

## **Territorio indígena y derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica interamericana**

Indigenous territory and international law on human rights from an inter-american perspective

*Autor: Clara Cecilia Suárez Vargas*

*DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.71>*

**TERRITORIO INDÍGENA Y DERECHO  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS  
HUMANOS DESDE LA ÓPTICA  
INTERAMERICANA\***

**INDIGENOUS TERRITORY AND  
INTERNATIONAL LAW ON HUMAN RIGHTS  
FROM AN INTER-AMERICAN PERSPECTIVE**

**TERRITÓRIO INDÍGENA E DIREITO  
INTERNACIONAL DIREITO INTERNACIONAL  
DOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓPTICA  
INTERAMERICANA**

**Clara Cecilia Suárez Vargas<sup>a</sup>**

claracesuav@gmail.com

Fecha de recepción: 7 de Marzo 2014

Fecha de revisión: 10 de Marzo 2014

Fecha de aceptación: 3 de Abril 2014

**RESUMEN**

El territorio como derecho, en el caso de los pueblos indígenas, trasciende la propiedad privada, la libertad de circulación, residencia y la inviolabilidad del domicilio. Tiene que ver con su derecho a la vida (individual y colectiva), física, cultural y espiritual, y con manifestaciones particulares del derecho a la propiedad reconocidas en el derecho internacional; por ende, constituye un derecho fundamental autónomo.

**PALABRAS CLAVE**

Territorio, Derechos Humanos, Propiedad, Posesión, Vida

\* Artículo asociado al proyecto de investigación terminada en derecho internacional humanitario con el cual se busca enriquecer el conocimiento del derecho indígena interpretado desde el ámbito internacional, específicamente desde la CIDH.

a. Abogada de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Administrativas, Magíster en Derecho Administrativo, Candidata a Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Litigante y Docente Universitaria en Derecho Público a nivel de pregrado y posgrado. Coautora de los libros *La Historia del Derecho y el Derecho en la Historia y Desplazamiento Forzado Indígena en Bogotá*, *Políticas Públicas y Responsabilidad Extracontractual del Estado (2006-2012)*.

**ABSTRACT**

The territory as a right, in the case of indigenous people, transcends private property, freedom of movement and residence and the inviolability of the home. It's about their right to life (individually and collectively), physical, spiritual and cultural; and particular manifestations of property rights recognized in International Law; therefore, is an independent fundamental right.

**KEY WORDS**

Territory, Human Rights, Property, Possession, Life.

**RESUMO**

O território como um direito, no caso dos povos indígenas, transcende a propriedade privada, a liberdade de circulação e de residência e a inviolabilidade do domicílio. Tem a ver com o direito à vida (individual e coletiva), física, cultural e espiritual; e com manifestações específicas do direito à propriedade, conforme reconhecidas no Direito Internacional; portanto, constitui-se num direito fundamentalmente autônomo.

**PALAVRAS-CHAVE**

Território, direitos humanos, propriedade, posse.

**INTRODUCCIÓN**

En Latinoamérica, día a día, diversos grupos indígenas, ya sea de manera masiva o fraccionada, se ven obligados a abandonar su territorio. Dentro de las causas de dicha migración existen factores heterogéneos, algunos directamente relacionados con los procesos de conquista y colonia, otros, con procesos de evangelización y nueva colonización<sup>1</sup>, unos más con la concesión a particulares por parte de los Estados de la explotación de recursos naturales o con situaciones de conflicto armado<sup>2</sup>. A ello habría que sumar la poca atención de los gobiernos o la situación de abandono en que se encuentran, los procesos de aculturización y permeabilización, y la pobreza. El problema

1 Como en el caso de los indígenas que habitan el Chaco paraguayo. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 30 (29 de marzo 2006)*.

2 Por ejemplo en Colombia, México o Suriname. Se incluye el caso de Suriname pese a que es un grupo afroamericano, por formar parte de la diversidad étnica.

se dificulta cuando se evidencia que, en varios casos, dichos grupos carecen de títulos formales de propiedad, ya sea de manera total o parcial, e igualmente cuando, por determinadas circunstancias, ajenas a su voluntad, han perdido en forma transitoria la posesión de los terrenos.

Para abordar, desde la perspectiva jurídica internacional, el tema de los derechos humanos indígenas que se transgreden cuando deben abandonar su territorio, es necesario considerar que la importancia que los grupos nativos otorgan a determinados derechos, no es la misma que en la tradición occidental<sup>3</sup>: Así, si bien nosotros damos énfasis a lo individual, ellos dan primacía a lo colectivo. Más aun, cada comunidad posee su propia cosmovisión y por ende su propio sistema jurídico, ordenamientos que en algunos países –como en Colombia<sup>4</sup>– se han reconocido, mientras que en otros no<sup>5</sup>; con lo cual el principio de universalidad de los derechos se enfrenta a un análisis material.

En efecto, ello ocurre con el derecho al territorio y al arraigo, de suerte que para nuestro sistema, el mismo se puede *limitar* a escoger un lugar de domicilio y residencia, a circular libremente por el territorio y a ejercer la propiedad privada de manera pacífica y permanente, a la vez que el derecho internacional y la jurisprudencia han reconocido que, dentro de las comunidades indígenas, éste involucra unos atributos fundamentales y su vulneración conduce, simultáneamente, a la trasgresión de varios derechos humanos<sup>6</sup>.

**PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Si bien dentro de la doctrina especializada suele incluirse la universalidad como una

3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 27 (29 mar. 2006)*.

4 Constitución Política de Colombia: Artículo 246: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". (1991).

5 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Moiwana v. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 124, 31 (15 de junio 2005)*.

6 Reiterando que la presente relación es genérica y que en cada caso habrá de analizarse la especial incidencia de acuerdo a las particularidades de la comunidad indígena involucrada.

característica de los derechos humanos, las tensiones actuales por las que atraviesa dicha disciplina hacen necesario matizar el concepto e incluir la óptica de los enfoques diferenciales, uno de los cuales es el indígena<sup>7</sup>. Dentro de las temáticas que se enfrentan a dicho tratamiento diferencial, encontramos la relativa al territorio, visto como derecho humano.

El presente artículo pretende analizar, acorde con el derecho internacional, cuáles derechos humanos y cómo se vulneran cuando los indígenas se ven obligados a abandonar su territorio. Para ello, parte del reconocimiento jurídico dado a éste como derecho y los fallos más relevantes proferidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## METODOLOGÍA

Teniendo en cuenta el carácter socio jurídico del tema analizado y su estudio cualitativo, la construcción se dio a partir del método lógico analítico, con sustento documental de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el territorio y las principales sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos seleccionadas para el efecto, las cuales fueron analizadas a partir de la cosmovisión y las particularidades de dicho segmento poblacional.

El documento constituye un artículo de reflexión de carácter cualitativo, con fundamento en fuentes jurídicas escritas, consuetudinarias de derechos humanos específicos y la jurisprudencia interamericana, a partir de un problema teórico-práctico de la disciplina.

## 1. PRINCIPALES ATENTADOS CONTRA EL TERRITORIO INDÍGENA<sup>8</sup> EN LATINOAMÉRICA

7 Aclarando que no existe un solo enfoque diferencial indígena, sino que existirán tantos enfoques indígenas como pueblos.

8 TIERRA Y TERRITORIO. ¿CONCEPTOS UNÍVOCOS? Si bien es común considerar estos dos términos como sinónimos, para las comunidades indígenas la tierra representa una manifestación de un concepto más amplio y trascendente cual es el territorio. Así lo afirma el profesor Mikel Berraondo: "Para los pueblos indígenas la tierra siempre ha estado asociada a los espacios físicos concretos en donde habitan las comunidades, o en donde realizan sus actividades agrícolas, de recolección o de caza y que fundamentalmente se utilizan para mantener la vida comunitaria y para seguir desarrollando sus modelos de vida basados en la recolección, caza y pesca". ... "Pero para los pueblos

En primer lugar, debemos considerar que pese a ser los habitantes tradicionales del continente y a sobrevivir a procesos de conquista y colonización, los cuatrocientos pueblos indígenas que se estima habitan en Latinoamérica<sup>9</sup>, siguen enfrentando día a día diversos atentados que pretenden arrebatarles el poco territorio que han logrado retener.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha identificado diversas causas generadoras de desplazamiento forzado indígena, y por ende del abandono de su territorio. Dichas causas son: a) las mediatas y b) el conflicto armado<sup>10</sup>.

