse de la comunidad para ir a buscar trabajo en la ciudad, de donde no vuelven nunca. Los dos indígenas concluyeron explicando que si la comunidad vive actualmente en un territorio que les fue prestado por otra comunidad indígena, esta tierra no es su territorio ancestral.

Las intervenciones de estos dos testigos fueron hechas en su idioma, el Sanapaná, con traducción simultánea al español. En varias ocasiones tuvieron dificultades para responder a las preguntas formuladas por los jueces o por el Estado pues les costaba entender la terminología

---

<sup>37</sup> En el fallo ya mencionado de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni Vs. Nicaragua, del 31 de agosto de 2001, la CIDH estableció los derechos colectivos de los pueblos indígenas a la tierra y a los recursos naturales.

<sup>38</sup> Los intercambios procedurales y palabras que siguen fueron recogidas en abril 2010 por Melisa López en San José (Costa Rica) y Lima (Perú).

jurídica utilizada por la persona que formulaba la pregunta, así como medir el impacto jurídico de su respuesta.

La Comisión a su vez formuló algunas preguntas destinadas a entender cómo la falta de tierras amenazaba la comunidad en su supervivencia como grupo autóctono. Le correspondió luego al representante del Estado hacer las preguntas destinadas a mostrar que este cumplía su obligación de proteger a la comunidad. Pero se trataba igualmente para los representantes del Estado de demostrar que la comunidad Xákmok Kásek no disponía de verdadera identidad cultural indígena. Los representantes de las víctimas interrogaron después con el fin de probar la situación de pobreza en la cual se encuentra la comunidad y la importancia de la tierra en la cultura indígena. Finalmente los jueces formularon sus preguntas a los testigos indígenas antes de dar la palabra al antropólogo Rodrigo Villarga que explicó a que punto la pérdida de la tierra afectó gravemente a la comunidad. Según él, el lazo que los indígenas establecen con esta última es determinante pues la tierra les es necesaria para practicar los ritos y transmitir la memoria histórica de su cultura. El hecho que los jóvenes deban partir de la comunidad afecta igualmente los lazos familiares. Hubo seguidamente un intercambio de preguntas – respuesta entre la Comisión y el antropólogo.

#### **Extractos de la audición de Rodrigo Villarga (RV), antropólogo, hecha por la Comisión**

- ¿Cuáles son los impactos culturales de la pérdida de la tierra para la comunidad Xákmok Kásek?

RV: *“Ahora hay menos chamanes. El problema reside en el hecho que no pueden continuar con sus ritos de iniciación para los nuevos chamanes. Por otra parte, los últimos chamanes van a desaparecer pronto por su edad.”*

- ¿Cuál fue el impacto sobre las prácticas funerarias?

RV: *“En la comunidad Xákmok Kásek, los indígenas necesitan alejarse de lo que representa la muerte. El hecho que no puedan enterrar a sus muertos en un lugar adecuado, implica que esta relación de separación entre los muertos y los vivos no pueda cumplirse”.*

- ¿Cuál fue el impacto sobre las estructuras de liderazgo?

RV: *“El sistema de elecciones de líderes de la comunidad tuvo que cambiarse de manera forzada. Los jefes no tienen la capacidad de producir bienestar”.*

- ¿Qué implica declarar reserva natural la tierra de los indígenas?



RV: “*Los indígenas no pueden cazar ni cosechar sus alimentos según sus tradiciones.*”

- ¿El procedimiento administrativo del Estado paraguayo en materia de tierras ofrece garantías para la protección de las tierras de los indígenas?

RV: “*No. Es necesario dar el poder a los indígenas de decidir sobre sus tierras.*”

En este proceso interpretativo la Corte tuvo que responder a las preguntas siguientes: ¿Cómo comprender el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales? ¿Quiénes son los dueños? ¿Cuáles son las condiciones para la reivindicación de la tierra ancestral? ¿La protección de la tierra ancestral incluye los derechos sobre los recursos naturales? Dado que no se encuentra ninguna respuesta explícita en los textos jurídicos del Sistema Interamericano, la Corte se apoyó en los procedimientos sugeridos por la Comisión Interamericana, en los diferentes informes periciales de los que participaron en las audiencias y en la normatividad internacional de los derechos humanos, para proponer su propia concepción<sup>39</sup> y desarrollar la noción jurídica de propiedad colectiva de la tierra, principio ahora integrado al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, de fuente jurisprudencial.