Dentro de los factores mediatos del desplazamiento forzado se suelen citar los problemas estructurales o persistentes que deben enfrentar, tales como: pobreza, inseguridad alimentaria<sup>11</sup>, invisibilidad, debilitamiento étnico y social<sup>12</sup>, lucha por la tierra<sup>13</sup>, narcotráfico<sup>14</sup> y abandono estatal. La búsqueda de mejores opciones de vida, la occidentalización de sus costumbres, la intromisión en su ámbito cultural de prácticas ajenas y la pérdida de valores tradicionales llevan a muchos nativos a alejarse de su hábitat natural. Algunos pretenden que sea por corto tiempo, pero para otros se convierte en una medida definitiva.

Igualmente, resulta claro que el conflicto armado sea considerado como detonante del desplazamiento forzado indígena en Colombia. En la sentencia citada, la Corte Constitucional identificó tres factores comunes del mismo que generan el abandono del territorio por parte

indígenas, el término territorio no solo se encuentra asociado a poder político, sino que presenta unas características mucho más íntimas, que lo convierten en un derecho fundamental para el ejercicio de muchos otros derechos humanos, bien individuales o colectivos". Mikel Berraondo, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. 690 (Universidad de Deusto, Bilbao. Instituto de Derechos humanos. Serie Derechos Humanos volumen 14. España, p 477 y 481) (2006). Sin embargo, siguiendo la tradición de los instrumentos internacionales sobre el tema, este ensayo contiene referencias a ambos vocablos.

9 CEPAL (2006). "Pueblos Indígenas y Afrodescendientes de América Latina y el Caribe". Naciones Unidas, p 35.

10 Corte Constitucional (26 ene. 2009). Auto de seguimiento a la sentencia T025 de 2004, protección de los derechos fundamentales de las personas y poblaciones indígenas desplazadas por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento. Auto 004.

11 Tal es el caso de la Comunidad Pijao.

12 Ver el caso Nukak Makuk.

13 Ver los casos: U'wa, EmberaChami y EmberaKatío, entre otros.

14 Ver el caso de la masacre del Naya.

de las comunidades amerindias. Ellos son: las confrontaciones en territorios indígenas<sup>15</sup>, involucrar a los integrantes de la comunidad en los procesos bélicos<sup>16</sup> y los procesos territoriales socioeconómicos<sup>17</sup>: en primer lugar, dadas las condiciones geográficas de muchos terrenos habitados por grupos étnicos y su aislamiento de los centros de poder, los grupos armados al margen de la ley suelen desarrollar sus combates allí. El reclutamiento forzado, el hurto de alimentos, la incursión furtiva, tampoco son ajenas a los indígenas. Por último, las riquezas que aún albergan (representadas en petróleo, gas, oro, esmeraldas, plata, agua, madera, caucho, tierras cultivables o posiciones estratégicas, entre otras), despiertan intereses que no temen irrespetar la ley con tal de adueñarse del patrimonio ancestral. Es dable señalar que dichas causas no son excluyentes entre sí, ya que suelen coexistir.

En el resto de Latinoamérica la situación no varía mucho: la comunidad Yanomami de Brasil reclama protección de su territorio para impedir la extinción cultural, frente a la construcción de una carretera en el Amazonas y la explotación minera que han atraído extranjeros y enfermedades, y generado prostitución<sup>18</sup>, sin que la declaratoria parcial de *Parque Nacional* haya podido mitigar dicha situación. Los Mapuche y Lonkos de Chile demandan a su país por condenas de asociación ilegal, terrorismo y usurpación de territorios con presunta violación del principio de legalidad y de inocencia<sup>19</sup> y como represalia por exigir la devolución de propiedades ancestrales. En Paraguay, diversas comunidades asentadas en el Chaco padecen hambre y enfermedades asociadas a la desnutrición como consecuencia de la expulsión de sus territorios. Los Kichwa demandan a Ecuador por explotación petrolera sin consentimiento previo<sup>20</sup>. En Panamá, los Embera y Kunas deben afrontar inundaciones

dada la construcción de la represa hidroeléctrica de Bayano<sup>21</sup> y el debilitamiento cultural por los proyectos turísticos implementados; en Guatemala, la explotación minera en Sipacapa y San Miguel de Ixtuacán afecta la supervivencia indígena; en Belice, los Mayas impugnan las concesiones madereras y petroleras<sup>22</sup> y en Chiapas, los Tzotziles denuncian la masacre de algunos de sus integrantes y defensores en el marco del conflicto armado<sup>23</sup>. Estos son solo algunos procesos que se encuentran en trámite en la Comisión y/o Corte Interamericanas de Derechos Humanos y que evidencian la inseguridad territorial a la que se ven sometidos los habitantes originarios del continente.

## 2. EL DERECHO INTERNACIONAL AL TERRITORIO. ¿EL DERECHO AL TERRITORIO, EN EL CASO INDÍGENA, ES UN DERECHO HUMANO DE ESTIRPE INTERNACIONAL?

En las tradiciones occidental y anglosajona, el derecho al territorio es básicamente un reflejo de la propiedad privada, la libertad de circulación, de residencia y la inviolabilidad del domicilio<sup>24</sup>.

Sin embargo, en la usanza amerindia, éste materializa para la comunidad indígena y para sus integrantes, el espacio vital que tiene tal para un Estado u organización política, económica y social. Es decir, que así como en teoría política se reconoce que –por regla general– no es posible un Estado sin territorio, en materia indígena dicho postulado se verifica por el inescindible vínculo presente entre él y la existencia pasada, presente y futura de la comunidad y de sus miembros<sup>25</sup>.

Así, la mayoría de las leyendas, si no todas, a través de las cuales los pueblos indígenas

15 Pueblo Nasa o Paéz.

16 Ver el caso de los indígenas Kankuamo, actualmente en trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

17 Corte Constitucional de Colombia (26 ene. 2009). Auto de seguimiento, protección de los derechos fundamentales de las personas y poblaciones indígenas desplazadas por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento. Auto 004.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (15 mar. 1985). Comunidad Yanomami v. Brasil, 7615, Resolución 12

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (21 de oct. 2006). Aniceto Norin y Pascual Pichun v. Chile., informe de admisibilidad 89 de 2006. Petición 619-03. Radicación 12.576.

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (26 abr. 2010). Pueblo Kichwa v. Ecuador. Informe de admisibilidad,

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunidades Embera y Kuna v. Panamá. caso 12354/01-

22 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Maya v. Belice. Resolución 78 de 2000.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Rosendo Cantú y otros v. México – Chiapas. Informe 49 de 1999.

24 Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) artículo 17; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) artículo 12 y Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) artículos 11, 21 y 22.

25 Ello sin querer afirmar, que el reconocimiento del derecho al territorio indígena involucre soberanía para los pueblos indígenas o los convierta en sujeto de derecho internacional, independiente de los Estados a los que pertenecen.

explican su origen y razón de ser, transmitidas de generación en generación, están ligadas con el territorio: lagos, mares, montañas, astros, animales autóctonos o frutos, son la fuente de su existir<sup>26</sup>. De ahí la constante amerindia de considerar la tierra como Pacha Mama o madre.

De otro lado, sus prácticas diarias, tanto políticas (elección, posesión y destitución de autoridades)<sup>27</sup>; jurídicas (toma de decisiones, sanción a infractores<sup>28</sup>); sociales (adjudicación de roles y labores, grado de respeto, jerarquías); económicas (actividades de agricultura, ganadería, pesca, caza, artesanía o comercio) y culturales (ceremoniales, religiosas, artísticas, educativas) responden a aspectos territoriales.

Por último, su noción de futuro y supervivencia va aparejada al respeto por el equilibrio con la naturaleza, a las buenas relaciones que guarden con los espíritus al honrar a sus muertos y a la dignidad y autoestima con la que vivan y fomenten en sus niños.

Para Mikel Berraondo (2006):

*“la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de ejercer los derechos territoriales, resulta muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra”.* (p. 469)

La Comisión Colombiana de Juristas (2009, p. 10) estima que éste (el territorio) determina la forma política, los procesos económicos y sociales y la religión en los grupos indígenas.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia, han reconocido dicha importancia y, coherentes con ello, han extendido en temas indígenas, el derecho al territorio (además de los mencionados: protección del domicilio, libertad de circulación y residencia y derecho a la propiedad privada),

26 Verbigracia Bachue y Bochica para los Muiscas en Colombia, el Inti o Sol para los Incas en Perú y Bolivia, el Maíz o Choclo para los Mayas, entre otros.

27 Por ejemplo, la figura del bastón de mando en algunos pueblos indígenas.

28 El fuele en algunas comunidades simboliza el trueno. El bañarse en una fuente de agua, después de aplicado el castigo, se refiere a la rehabilitación.

tanto de manera individual como colectiva<sup>29</sup>, a otros más, recordando que:

*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 éste 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 al examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 sept. 2003).

Dentro de los derechos que más se han relacionado con el territorio, se encuentran:

- Derecho a la igualdad<sup>30</sup>, en el entendido de que, como seres humanos, los integrantes de diversos grupos étnicos gozan de la misma protección por parte de los Estados, en concordancia con el derecho al libre desarrollo de su personalidad.
- Derecho a la vida<sup>31</sup>, incluido el derecho a la vida propia<sup>32</sup> y la subsistencia<sup>33</sup>, referentes al vínculo entre territorio, alimentación, medicina tradicional, autodeterminación y seguridad.
- Derecho a la propiedad tradicional tanto individual como colectiva, su restitución y/o reparación<sup>34</sup>.

29 Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 1, 13 sept. 2007.

30 DUDH artículo 7. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 8(en adelante DADD), art. 11, 9 abril 1948. PIDCP art. 26. Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas(DNUDPI) , art. 2, 13 sept. 2007.

31 DNUDPI art. 7. Convenio 169 de la OIT, art.14, 27 jun. 1989.

32 PIDCP art. 27.

33 DNUDPI arts.20 y 29.

34 DUDH art. 17. Convenio 169 OIT, art. 14. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) art. 5. DNUDPI arts. 26, 27 y 28.

- Derecho a la educación personal étnica<sup>35</sup>.
- Derechos de los niños<sup>36</sup> y derecho a la integridad<sup>37</sup>.
- Derecho a la cultura<sup>38</sup>.
- Derecho a la consulta y consentimiento libre e informado<sup>39</sup>.
- Derecho a la relación espiritual con el territorio<sup>40</sup>,y
- Derecho al desarrollo<sup>41</sup>.

Los mismos serán objeto de estudio en el siguiente acápite.

### 3. DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS ASOCIADOS AL TERRITORIO

En este apartado se ha agrupado el análisis de los derechos humanos que se vulneran cuando los indígenas se ven forzados a abandonar su territorio, en dos aspectos fundamentales: el derecho a la propiedad como tal y el derecho a la vida tanto material como espiritual. Para ello, se hace una breve reseña de los casos más importantes resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los aspectos jurídicos relevantes tenidos en cuenta por dicha Corporación.

#### 3.1 Derechos vinculados con la propiedad y la posesión del territorio

Abarcan, entre otros:

El Reconocimiento a la propiedad implica que, pese a carecer de títulos formales de dominio, el Estado debe suministrárselos y establecer un procedimiento efectivo para ello, sea por petición de los interesados o de manera oficiosa cuando es consciente de dicha ocupación ancestral<sup>42</sup>. En este tema, la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos ha declarado la existencia de un derecho consuetudinario<sup>43</sup>.

La posesión ancestral, la cual debe ser reputada como derecho de dominio<sup>44</sup>.

La Protección<sup>45</sup> en el acceso a la tierra que tradicionalmente han utilizado, ya sea como medio de subsistencia (para actividades de caza, pesca, recolección de frutos, pastoreo, etc.) o espiritual (posibilidad de ingresar a lugares sagrados).

Derecho a decidir las prioridades de desarrollo<sup>46</sup> y del uso del suelo de las tierras que ocupan<sup>47</sup>, específicamente cuando se ven enfrentados a megaproyectos, explotación minera, turística o agroindustrial. Derecho a la consulta<sup>48</sup> y participación.

Respeto por las formas de tenencia propia (individual o colectiva)<sup>49</sup>.

Recuperar las tierras perdidas o, si ello no es posible, a obtener otras de similares condiciones, escogidas con su consentimiento o, excepcionalmente, obtener compensación monetaria por ellas<sup>50</sup>.

Respeto por sus reglas de transmisión de propiedad<sup>51</sup>.

Protección contra desplazamientos forzados<sup>52</sup>.

Otorgamiento de propiedades adicionales<sup>53</sup> cuando las pertenecientes sean insuficientes.

35 PIDESC art. 3.

36 Convención de los Derechos del Niño, art. 30.

37 Convenio 169 OIT, art.2, 27 jun. 1989.

38 DNUDPI arts.8 y 31.

39 Convenio 169 OIT, arts. 15 y 16, 27 jun. 1989. DNUDPI arts. 10 y 30.

40 DNUDPI art. 25.

41 DNUDPI art. 32.

42 DNUDPI art. 14. Convenio 169 de la OIT, art.14.2 y 14.3.

43 CIDH COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. 148 (OEA) (2009).

44 DNUPI art. 14.

45 Convenio 169 de la OIT, arts. 17.3 y 18, 27 jun. 1989.

46 El convenio 169 de la OIT en el numeral 1 del artículo 7 señala: "Los pueblos interesados deberán tener derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte ....a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera....".

47 DNUDPI art. 7. Convenio 169 de la OIT, art. 15.2.

48 Convenio 169 de la OIT, art. 17.

49 DNUDPI art. 26.

50 DNUDPI arts.26 a 28.

51 Convenio 169 de la OIT, art. 17.1.,

52 Convenio 169 OIT, art. 16.

53 Convenio 169 de la OIT, art. 19, 27 jun. 1989.

La existencia de un procedimiento real para reclamar las tierras y obtenerlas.

Dicho tema fue objeto de debate por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwanTingni contra Nicaragua, particularmente en la sentencia del 31 de agosto de 2001<sup>54</sup>, cuyo análisis se hace a continuación:

Relata la sentencia que los *Mayagna* o *Hijos Del Sol*, contaban en 2001 con 1016 integrantes aproximadamente, reunidos en 208 familias y que de ellos forman parte los AwanTingni. Igualmente reseña que habitan en la costa atlántica de Nicaragua, en la "Región Autónoma Atlántico Norte" -RAAN- y tienen sus propias autoridades. Se dedican a la agricultura, caza y pesca y poseen un esquema de propiedad colectiva. Pese a ello, el Estado nicaragüense no les había reconocido títulos de propiedad.

La problemática de la comunidad, prosigue la Corte, inició el 22 de marzo de 1992 cuando se celebró un contrato entre la comunidad indígena y la empresa maderera *Madensa* para el manejo del bosque. En 1994 la maderera y *Marena* (entidad del Estado de recursos naturales) celebran un convenio de aprovechamiento forestal; en 1995 el Consejo de la Región Autónoma Atlántico Norte, RAAN, aprueba un convenio entre *Marena* y la empresa *Solcarsa* para operaciones forestales y en 1996 se le da en concesión forestal, por 30 años, territorio habitado por la comunidad AwanTingni. En febrero de 1997 la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declara inconstitucional dicha concesión, pese a lo cual en octubre de 1997 la RAAN volvió a poner en vigencia el contrato entre *Marena* y *Solcarsa*, y por ende, permitió la explotación forestal del territorio.

Los demandantes en el presente caso, alegaban la violación de los artículos 1º (obligación de los Estados), 2º (deber de adoptar medidas), 21º (derecho de propiedad) y 25º (protección judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (adoptada en Costa Rica el 22 de noviembre de 1969); por parte del Estado de Nicaragua, al:

- No demarcar las tierras de la comunidad AwanTingni,
- No tomar medidas que garantizaran la propiedad de las tierras y recursos,
- Dar las tierras en concesión, sin su aval, y
- No adoptar medios de defensa efectivos, entre otros.