#### **4.1.3 Reconocimiento jurisprudencial del derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestrales**

Siguiendo la misma lógica que en el caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni, fundadora del método intercultural, la Corte estima aquí que así la noción de propiedad de la tierra no corresponda a la concepción clásica de la propiedad, no debe ser menos protegida por el artículo 21 de la Convención. Según la Corte, no se puede considerar que existe una única manera de concebir la relación con la propiedad porque se corre el riesgo de negar la diversidad de costumbres y de creencias de los pueblos y por consiguiente de dejar de lado la protección del artículo 21 de la Convención de todas las poblaciones<sup>40</sup>.

Para la CIDH, la ocupación ancestral de un territorio es suficiente para justificar la obtención del título de propiedad y la posesión del territorio no es una condición para reivindicar las tierras autóctonas o tribales. Mejor dicho, las comunidades tienen derecho a reivindicar tierras que pertenecen a un tercero, la validez temporal de ese derecho de reivindicación persiste mientras exista la relación material y espiritual entre esas poblaciones y su territorio<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Dhommeaux Jean, “*Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*”, in *Le particularisme interaméricain des droits de l’Homme. En l’honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l’homme*, Ludovic Hennebel y Hélène Tigrudja (dir.), Ediciones Pedone, Paris, 2009, p. 188.

<sup>40</sup> Fallo Xákmok Kásek, *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>41</sup> Fallos Comunidad indígena Awas tingni, Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Comunidad indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay.

#### 4.1.4 Titulares del derecho a la propiedad colectiva

En el caso Saramacca de 2007, la CIDH consideró que los miembros de este pueblo constituían una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes a las de los otros componentes de la comunidad nacional, particularmente por la relación especial que tienen con sus territorios ancestrales y porque se rigen ellos mismos, por lo menos parcialmente, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones<sup>42</sup>.

En el caso Xákmok Kásek, el Estado había solicitado la anulación del proceso ante la CIDH bajo el motivo que no era posible determinar si la comunidad Xákmok Kásek podía ser considerada como tal. En su fallo, la CIDH afirmó que no le correspondía ni a ella, ni a los Estados decidir sobre la pertenencia étnica o la denominación de comunidad. Esta facultad solo se le reconoce a la comunidad implicada: su identificación, o inclusive auto identificación constituyen un hecho establecido histórica y socialmente, que depende de su autonomía<sup>43</sup>.

#### 4.1.5 Condiciones de la reivindicación de una tierra ancestral

En el caso Xákmok Kásek, la CIDH consideró que, así los miembros de la comunidad no tengan la posesión de las tierras que reclaman, la especificidad de la relación que tienen con este territorio tradicional les da el derecho a reivindicar su propiedad<sup>44</sup>.

Para determinar la existencia de la relación de las comunidades autóctonas con su tierra, la CIDH estableció que esta relación puede manifestarse de diferentes maneras según el pueblo indígena y sus circunstancias particulares. Las expresiones de esta relación pueden ser lazos espirituales o ceremoniales, la práctica de la caza, la pesca o la cosecha de frutos y más generalmente de alimentos, la utilización de recursos naturales ligados a sus costumbres y cualquier otro alimento característico de su cultura. Cuando las tierras reclamadas se encuentran en posesión de particulares o de empresas que las explotan, la CIDH considera que esto no puede constituir para el Estado un motivo de rechazo de la reivindicación<sup>45</sup>.