En dicho caso se probó la violación de los artículos 25 (protección judicial), 21 (propiedad privada) y 24 (igualdad), de la Convención Americana de Derechos Humanos, así:

**Artículo 25:**

*Protección Judicial.*

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 funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen:

- a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema
- legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
- a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de
- toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso<sup>55</sup>.

La Corte consideró que en dicho evento se había vulnerado el artículo 25 de la Convención Americana a la protección judicial efectiva, porque pese a existir una sentencia favorable que impedía la concesión, la misma no se había cumplido, reafirmado por no existir un procedimiento efectivo para obtener la titulación de las tierras por parte de la comunidad indígena, materializada en que pese a contemplar un trámite formal (que la comunidad inició desde 1990), a la fecha de la sentencia no existía un pronunciamiento de fondo<sup>56</sup>.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 1 (31 agos. 2001).

55 CADH art. 25.

56 *Ibidem*.



En otro asunto, la Corte resaltó que no basta con que teóricamente se consagren mecanismos de defensa para los indígenas si los mismos no se traducen en la práctica; así, el recurso debe ser idóneo, no debe tener una existencia formal sino material, ser un “*debido procedimiento legal*”<sup>57</sup>.

Por ejemplo, en la demanda de los Sawhoyamaxa contra el Estado paraguayo, tras 15 años de haber iniciado un proceso administrativo para la reivindicación de sus tierras y pese a las condiciones de vulnerabilidad en que se encontraban, el mismo no había culminado y no habían obtenido la reivindicación de sus tierras, razón por la cual fue condenado. En él se señala:

*el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho (a la titulación de tierras) carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho*<sup>58</sup>.

Sintetizando, cuando el procedimiento para la protección de las tierras indígenas está en la ley pero no se cumple en la práctica, hay una violación a la convención<sup>59</sup> y por ende al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

#### **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 formas establecidas por la ley.*

57 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 61 (17 jun. 2005), reiterado en Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 51 (31 agos. 2001).

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 76 (31 agos. 2001).

59 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,30 (24 agos. 2010).

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*<sup>60</sup>.

#### **Propiedad privada o colectiva y bienes:**

Lo primero que resalta la Corte en el caso en cita, es que la titulación del texto del artículo 21 en inglés y en español no coincide aparentemente<sup>61</sup>. Así, el formato en inglés se refiere a la “propiedad” genéricamente hablando, el de español, se refiere a la “propiedad privada”. Sin embargo, dicho Tribunal ha considerado que la propiedad es un derecho consuetudinario<sup>62</sup> y le ha dado a dicho artículo un sentido amplio (adoptando el concepto inglés y por ende, sin restringirlo a un interés meramente individualista), es decir, considera tanto la propiedad privada como la colectiva, como derecho humano.

En otra jurisprudencia<sup>63</sup> se resalta que este artículo involucra el derecho al uso y goce de los **bienes** (numeral primero), vocablo que integra la propiedad material e inmaterial<sup>64</sup> y que se define 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 incorpóricas y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor*”<sup>65</sup>. Así, la protección no se refiere únicamente a elementos externos y valorables pecuniariamente (verbigracia: casas, enseres, vehículos), sino también a los de contenido subjetivo (espirituales, culturales, afectivos; tales como la alegría o paz que representa para un indígena el bañarse en un río –en contraste con hacerlo en un lugar cerrado y artificial–, el observar el amanecer, tejer su vestido en vez de comprarlo o comunicarse con sus muertos).

60 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21, 22 nov. 1969.

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 73 (31 agos. 2001).

62 *Ibidem*.

63 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 52 (31 agos. 2001).

64 *Ibidem*.

65 *Ibidem*.

En el caso analizado consideró además el juzgador que cuando el Estado no realiza la delimitación de las tierras indígenas (las demarca), ni otorga títulos de propiedad a las comunidades, ni brinda medidas efectivas que garanticen el derecho de propiedad, incurre en violación de dicho derecho a la propiedad<sup>66</sup>; y expresó que al otorgar concesiones madereras en territorios indígenas sin su consentimiento, los países (en este caso Nicaragua), ponen en peligro a las comunidades y violan su derecho ya que éstos no pueden “*administrar las tierras indígenas como tierras estatales*”<sup>67</sup>.

### **Territorio: Derecho Humano Indígena**

Seguidamente, la jurisprudencia resalta la importancia del territorio para los pueblos indígenas, así:

*Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma **comunal** de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras*<sup>68</sup>.

Dicho planteamiento ha sido reiterado en otros asuntos y al resaltar que “los derechos territoriales indígenas guardan relación con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado”<sup>69</sup> y que el territorio es una “condición necesaria para la reproducción de su cultura”<sup>70</sup>,

para su desarrollo, ejecutar sus “planes de vida” y conservar su patrimonio cultural:

“...la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de la comunidad indígena transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de la comunidad y grupos indígenas”<sup>71</sup>.

En un caso más<sup>72</sup>, reiteró que, para los pueblos autóctonos, dicho elemento tiene relación con: el uso (agricultura, ganadería, vivienda, etc.); la presencia tradicional (ceremonias, entierros, medicina); cultivos; caza; pesca; recolección; utilización de los recursos naturales (madera, agua, semillas)<sup>73</sup> y otros elementos de su cultura<sup>74</sup>.

En ese sentido, “la tierra para las comunidades indígenas tiene que ver con su subsistencia, cosmovisión, religiosidad e identidad cultural”<sup>75</sup>.

### *Derecho de Dominio y Título Legal*

La jurisprudencia ha afirmado que el carecer de título legal de propiedad colectivo o individual no nuga este derecho: “en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”<sup>76</sup>.

Igualmente, el que el Estado haya registrado la comunidad con otro nombre, diferente al que el pueblo indígena se atribuye, no puede ser excusa para reconocer el atributo; eso “es un hecho

66 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 1 (31 agos. 2001).

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem*.

69 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 79 (17 jun. 2005).

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*.

72 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,30 (24 agos. 2010).

73 Convenio 169 de la OIT, art. 15.1.

74 *Ibidem*.

75 *Ibidem*.

76 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Moiwana v. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 124, 57 (15 jun. 2005).

histórico social que hace parte de su autonomía<sup>77</sup> y debe ser respetado.

### ¿Se puede pedir la propiedad del bien pese a haber perdido la posesión?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que:

- “la posesión tradicional indígena es equivalente al título de dominio<sup>78</sup>.”
- “la posesión tradicional le da el derecho a los indígenas de exigir la titulación y el registro<sup>79</sup>.”
- Acreditado ello, “el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de la comunidad indígena”.
- Si la posesión ha sido suspendida, por causas no imputables a ella (a la comunidad indígena), tiene derecho a la devolución salvo cuando “legítimamente” ha sido trasladada a terceros de buena fe.
- “Pero –aun así– tendrá derecho a recuperarla o a obtener otras de igual extensión y calidad<sup>80</sup>, previa consulta a la comunidad indígena<sup>81</sup>.”
- Siempre que se mantenga una relación espiritual y material con la tierra, tienen derecho a recuperarla<sup>82</sup>.

### ¿Prescribe el derecho?

Mientras la comunidad exista y su relación con la tierra subsista, el derecho al territorio no prescribe<sup>83</sup>.

Relativo a “si se genera conflicto entre la propiedad indígena y la propiedad privada de particulares la convención americana y la jurisprudencia determinan las pautas para admitir restricciones a esos derechos<sup>84</sup>”, los límites deben: estar establecidos en la ley “ser necesarios proporcionales (y) adecuados al fin legítimo de la sociedad<sup>85</sup>”

En conclusión, dicho derecho humano involucra la protección a todos los bienes (materiales e inmateriales) y a la propiedad individual y colectiva; independiente de que el Estado haya realizado la titulación o no, de que la posesión se haya perdido por causa no atribuible al pueblo indígena o de que existan controversias con particulares.

### Artículo 24:

*Igualdad ante la ley.*

*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley<sup>86</sup>.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que la falta de reconocimiento de la propiedad indígena implica la violación al derecho a la igualdad y la no discriminación<sup>87</sup> en la medida en que no existe una cosmovisión exclusiva, ni una sola forma de organización socio cultural, ni una sola forma de propiedad. Todas las organizaciones deben ser respetadas, todas las formas de propiedad también. Este derecho implica que, al interpretar las normas, se deben tener en cuenta las características propias de los indígenas<sup>88</sup>.

77 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,11 (24 agos. 2010).

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*.

80 *Ibidem*.

81 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 72 (31 agos. 2001).

82 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 30 (24 agos. 2010).

83 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y

Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 76 (31 agos. 2001).

84 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 81 (17 jun. 2005).

85 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 82 (17 jun. 2005).

86 CADH art. 24.

87 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 74 (31 agos. 2001).

88 Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 27 (31 agos. 2001).

En dicho evento se consideró además, que la falta de titulación y de respeto a la propiedad indígena, implicó a la vez la vulneración de los derechos reconocidos en la Convención Americana a la vida (art. 4), honra (art. 11), dignidad (art. 11), libertad de conciencia (art. 12), libertad religiosa (art. 12), libertad de asociación (art. 16), protección de la familia (art. 17) y de circulación y residencia (art. 22)<sup>89</sup>; además del Convenio 169 de la OIT<sup>90</sup>, específicamente los artículos 13 numeral 1 (importancia cultural y espiritual de la tierra para los indígenas) y 14 numeral 1 (derecho de propiedad y posesión tradicionales y utilización habitual de terrenos); y las normas de derecho internacional consuetudinarias ya que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras han sido reconocidos tradicionalmente<sup>91</sup> y respaldados por el artículo 4 de la Convención Interamericana.

### 3.2 Derechos relacionados con la vida y la supervivencia de los integrantes y del pueblo indígena:

- Involucra entre otros:
- Derecho a la igualdad<sup>92</sup>.
- Derecho a cultivar sus tierras y “explotarlas”<sup>93</sup>.
- Derecho a la vida digna y alimentación tradicional<sup>94</sup>.
- Derecho a preservar los recursos naturales, renovables y no renovables; y no explotación ajena en sus territorios<sup>95</sup>.
- Derecho al desarrollo<sup>96</sup>.

89 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 74 (31 agos. 2001).

90 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 78 (31 agos. 2001).

91 *Ibidem*.

92 DUDH, art. 7. Convenio 169 de la OIT, art. 2.2, 27 jun. 1989.

93 DNUDPI art. 2.

94 DNUDPI art. 7.

95 DNUDPI art. 23.

96 DNUDPI arts. 3, 21, 23.

- Derecho a la salud y acceso a plantas medicinales<sup>97</sup>.
- Derecho a sus manifestaciones espirituales y prácticas religiosas, políticas, sociales, culturales en territorios sagrados<sup>98</sup>.
- Derecho a la educación<sup>99</sup>.
- Respeto por sus normas y sanciones (verbigracia la pena de destierro aplicada en algunos pueblos indígenas)<sup>100</sup>.
- Derecho a la identidad y autonomía<sup>101</sup>.
- Protección contra intromisiones<sup>102</sup>.
- Derecho a la integridad<sup>103</sup>.

Dicho tema ha sido abordado en los casos de las comunidades indígenas *Yakye Axa* (“isla de Palmas”<sup>104</sup>, sentencia del 17 de junio de 2005)<sup>105</sup>, *Sawhoyamaxa* (“del lugar donde se acabaron los cocos”<sup>106</sup>, sentencia del 29 de marzo de 2006)<sup>107</sup> *Yxakmok Kàsek* (sentencia del 24 de agosto de 2010)<sup>108</sup>, las tres contra el Estado paraguayo y cuyo análisis conjunto se realiza a continuación:

El organismo interamericano inicia su estudio resaltando las características de dichos pueblos indígenas y señala cómo inicialmente eran nómadas, se dedicaban a la caza, pesca y recolección de frutos y hoy en día, debido a los

97 DNUDPI arts. 27, 29.

98 DNUDPI arts. 11, 12, 25.

99 DNUDPI arts. 14, 15.

100 DNUDPI arts. 4, 6, 34.

101 DNUDPI art. 13, 33, 34.

102 DNUDPI arts. 8, 10, 30.

103 DNUDPI arts. 31 y 36.

104 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 26 (17 jun. 2005)

105 *Ibidem*.

106 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 31 (31 agos. 2001).

107 *Ibidem*.

108 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 1 (24 agos. 2010).

procesos de colonización y replegamiento, son multiétnicos. Relata que la colonia española no tuvo muchas repercusiones en ellos y que estuvieron aislados hasta finales del siglo XIX. Gracias a diversos dictámenes periciales, afirma que Paraguay cuenta con 20 etnias que pertenecen a 5 familias lingüísticas:

- Enlhet – Enenlhet (antes llamada lengua Mascocoy<sup>109</sup>),
- Mataco – Mataguayo,
- Zamuco,
- Guaicurú y los
- Guaraní.

De ellas, 17 etnias se encuentran en el Chaco y pertenecen a las 5 familias lingüísticas indicadas<sup>110</sup>. “La familia lingüística Enlhet – Enenlhet, está compuesta por seis pueblos”<sup>111</sup> y habitan en la zona central del Chaco, específicamente en *Pozo Colorado, Estancia Salazar (o Zalazar) y Cora – I*<sup>112</sup>.

Dichos pueblos son:

- Enxet (sur),
- Enlhet (norte),
- Sanapanà,
- Angaitè,
- Toba Mascocoy y
- Guaná.

Los dos primeros (Enxet sur y Enlhet norte) forman parte de la comunidad *Sawhoyamaxa*, que “está formada por varias aldeas” y en el 2006 contaba con 406 integrantes. Los *Yakye Axa* pertenecen a los *Chanawatsan* (“los del río Paraguay”), integrantes a su vez del pueblo lengua Enxet sur<sup>113</sup>. La comunidad *Yakye Axa* tenía a la fecha de la sentencia (2005) 319 integrantes aproximadamente, divididos en 90 familias<sup>114</sup>. Su lengua es el enxet sur, aunque algunos hablan guaraní y otros castellano.

Describen las jurisprudencias en cita, que la colonización del Chaco y la conformación de estancias obligaron a los indígenas a trasladarse a las mismas: “Entre 1885 y 1887 el Estado vendió 2/3 del Chaco en la bolsa de Londres para financiar la deuda de Paraguay tras la guerra de la triple alianza. Ello se hizo sin tener en cuenta los intereses y derechos de los indígenas que la habitaban”<sup>115</sup> y ocasionó que las tierras quedaran en manos de latifundistas, empresarios y ganaderos que se dedicaron a cultivos, industria maderera y ganadería; igualmente se instalaron misiones religiosas. Dicha privatización del territorio obligó a muchos amerindios, que no querían perder contacto con su territorio, a “emplearse” como peones de dichas fincas, lo que en últimas los convirtió en sedentarios (trabajaban en determinada finca, no podían ir y venir libremente). Con el paso del tiempo, esos latifundios se fueron dividiendo y el cerco al territorio ampliándose. Así, los nativos tenían cada vez más barreras para ingresar a sus territorios ancestrales, visitar sus lugares sagrados y practicar sus ritos.

Más adelante, los patrones de las estancias empezaron a establecer restricciones a los indígenas para tener animales, acceder a cultivos o frutos de la tierra y salir de las fincas, custodiadas por celadores o vigilantes privados; imponiéndoles multas y castigos a quienes se atrevían a contrariar dichas disposiciones. Ello llevó a que muchos indígenas dejaran las estancias y se fueran a vivir al lado de la carretera, otros se asentaron en “santa elisa” y en el “kilometro 16”<sup>116</sup>, expuestos al “hambre ante la imposibilidad de cazar, pescar y recolectar frutos, sin acceso a agua potable, sometidos a la sequía en ciertas épocas del año, sin poder trabajar en sus cultivos, sin baños, escuelas, sin registro civil y por ende de defunción, ni documentos de identificación, vulnerables a enfermedades”<sup>117</sup>. Subrepticamente debían ingresar a las estancias en busca de alimento.

109 *Ibidem*.

110 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 11 (24 agos. 2010)*.

111 *Ibidem*.

112 *Ibidem*.

113 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 26 (17 jun. 2005)*.

114 *Ibidem*.

115 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 16 (24 agos. 2010) (peritaje de Rodolfo Stavenhagen folio 620 – 651)*.

116 *Ibidem*.

117 *Ibidem*.