En el caso Yakye Axa de 2005, la Corte consideró que la noción de “cultura de las comunidades autóctonas” comprende una forma particular de vida, una manera de ser, de ver y de actuar en el mundo, construida a partir de la relación estrecha con sus territorios tradicionales y los recursos que se encuentran en ellos, no solamente porque constituyen el medio principal de subsistencia, pero también porque representan un elemento integrado de su

<sup>42</sup> Caso del pueblo Saramacca Vs Suriname, 28 de noviembre 2007, Serie C n°172.

<sup>43</sup> Caso Xákmok Kásek, *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 30

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 39.

cosmovisión, de su religiosidad y por consiguiente de su identidad cultural<sup>46</sup>. Entonces, en el caso de la comunidad Xákmok Kásek, sus especificidades culturales pueden resumirse de esta manera: un idioma propio (el *sanapa*), ritos de chamanismo y de iniciación masculina y femenina, saberes ancestrales de los chamanes, una manera de conmemorar a sus muertos y una relación con el territorio. Para la Corte, todas estas prácticas culturales, esenciales en su manera particular de existir, se fragilizaron por la desposesión de la tierra<sup>47</sup>.

La CIDH decidió en este caso que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la comunidad autóctona constituía la medida de reparación la más adecuada. El Estado, en vista de que no puede negarse a restituir las tierras por razones evocadas anteriormente, tendrá que entregarles otras tierras que hagan parte del territorio ancestral en caso de encontrarse, por razones objetivas y fundamentadas, en la imposibilidad de restituir las tierras reclamadas. La determinación de las tierras de sustitución debe hacerse de común acuerdo con la comunidad y teniendo en cuenta sus modos de toma de decisión<sup>48</sup>.

#### 4.1.6 Derecho a los recursos naturales ligados con la cultura

En la mayoría de los Estados, la concesión de explotación de recursos naturales a un tercero está autorizada por la legislación nacional. Sin embargo, en algunos casos esos recursos se encuentran en el territorio de las comunidades autóctonas y la utilización que ellas hacen de estos recursos sólo se puede hacer conforme a sus prácticas culturales. La Corte, en su jurisprudencia, intentó aportar una solución a esta tensión problemática, aunque para algunos investigadores su respuesta sigue siendo tímida<sup>49</sup>.

Así, en el caso *Yakye Axa*<sup>50</sup>, en 2005, la Corte invoca por primera vez la noción de “*derecho sobre la tierra y los recursos naturales ligados a su cultura*”. Dos años después, en el caso del Pueblo *Saramacca Vs Surinam* (el Estado había otorgado una concesión a una empresa privada para la explotación de la madera)<sup>51</sup>, la CIDH confirma y desarrolla esta formulación.

<sup>46</sup> Fallo "Comunidad indígena Yakye Axa Vs Paraguay", 17 de junio de 2005.

p. 125. Citado también en Rinaldi Karine, "Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain des droits de l'Homme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic Hennebel y Hélène Tigrudja (dir.), Ediciones Pedone, Paris, 2009, p. 223.

<sup>47</sup> Fallo "Comunidad Indígena Xákmok Kásek", Op. Cit., p. 44.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>49</sup> Karine Rinaldi y Francisco J. Rivera califican la posición de la CIDH en este tema de "poco categórica". Ver Rivera Francisco, Rinaldi Karine, "Pueblo Saramacca Vs Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos", *Revista CEJIL*, 2008.

<sup>50</sup> Fallo "Comunidad Indígena Yakye Axa Vs Paraguay", 17 de junio 2005, Op. Cit.

<sup>51</sup> Fallo "Pueblo Saramacca Vs Surinam", 28 de noviembre de 2007. Serie C n°172. Ver también: Rivera Francisco, Rinaldi Karine, Op. Cit.