Desde 1996 muchos *Yakye Axa* vivían al lado de la carretera en la ruta “*Pozo Colorado*” y “*Concepción*”<sup>118</sup>, frente a la estancia “*Loma Verde*”.

En lo referente a la comunidad *Sawhoyamaxa* iniciaron los trámites administrativos para la reivindicación de sus tierras en 1991<sup>119</sup> y ocho años después, en 1999, la entidad se declaró incompetente para resolver la solicitud y la remitió a otra entidad gubernamental (INDI) quien hasta la fecha de la sentencia –2006–, tenía inactivo el proceso. Además se presentaron dos proyectos de ley para tal reconocimiento, pero los mismos fueron rechazados. En este caso murieron más de treinta y un miembros de la comunidad por enfermedades como pulmonía, tétano, sarampión, anemia, deshidratación, enterocolitis; muchos de ellos recién nacidos y en todo caso menores de 2 años<sup>120</sup>, como consecuencia de la expulsión de sus territorios ancestrales.

A la estancia *Salazar* (Pozo Colorado) se fueron a vivir algunos miembros de los pueblos *Sanapaná* y *Enxet*<sup>121</sup>, en principio separados por etnia, pero con el tiempo unidos en matrimonios, generando la comunidad *XákmokKàsek* o “*Nido de Pajaritos*” o “*Muchas Cotorritas*”<sup>122</sup> (loros pequeños).

Dicha comunidad *XákmokKàsek* (habitante de la hacienda *Salazar*), estaba conformada en el 2010 por aproximadamente 286 personas, de las cuales, según la sentencia en cita:

- El 73.7% son *Sanapaná*,
- El 18% *Enxet* (sur),
- 5.5% *Enlhet* (norte),
- 2.4 % *Angaitè* y
- 0.4% *Toba Qom*.

Posteriormente, la estancia *Salazar* fue dividida en varios lotes y vendida. El cercamiento de las nuevas fincas dificultó la libre circulación de los indígenas por su territorio y actividades

118 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 28 (17 jun. 2005).*

119 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 43 (31 agos. 2001).*

120 *Ibidem*.

121 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 12 (24 agos. 2010).*

122 *Ibidem*.

como la caza, pesca y visita a lugares sagrados. Con el tiempo, la agricultura pasó a un segundo plano, con ello la seguridad alimentaria de las comunidades fue disminuyendo. Cada vez más, los indígenas debieron suministrar su mano de obra a los dueños de las haciendas para conseguir algún alimento, lo que los convirtió en sedentarios. En la estancia *Salazar* se llegó a prohibir el cultivo y la posesión de animales; debieron ejercer la caza a escondidas, aunque cada vez era más difícil por la seguridad privada del sector que les impedía ingresar y salir de la finca libremente.

Desde 1990 la comunidad inició los trámites administrativos para obtener la devolución de sus tierras. La situación se hizo tan difícil que en el año 2005 la comunidad *Angaitè* les cedió 1500 hectáreas para que algunos se fueran a vivir allí. Los *Xákmok* le solicitaron al gobierno:

Que titulara esas 1500 hectáreas a su nombre.

Que les devolvieran parte de su territorio ubicado en la Estancia *Salazar* (10.700 hectáreas más o menos).

A la primera petición el gobierno se negó. La segunda se encontraba en trámite desde hacía varios años, sin que se decidiera de fondo. El 25 de febrero de 2008 la situación en la Estancia *Salazar* se hizo insostenible y la mayoría de los miembros de la comunidad se fueron al territorio regalado por los *Angaitè*; otros emigraron a diversas comunidades.

En el 2008 y sin consulta previa a los indígenas, el gobierno declaró parte de la Estancia *Salazar* como “*área silvestre protegida bajo dominio privado*” por 5 años y bajo vigilancia de guardabosques con potestad de efectuar arrestos. Aproximadamente el 40% de dicha zona era territorio reclamado por la comunidad *Xákmok*. Dicha declaración impedía la expropiación de las tierras, la caza, pesca y recolección de frutos. En este caso se demandaba la responsabilidad internacional del Estado paraguayo por la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena *XákmokKàsek*, territorio reclamado desde 1990. La Corte encontró que los derechos a un procedimiento efectivo y a la propiedad se habían vulnerado por parte del Estado paraguayo teniendo en cuenta que la comunidad indígena había iniciado en 1990 los trámites para la devolución de sus territorios y en

el 2010 todavía no había un pronunciamiento o decisión al respecto.

Además de los derechos a las garantías y la propiedad, en los tres casos citados se demostró la vulneración de los derechos a la vida tanto física como digna (artículo 4.1), integridad personal (artículo 5.1), personalidad jurídica (artículo 3), de los niños y niñas (artículo 19) e identidad cultural (Protocolo Adicional de la Convención Americana, artículos 14 y 17), así:

#### Artículo 4.1

*Derecho a la vida.*

*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. ...*

En una primera etapa de los Derechos Humanos, este atributo fue entendido como una obligación negativa en el sentido de imponer al Estado el deber de “no matar” o impedir que “se matara” a sus integrantes. Por ello se inició una cruzada para abolir paulatinamente la pena de muerte y se han impuesto sanciones ejemplares cuando de una u otra manera el Estado ha participado en el asesinato de una o más personas; sin embargo, hoy por hoy, incluye comportamientos afirmativos del Estado.

Obligaciones de los Estados en la materia:

*... los Estados deben adoptar las medidas necesarias para **crear un marco normativo adecuado** que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un **sistema de justicia efectivo** capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y **salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna**, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho<sup>123</sup>. (negrilla no original)*

#### ¿Cuándo responde el Estado?

La jurisprudencia de la Corte ha establecido que un país no puede ser condenado por toda

123 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 79 (31 agos. 2001).*

muerte que ocurra en su territorio. Debe probarse que el mismo era consciente del riesgo y que pese a serlo no trató de impedirlo, ello aunado a su papel de garante:

*Un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgados razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo<sup>124</sup>.*

Pero, tal y como se expresó en otro caso, si como consecuencia del abandono de sus territorios, los indígenas se ven sometidos a condiciones de vulnerabilidad que llevan a la muerte y grave estado de salud de los integrantes, y el Estado, conocedor de dicha situación (riesgo) no toma medidas suficientes, debe responder<sup>125</sup>.

#### Derecho a la vida digna: Obligaciones positivas.

Relacionado con el Artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

*Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.*

*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*

124 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKásek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,47 (24 agos. 2010).*

125 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 79 (31 agos. 2001).*

*nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Uno de los principales aportes del pensamiento social y de la segunda generación de derechos, incluida la filosofía del bienestar, fue el reclamar de las organizaciones políticas un papel activo y las denominadas obligaciones de “hacer”, como crítica al abstencionismo practicado por los estados liberales. Así, no basta un reconocimiento teórico de los atributos fundamentales del ser humano, siendo menester que los mismos se traduzcan en calidades coherentes con la naturaleza esencial de dichos seres. Es por ello, que

*... este derecho comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna<sup>126</sup>, “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objeto de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.<sup>127</sup>*

También comprende el tener y respetar su propio proyecto de vida, tanto individual como colectivo, reafirmando que el derecho a la vida no puede ser suspendido ni derogado.

### **Derechos Asociados a la Vida Digna**

#### **Derecho al agua:**

La riqueza natural de nuestro continente hacía que el agua fuese un recurso abundante y sus condiciones de pureza envidiables. Hoy por hoy, la contaminación, el calentamiento global, el aumento de la población y la escasez en ciertos lugares, la han convertido en un “producto” asequible solo a un porcentaje de la población

126 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 88 (17 jun. 2005).*

127 *Ibidem*.

mundial. Su potabilidad y permanencia también son restringidas.

Si bien se ha discutido en muchos países si éste debe ser considerado un derecho para los habitantes y una obligación de los Estados, o un servicio por el cual hay que pagar, lo cierto es que este líquido tiene relación estrecha con la vida ya que con él se solventan necesidades de alimentación, prevención de enfermedades, higiene, entre otros, y su ausencia, sobre todo en comunidades en situación de hacinamiento, repercute no solo en la vida digna sino incluso en la existencia física.

El mismo comprende

*El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica<sup>128</sup>.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la vida digna se vulnera cuando la población no tiene acceso al agua potable, el Estado es consciente de ello y no hace nada<sup>129</sup>. En el caso específico, la comunidad XákmokKàsekno contaba con dicho servicio desde el 2003, “aunque en algunos meses del 2009, en época de sequía, el Estado suministró aproximadamente dos litros por persona, cuando internamente el mínimo es 7.5 litros<sup>130</sup>.”

#### **Derecho a la alimentación:**

Los pueblos indígenas tienen una dieta propia, armónica con el entorno en el que habitan, por lo general balanceada y acorde a los ciclos climáticos. Así, existen comunidades que habitan cerca a los ríos y por ende sus métodos de subsistencia – y representaciones culturales, sociales y artísticas–, están influidas fuertemente por el elemento

128 *Observación general número 15. Derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).*

129 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,48 (24 agos. 2010).*

130 *Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,48 (24 agos. 2010).*



hídrico. Sus organismos se han adaptado a unos componentes nutricionales que les otorgan un biotipo y sistema inmunológico específicos. Dicha forma de alimentación difiere de la de los pueblos ubicados en la zona andina u otra zona geográfica. Cuando la comunidad indígena se ve imposibilitada de ejercer su forma de alimentación tradicional (cazar, pescar, recolectar frutos), se vulnera dicho derecho; máxime cuando implica un cambio en sus patrones nutricionales y los deja a merced de enfermedades<sup>131</sup>; ello por no mencionar los efectos en su identidad y expresiones culturales. En el caso específico de Paraguay, los propietarios de fincas impedían a los indígenas tener cultivos o animales, cazar, etc., y los que poseían dinero debían comprar la comida en la propia estancia. Se demostró en el curso del proceso que el Estado no suministró mercados a los que habitaban al lado de la carretera sino de manera esporádica, solo comían una vez al día<sup>132</sup> y el alimento no llenaba las medidas nutricionales mínimas. En Colombia, los indígenas se ven sitiados por la guerrilla y los paramilitares en sus territorios, quienes siembran minas antipersonales para evitar la movilización de los mismos, impidiéndoles acceder al alimento; los que se desplazan, prefieren acudir a las grandes ciudades en donde cambian su alimentación tradicionalmente natural (frutas, verduras), por comida artificial (refrescos, golosinas), enlatada y procesada (sopa en polvo, pasta). En el caso analizado, el tribunal interamericano encontró que los niños XákmokKàsek se encontraron en un 17.9 % bajos de peso y de estatura, y el 90% estaban desnutridos<sup>133</sup>.

#### **Derecho a la Salud:**

Un nivel aceptable de bienestar físico, mental y espiritual, solo es posible en el marco de unas condiciones acordes con la dignidad de la persona. El territorio, además de constituir la fuente para una alimentación balanceada, está ligado con el derecho a una vivienda y cuando ésta es adecuada (posee sistema de alcantarillado,

ventilación adecuada, condiciones de higiene, etc.), otorga un ambiente sano, estable y tranquilo que permite desarrollar una vida normal. Está demostrado que las tasas más altas de mortalidad y morbilidad se presentan en lugares rodeados de pobreza y miseria. Cuando los nativos se ven compelidos a abandonar su terruño o el mismo es objeto de explotación indiscriminada, sometidos a ambientes desconocidos, inestabilidad, estrés y alejados de su medicina autóctona, son propensos a enfermedades que en su territorio no están presentes. En Paraguay se evidenció que los niños se encontraban desnutridos, padecían enfermedades como tuberculosis, diarrea, mal de chagas, epidemias; algunos murieron como consecuencia de ello, otros no habían sido vacunados. El centro de salud más cercano estaba a 75 Km. y si la enfermedad era compleja, el hospital de mayor nivel quedaba a 400 Km. Si bien la atención era gratuita, ellos carecían de dinero para el transporte y los medicamentos; en algunos casos los devolvieron después de una consulta formal, muriendo pocos días después.

En el caso XákmokKàsek se comprobó la muerte de al menos 28 personas, la mayoría niños y personas de la tercera edad, por gastroenteritis, neumonía, anemia, tuberculosis, deshidratación y demás enfermedades asociadas a la falta de agua y alimento. La Corte concluyó que algunas de esas muertes se hubiesen podido evitar muy fácilmente.

En el de la comunidad Sawhoyamaya, la Corte demostró que Paraguay conocía la situación, que en 1997 se realizó un informe sobre las muertes asociadas a la situación de abandono, que declaró el estado de emergencia pero en 6 años solo envió víveres en 10 ocasiones y medicamentos en 2; como consecuencia de la desidia estatal, murieron niños menores de 3 años, algunos porque no recibieron atención médica o carecían de medios de transporte para llegar al centro de salud, otros porque no tuvieron con qué comprar los medicamentos.

#### **Violación de la auto subsistencia y auto sostenibilidad.**

En desarrollo de la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la identidad, cada grupo étnico ha logrado durante siglos desarrollar una forma propia de obtener las condiciones mínimas para solventar sus

131 *En no pocos casos, los indígenas deben trasladarse a ambientes totalmente extraños, verbigracia de una zona cálida a una fría o de un ambiente rural a uno urbano, quedando totalmente expuestos a consecuencias ambientales para las que no están preparados..*

132 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,51 (24 agos. 2010).*

133 *Ibidem.*

necesidades y permanecer. Algunos han optado por la cría de animales, otros dan primacía a la agricultura, unos más siguen siendo nómadas. El modelo escogido los define, les brinda autoestima y les ha permitido existir desde antes de la llegada de los españoles y portugueses al territorio hasta nuestros días, de una manera independiente. La carencia de tierra los lleva a una mayor dependencia del Estado y su preservación pasa de ser algo que depende de ellos a una expectativa ligada a la caridad ajena. En Colombia, el cambio de lo rural a lo urbano que deben enfrentar los indígenas desplazados, los convierte en muchos casos en “pordioseros” ante la imposibilidad de realizar las actividades que tradicionalmente conocen. “*Vivir en la miseria lleva a la muerte de la comunidad*”<sup>134</sup>.

#### Educación:

La permanencia y trascendencia de un grupo humano constituyen un ejercicio dinámico, atado a la recreación y renovación social. Además de constituir un espacio de intelectualidad, la escuela edifica la autoestima y reafirma los valores familiares, las relaciones de afecto y la conciencia cívica-solidaria, orientados a la supervivencia del grupo y en últimas de la humanidad. Cuando dicho ciclo se rompe, el saber se pierde, máxime en esquemas de oralidad, y con él se pierden los seres que van detrás.

En los casos en cita, si bien había centros educativos, éstos carecían de techo, piso, pupitres, sillas y libros<sup>135</sup>. En época de sequía la problemática aumentaba; además, no se practicaba la etnoeducación, las clases se orientaban en Guaraní y Castellano, pero no en las demás lenguas propias<sup>136</sup>. Finalmente, los niños no asistían a la escuela ante la escasez de comida y agua.

#### Derecho a la integridad personal

##### Artículo 5.1

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

134 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKâsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,55 (24 agos. 2010).*

135 *Ibidem*.

136 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKâsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,54 (24 agos. 2010).*

Los seres humanos somos únicos, irrepetibles, tesoros que no deberían ser mancillados. Similar situación ocurre con los pueblos indígenas: cada uno posee una organización política, social, económica, religiosa, jurídica, cultural, artística, propia. Una lengua original; un saber medicinal; conocimientos en agricultura, ganadería, arquitectura, astronomía, geografía, veterinaria, caza, pesca, música, danza, cestería, tejido, carpintería, elaboración de joyas, escultura, manipulación de metales, navegación, tradición oral; su historia, experiencia, vestidos, valores y alegría; todos ellos únicos, irrepetibles y hermosos. Ellos conforman parte del patrimonio universal y de la biodiversidad y tienen derecho a ser respetados y a subsistir. Los Estados son responsables, afirma la jurisprudencia regional, si son concededores de situaciones de vida infrahumana de la población desplazada y no hacen nada<sup>137</sup>.