La Corte considera que los miembros de las comunidades autóctonas y tribales tienen derecho a disfrutar de los recursos naturales de su territorio (cuando lo ocupan) de la misma manera que tienen derecho a reivindicar una tierra ancestral que les haya sido retirada. En efecto, en el pensamiento autóctono y tribal, el derecho de usar y disfrutar el territorio “*no tendría sentido si ese derecho no se extendiera a los recursos naturales que se encuentran en ese territorio. Por eso, las reivindicaciones de propiedad sobre las tierras de los pueblos autóctonos y tribales derivan de la necesidad para ellos de garantizar la seguridad y la permanencia del control y el uso de los recursos naturales [...] Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural debe ser protegida conforme al artículo 21 de la Convención con el fin de garantizar a los miembros de los pueblos autóctonos y tribales el uso y disfrute de su propiedad*”<sup>52</sup>.

La Corte consideró entonces que el Estado no puede autorizar el desarrollo de proyectos económicos sobre los territorios de los pueblos autóctonos si estos ponen en peligro la capacidad de supervivencia de los pueblos. Para determinar si se corre este riesgo o no, el Estado debe consultar al pueblo indígena antes de la realización de los proyectos.

Aún cuando se respeta esta condición y se acepta un proyecto de desarrollo, de inversión, de exploración o de extracción que involucra a la propiedad y los recursos naturales de las comunidades, el procedimiento debe respetar ciertos criterios establecidos por la Corte: 1. La consulta a los miembros de las comunidades; 2. La existencia de un beneficio razonable; 3. La realización de un estudio de impacto social y medioambiental. Según el Tribunal, estos criterios tienen el objetivo de garantizar la relación especial que tienen los miembros del pueblo con su territorio<sup>53</sup>.

## **4.2 Tomar en cuenta la visión del mundo en la definición del perjuicio: la noción de perjuicio inmaterial revisitada**

El caso de Fernández Ortega Vs México<sup>54</sup> nos servirá de trama para comprender la construcción del razonamiento de la Corte<sup>55</sup>.

### **4.2.1 Recuerdo del contexto y de los hechos**

En Marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su hogar con cuatro de sus hijos cuando tres miembros del ejército mexicano entraron a su casa sin su consentimiento y le

<sup>52</sup> *Idem* y en Rivera Francisco, Rinaldi Karine *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>53</sup> *Ibidem.* p. 239.

<sup>54</sup> Caso "Fernández Ortega y otros Vs México », 30 de agosto de 2010, Serie n°215, p. 29.

<sup>55</sup> Los intercambios procedurales y de palabras que siguen fueron recogidos en abril de 2010 por Melisa López en San José (Costa Rica) y Lima (Perú).

hicieron preguntas apuntándole con su arma. Obligada a acostarse en el suelo, fue violada por uno de los militares bajo la mirada de los otros hombres.

La señora Fernández pertenece a la comunidad autóctona Me'phaa de México. En el momento de los hechos tenía 25 años y estaba casada con otro miembro de la comunidad con quien tenía cinco hijos. Esta ama de casa trabajaba también con la comunidad en la crianza de animales y la cosecha de alimentos. Era también una de las líderes de los Me'phaas: creó un espacio de reflexión sobre el papel de la mujer en la comunidad y sobre la situación de marginalización de los indígenas Me'phaa por el Estado.

Unos días después de la agresión sexual de la cual fue víctima, la señora Fernández interpuso una queja ante las autoridades estatales. Pero su testimonio fue recibido con indiferencia, sobre todo porque ella no hablaba español y los funcionarios no hablaban la lengua Me'phaa. Llevó entonces su caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

#### **4.2.2 Razonamiento y decisión de la CIDH**

La audiencia pública del caso tuvo lugar en Perú, el 15 de abril de 2010, siguiendo un procedimiento similar al del caso Xákmok Kásek evocado anteriormente. Tres peritos intervinieron: una psicóloga especializada en violencias sexuales, un antropólogo social y un experto en materia de violencia contra las mujeres.

La psicóloga explicó que, en la cultura Me'phaa el traumatismo se vive a la vez a nivel individual y colectivo. La señora Fernández vivía entonces un doble traumatismo: por ella misma como mujer, pero también porque fue aislada de los otros miembros de la comunidad.

La antropóloga Aida Hernández explicó que para el pueblo Me'phaa el sentido de la persona se construye a partir de la pertenencia a la comunidad y lo que pasa a uno de sus miembros le pasa a la comunidad entera. Desde esa violación, ella sufre de “la enfermedad del miedo” que sólo podrá curarse cuando la comunidad haya encontrado armonía, la cual se obtendrá con justicia y reconocimiento de los responsables. Expuso igualmente otros argumentos culturales para explicar el impacto particular de la violación de una mujer indígena en comparación con una mujer que no lo es: en esta comunidad, la mujer es responsable de la transmisión de la cultura y aquella cuyo cuerpo haya sido atacado no puede cumplir esta misión; el marido de Inés fue también estigmatizado en esta comunidad en donde el hombre debe proteger a su familia, etc.

La antropóloga explicó igualmente que *“los indígenas desconfían del sistema [...] de justicia. Los funcionarios del Estado no conocen la cultura Me'phaa. Existe una barrera para el acceso de la mujer indígena*

a la justicia estatal. Primero, los indígenas no hablan español y además su comunidad está lejos de las oficinas del Estado. En el caso de Inés, sufrió mucho cuando quiso denunciar su agresión sexual a los funcionarios del Estado. Estos no hablaban su idioma y no entendían sus particularidades de mujer indígena”. Como el Estado intentó demostrar que México tiene un sistema judicial accesible a los indígenas y que dispone de traductores de la lengua Me’phaa, los jueces de la CIDH profundizaron este tema de las relaciones de las comunidades indígenas con el Estado.

#### Extracto de la audición de Aida Hernández (AH), antropóloga, con los jueces

- ¿Cómo puede el Estado brindar justicia a los indígenas si no confían en él?

AH: “La Comunidad Me’phaa tiene su propio sistema de resolución de conflictos. Sin embargo, los casos más graves deben ser resueltos por el Estado.”

- ¿Qué espera la víctima de la justicia internacional?

AH: “Inés identifica sus perjuicios con la institución del Estado. Para ella, su agresión hace parte de la represión de la cual su comunidad es víctima. Inés cree que la CIDH es un espacio más poderoso. Ella piensa que la CIDH puede enviar un mensaje al Estado de México para garantizar que su caso no vuelva a suceder a las mujeres de su comunidad.”

- ¿Qué personas considera usted que la CIDH debe escuchar para definir las reparaciones de los perjuicios?

AH: “Primero a Inés. Pero por otra parte, las reparaciones no deben destinarse solamente a ella y a sus hijos. La reparación de los perjuicios debe ser para toda la comunidad”

- ¿Cuáles son las relaciones entre la justicia estatal y la justicia comunitaria?

AH: “La justicia de la comunidad Me’phaa separa los delitos graves de las infracciones. El Estado debe resolver los primeros, mientras que las infracciones son competencia de la comunidad. Esta no juzga los casos graves porque sabe que pueden ser sancionados como violación a los derechos humanos.”

#### 4.2.3 Definición jurisprudencial del perjuicio inmaterial moral y espiritual

En este caso, la CIDH estimó que los Estados deben garantizar el acceso a la justicia a los miembros de los pueblos autóctonos. Para ello, el Estado debe brindar una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, el derecho consuetudinario y las costumbres en general<sup>56</sup>. De la misma manera, según la Corte,

<sup>56</sup> *Idem*, p. 73.

los Estados deben ofrecer medidas de reparación adaptadas a los sufrimientos físicos y psicológicos de las víctimas, integrando las especificidades étnicas y el tipo de personas implicadas<sup>57</sup>.

En este mismo caso, la Corte tomó en cuenta igualmente el hecho de que para la comunidad Me'phaa sea fundamental el reconocimiento público de la falta: en el proceso de justicia de esta comunidad, el hecho que el autor del perjuicio reconozca su falta constituye el primer paso hacia la reparación de los perjuicios causados en el tejido comunitario<sup>58</sup>.

La Corte ordenó de esta manera al Estado mexicano llevar a cabo un acto público de reconocimiento de esa responsabilidad internacional en los daños cometidos contra Inés Fernández y su comunidad. La decisión de la CIDH prevé inclusive los detalles de dicho acto de reconocimiento: la ceremonia pública deberá organizarse con el consentimiento y en presencia de la víctima, de las autoridades del Estado, de la comunidad y de los miembros de esta, y tendrá lugar en español y en lengua Me'phaa<sup>59</sup>.

Para la CIDH las reparaciones deben tener una dimensión comunitaria porque tienen la vocación de reintegrar a la víctima en su espacio vital y cultural, contribuyendo de esta manera a restablecer el tejido comunitario. En el caso de Fernández Ortega el Estado mexicano fue obligado a brindar todas las facilidades económicas para que la comunidad Me'phaa pueda abrir un centro "comunitario de la mujer" que será administrado por las mujeres Me'phaa y llevará a cabo acciones educativas sobre los derechos humanos, particularmente los derechos de las mujeres. En un ámbito más general, se le exigió al Estado apoyar a las instituciones y organizaciones de la sociedad civil especializadas en los derechos humanos y encargadas de actividades de empoderamiento comunitario, respetando la cosmovisión de la comunidad<sup>60</sup>.

Esta concepción del perjuicio inmaterial basado en una perspectiva cultural fue utilizada y reforzada en otros casos de violaciones de derechos humanos en donde la víctima fue un autóctono. Así, en el caso de la Masacre del Plan de Sánchez Vs Guatemala<sup>61</sup>, la Corte declaró perjuicio inmaterial el hecho de que la comunidad no haya podido enterrar a los suyos según sus ritos y tradiciones. La espiritualidad de esta comunidad se manifiesta en efecto en la relación estrecha que existe entre los vivos y los muertos y en la práctica de los rituales de enterramiento, forma de contacto permanente, en solidaridad con los ancestros.

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Caso "Masacre del Plan de Sánchez Vs. Guatemala", 29 de abril de 2004, Serie C n°105. Miembros del ejército de Guatemala habían masacrado a 268 personas pertenecientes al pueblo Maya Achi, obligando a los sobrevivientes a enterrar los cuerpos calcinados de las víctimas.

De la misma manera, en el 2007, en el caso de Escué Zapata Vs Colombia<sup>62</sup>, para estimar los perjuicios inmateriales la Corte consideró, apoyándose en los testimonios de los miembros de la comunidad, la importancia de la relación que existe entre los vivos, los muertos y la tierra en la cultura Nasa. En esta cultura, cuando nace un niño es como si germinara de la tierra y siguiera ligado a ella por el cordón umbilical. Y cuando la persona muere, debe ser sembrada de nuevo en la tierra. La CIDH estimó que la espera infligida a los restos del líder indio Zapata - asesinado de manera arbitraria por el ejército colombiano – antes de poder ser inhumados según los ritos de su comunidad, tuvo repercusiones negativas desde el punto de vista espiritual y moral para su familia y su cultura, afectando así la armonía del territorio<sup>63</sup>.

Para terminar, en el caso Moiwana<sup>64</sup>, la Corte tomó en cuenta la existencia en la cultura N'djuka de rituales específicos de muerte para los miembros de su comunidad. Después del ataque del que fue víctima la comunidad no se respetaron esos rituales porque la comunidad tuvo que huir de su territorio. La imposibilidad real de esta comunidad de enterrar a sus muertos fue considerada como una transgresión moral que provocó la cólera del espíritu de la persona muerta, pero también la de los otros ancestros de la comunidad y provocó enfermedades físicas susceptibles de afectar a todo el linaje<sup>65</sup>.

La particularidad de estos perjuicios llevó a los jueces de la CIDH a reconocer como perjuicio inmaterial, “*un perjuicio espiritual, forma agravada del perjuicio moral, que debe tener reparaciones adecuadas*”.<sup>66</sup>

**Melisa LÓPEZ, Doctoranda en Derecho Público, CERDHAP**

<sup>62</sup> Caso "Escué Zapata Vs. Colombia", 4 de julio de 2007, serie C n°165.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafo 153, p. 41.

<sup>64</sup> Caso "Comunidad Moiwana Vs. Surinam", 15 de junio de 2005, Serie C n°124.

<sup>65</sup> Citado también en Rinaldi, *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 245.



## Conclusiones

El método desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esencialmente en torno al tema de la violación de los derechos de las comunidades indígenas, permitió mejorar la comprensión intercultural de los derechos humanos. Este método implica primero una mejor aprehensión de la significación de un perjuicio según los valores culturales de una comunidad indígena determinada. Induce luego una adaptación de las decisiones de la Corte para que la reparación del perjuicio responda a la vez al principio de respeto de los derechos humanos inscrito en la CADH y al sentimiento de justicia concebido según las realidades culturales de los pueblos indígenas. Este tipo de método refuerza la legitimidad de esta normatividad internacional y la efectividad de las decisiones tomadas por la CIDH en la medida en que estas se insertan en una concepción y una finalidad de la justicia aceptadas y reconocidas por los actores implicados.

Así esta dinámica parezca ser *top down* y consistir en una interpretación de la CADH en función de los contextos locales, el carácter específico del método insufla sin embargo una especie de circularidad entre derechos humanos y diversidad de visiones del mundo. Esto permite una articulación constructiva y por consiguiente evoluciones recíprocas entre los dos. Este método abre una verdadera interpretación/reformulación de los derechos humanos a partir de las representaciones del mundo de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia desarrollada por los tribunales internacionales y los intercambios entre peritos y jueces de esas instancias tienen un papel fundamental en la consideración y la "tolerancia colectiva"<sup>67</sup> de las visiones diferentes del mundo. La especificidad del continente latinoamericano, aferrado a la afirmación de su multiculturalismo desde el nivel local hasta el nivel supraestatal, permite a los jueces un método audaz, más allá de la búsqueda de la adecuación de las regulaciones locales tradicionales al derecho internacional. De esta manera, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos favorece una dinámica que supera el pluralismo de fachada.

El método intercultural analizado en este estudio constituye una pista innovadora, se inscribe en una dinámica de "hibridación" y no en un movimiento de péndula (extremo) entre universalismo y culturalismo. Permite una redefinición jurisdiccional de las nociones claves del dispositivo de protección de los derechos humanos. Esta jurisprudencia logra de esta manera un verdadero cambio de paradigma. Contribuye a refundar la regulación jurídica en una perspectiva plural, la unidad en la diversidad, a diferencia del modelo de la modernidad basado

---

<sup>67</sup> Según los términos utilizados por el Secretario de la CIDH.

en el principio de la diversidad en la unidad. Se abren de esta manera las pistas de reflexión para la definición de procesos e instrumentos adaptados a la gobernanza democrática legítima.

**Séverine BELLINA, Directora, IRG**

## Bibliografía

### Libros, artículos

- ARIZA Libardo (2009), *Derecho, saber et identidad indígena*, Universidad de los Andes, Siglo del hombre editores, Bogotá
- BELLINA Séverine (2009), "La légitimité dans tous ses états: réalités, pluralisme et enracinement des pouvoirs", *Chroniques de la gouvernance 2009-2010*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris
- DAVILA SAENZ (2004) Juana, *Apuntes sobre Pluralismo Jurídico. Series investigaciones socio jurídicas*, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Bogotá
- DHOMMEAUX Jean (2009), "Les Communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA (dir.) (2009), Éditions Pedone, Paris
- HENNEBEL Ludovic (2009), "La Cour interaméricaine des droits de l'Homme: entre particularisme et universalisme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA (dir.), Éditions Pedone, Paris
- FUENTES Carlos Ivan (2006), *Universalidad y diversidad en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakey Axa*, in: Revista CEJIL, n°69, septiembre 2006
- LAMBERT ABDELGAWAD Elisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia (dir.), (2009), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'Homme: La Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Collection de l'UMR de droit comparé de Paris (Université de Paris 1/CNRS UMR 8103), Volume 20, Paris
- KYMLICKA Will (2001), *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie des droits des minorités*, La Découverte, Paris
- PARRA Oscar, "La influencia de la visión de mundo de los pueblos indígenas en la determinación de las reparaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in *Etnias & Política*, n°8, Bogotá, Centro de Cooperación Indígena (Cecoin)

- RINALDI Karine (2009), "Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection de droit de l'Homme", in *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme. En l'honneur du 40<sup>e</sup> anniversaire de la Convention américaine des droits de l'Homme*, Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGRUDJA (dir.), Éditions Pedone, Paris
- RIVERA Francisco, RINALDI Karine (2008), "Pueblo Pueblo Saramaka Vs Suriname: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos", in *Revista CEJIL*, n°80, diciembre.
- SANCHEZ BOTERO Esther et RUIZ MOLLEDA (2009), "Le pluralisme juridique en Amérique latine: de la reconnaissance légale à la démarche interculturelle", in *Chroniques de la gouvernance 2009-2010*, Institut de recherche et débat sur la gouvernance, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris
- SEGURA Jorge Rhenan, *Presentación de casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, [www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf](http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/41.pdf) (Sitio consultado el 7 de agosto 2010)
- TAYLOR, Charles (1993), *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México (título original: "*Multiculturalism and The Politics of Recognition*")
- VILLARGA RODRIGO (2006), *Los territorios indígenas amerindios y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, in *Revista CEJIL*, n° 2, septiembre

## **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos**

Caso del Pueblo Saramaka Vs Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2007. Serie C No. 172.

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

Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de Julio de 2007. Serie C No. 165



# Índice

<b>Acrónimos</b>	<b>3</b>
<b>Introducción</b>	<b>5</b>
En el centro de las mutaciones de la acción pública: la concepción del derecho	5
Del derecho de la Modernidad: el Estado única fuente de la juridicidad	5
Del derecho en los tiempos de la gobernanza: el pluralismo normativo	6
La apuesta del pluralismo normativo: pensar el Estado de derechos	7
Los lugares del pluralismo normativo: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, un “laboratorio viviente”	7
<b>1 Dispositivo institucional y normativo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</b>	<b>9</b>
1.1 La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos	9
1.2 Las fuentes jurídicas y normativas de la jurisprudencia de la CIDH: el papel de la interpretación...	10
<b>2 El multiculturalismo en el centro del sistema interamericano de los derechos humanos</b>	<b>13</b>
2.1 El reconocimiento constitucional de la diversidad cultural a nivel nacional: las comunidades indígenas, sujetos de derechos	14
2.2 El reconocimiento de las comunidades indígenas en la CIDH: desafíos y límites	14
<b>3 Los dos ejes fundamentales del método utilizado en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos</b>	<b>17</b>
3.1 La víctima en el centro del proceso	17
3.2 La audiencia pública	19

<b>4 Una jurisprudencia innovadora, fuente del Derecho Internacional en materia de los derechos humanos: hacia un enfoque plural</b>	<b>21</b>
4.1 De la concepción individual a la concepción colectiva de la propiedad de la tierra: el reconocimiento de la noción de la tierra ancestral	21
4.1.1 Recuerdo del contexto y de los hechos	22
4.1.2 Razonamiento y decisión de la CIDH	23
4.1.3 Reconocimiento jurisprudencial del derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestrales	25
4.1.4 Titulares del derecho a la propiedad colectiva	26
4.1.5 Condiciones de la reivindicación de una tierra ancestral	26
4.1.6 Derecho a los recursos naturales ligados con la cultura	27
4.2 Tomar en cuenta la visión del mundo en la definición del perjuicio: la noción de perjuicio inmaterial revisitada	28
4.2.1 Recuerdo del contexto y de los hechos	28
4.2.2 Razonamiento y decisión de la CIDH	29
4.2.3 Definición jurisprudencial del perjuicio inmaterial moral y espiritual	30
<b>Conclusiones</b>	<b>33</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>35</b>
Libros, artículos	35
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos	37