En el caso de la Comunidad Moiwana contra Suriname<sup>138</sup> (sentencia del 10 de junio de 2005) en la cual se demandaba la responsabilidad del Estado por la masacre ocurrida el 29 de noviembre de 1986 presuntamente a manos de las fuerzas armadas de Suriname contra la comunidad

137 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 87 (31 agos. 2001).*

138 En este asunto, la Corte describe que, en el siglo XVII, fruto de la esclavitud fueron llevados desde África a Surinam y obligados a trabajar en plantaciones. Algunos lograron huir al oriente del país en zona de “bosque lluvioso” y tomaron el nombre de “Maroons”. Ellos se dividen en:

- a) N’djuka (declarados libres por Holanda en 1760, En 1837 Holanda proclamó el derecho a residir en sus territorios)
- b) Matawai
- c) Saramaka
- d) Kwinti
- e) Paamaka
- f) Boni o aluku.

Suriname se independizó de Holanda en 1975 y a la fecha de la sentencia, cuentan con 49.000 miembros aproximadamente. La herencia del poder es matrilineal, tienen su propio idioma, historia, cultura y religión. Resalta la Corte que la Constitución de Surinam reconoce que los indígenas son personas, aunque no reconoce jurídicamente a las comunidades ni el derecho colectivo a la propiedad de la comunidad. El régimen militar instaurado en 1986, dio como respuesta el movimiento de resistencia militar de 1986, conformado por guerrillas; una de ellas “Los “jungle comando” liderada por un Maroon. Enfrentamientos entre el ejército y los jungle comando ocasionaron la muerte de civiles, 24000 desplazados entre 1986 y 1987. Se calcula que 1/3 de los desplazados eran Maroons. Algunos de ellos huyeron a la ciudad de Paramaibo, otros a la Guyana francesa. No pudieron enterrar a sus muertos, ni regresar por temor. Algunos de los militares implicados fueron liberados con la connivencia del Estado. *Comunidad Moiwana v. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 124, 30 y ss (15 jun. 2005).*

N'djukaMaroon de Moiwana, en la que resultaron muertas cuarenta personas aproximadamente y otros fueron exiliados y desplazados, la Corte encontró que se habían vulnerado los derechos contenidos en:

Artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativo a la obligación de los Estados de respetar los derechos.

Artículo 22. Derecho de circulación y residencia, vulnerado con ocasión del desplazamiento padecido, aunado a la omisión del Estado de tomar medidas para promover el retorno, dentro de las cuales se deben citar la justicia (el castigo a los responsables), las medidas para enterrar apropiadamente a sus muertos y las condiciones de seguridad en la zona –garantía de no repetición–.

Artículo 21. Derecho de propiedad al verse compelidos a dejar su territorio, sus medios de subsistencia.

Sin embargo, merece la pena detenerse en la vulneración al derecho a la integridad personal contenido en el Artículo 5 de la Convención, al verse menguada su cultura y bienestar espiritual, en la medida en que los N'djuka no pudieron volver a sus tierras desde la masacre, amén de que no habían enterrado a sus muertos ni habían hecho justicia (el crimen estaba impune); presentándose una vulneración a su integridad emocional, psicológica y económica.

Según experticio del antropólogo Kenneth Bilby para los N'djuka, uno de los tres grupos que conforman a los Maroons orientales (afroamericanos), el territorio involucra<sup>139</sup>:

- La identidad colectiva;
- La historia;
- La cultura;
- La subsistencia;
- El rol de la mujer;
- La práctica de sus ritos y entre ellos el derecho a sepultar a sus muertos como reflejo del equilibrio con la naturaleza y su supervivencia;
- La cohesión;
- El cumplimiento de deberes para con la comunidad;
- La obligación de buscar justicia y

<sup>139</sup> *Ibidem*.

- El respeto por su derecho consuetudinario en el cual los castigos o penas parten del perdón, la realización de ceremonias y las indemnizaciones económicas.

Para dicha colectividad, los deberes frente a los muertos y específicamente el derecho de sepultura, reconocido en el artículo 130 de la Convención de Ginebra, tienen un vínculo importantísimo con su integridad espiritual, ya que el no acatarlos les impide seguir con sus vidas.

Así, el derecho a la integridad espiritual también puede ser objeto de violación en atentados contra el territorio indígena.

Como consecuencia de la muerte, la desintegración, el sufrimiento físico, psíquico, moral<sup>140</sup> que generó la separación de la tierra, además de la impunidad y el no poder enterrar ni honrar a sus muertos, lo que repercute en un grave daño a la integridad moral<sup>141</sup>, en el caso XákmokKàsek el tribunal regional consideró probada la vulneración de los derechos a la integridad personal, a la integridad personal cultural y a la integridad colectiva cultural.

### **Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.**

#### Artículo 3

*Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica.*

*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

Este atributo, ligado con el hecho de ser persona, con la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, está atado al deber de las organizaciones políticas de brindar las condiciones mínimas de subsistencia a todos sus habitantes.

Se viola este derecho cuando el Estado no toma medidas para expedir<sup>142,143</sup>:

<sup>140</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,61 (24 agos. 2010).*

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 88 (31 agos. 2001).*

<sup>143</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

- El registro civil de los indígenas,
- Los documentos de identidad y
- El registro de defunción.

La carencia de dichos documentos implica que jurídicamente nunca existieron para ese Estado, mucho menos fueron protegidos e incluidos en las políticas públicas. Desde el punto de vista probatorio, no puede ser alegado por el demandado que, como no existen registros de nacimiento y de defunción, los hechos no ocurrieron ya que nadie puede alegar su propia culpa.

#### **Derechos de los niños y las niñas:**

Artículo 19 de la Convención.

Consideró el fallador que las condiciones de extrema vulnerabilidad de los casos citados, fueron extremadamente graves para los niños y niñas de las comunidades. Son ellos quienes con mayor dureza deben soportar las condiciones de víctimas por cuanto su condición física los hace más propensos a las enfermedades y les impide soportar el hambre y la sed. Desde el punto de vista psicológico, no entienden la situación a la que se enfrentan, y desde el aspecto afectivo, se ven sometidos al estrés de sus mayores. Culturalmente se rompe su proceso etnoeducativo y deben renunciar a sus tradiciones, lengua, esparcimiento e identidad.

Identidad cultural:

*Derecho a los beneficios de la cultura.*

*Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:*

- Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
- Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

*Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte....*<sup>144</sup>

Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,63 (24 agos. 2010).

144 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

La Corte reitera que la posesión de la tierra guarda estrecha relación con la identidad cultural de los pueblos indígenas<sup>145</sup> e influye en:

- Lengua,
- Ritos (chamanismo),
- Iniciación de hombres y mujeres (integración a la comunidad),
- Saberes ancestrales,
- Trasmisión del conocimiento y renovación en el poder,
- Recuerdo de sus muertos,
- Cosmovisión,
- Identidad,
- Subsistencia (comida, unidad, etc.),
- Religión,
- Proyecto de vida (niños) y
- Relaciones afectivas, simbólicas y espirituales.

Así, el alejarse del territorio implica para los indígenas un "cambio en las prácticas de subsistencia"<sup>146</sup> (ya no pueden dedicarse a la agricultura, caza, pesca). Más aun, cuando muchos se separan de la comunidad y abandonan su estilo de vida tradicional para acoplarse al modelo occidental (dejan ropa, lengua, forma de vida), deben renunciar a la práctica de ritos o por lo menos con la periodicidad o forma que antes lo hacían, lo que les genera un malestar espiritual. Igualmente, dejan de tener contacto con sus autoridades y guías. Esto particularmente afecta a los niños que crecen sin cultura y lleva ineludiblemente al exterminio de la cultura.

#### **4. ¿LA PROTECCIÓN QUE BRINDA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES INDIVIDUAL O A LA COMUNIDAD?**

Por lo general, en casos indígenas la protección es individual; quien tiene interés jurídico para obtener responsabilidad estatal es el integrante del pueblo como persona natural, aunque en el fallo de los XákmokKàsek se habla de los derechos de la comunidad<sup>147</sup>, ello en coherencia

*Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 14. 17 de noviembre de 1988.

145 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,44 (24 agos. 2010).

146 *Ibidem*.

147 Voto concurrente juez Eduardo Vio Grossi, Comunidad

con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 1) que reconoce los derechos como pueblo e individualmente.

En estos casos también se encontró probada la vulneración del derecho de desarrollo progresivo (artículo 26 de la Convención), y derechos contenidos en el Protocolo Adicional a la Convención en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>148</sup>, tales como el derecho a la salud (artículo 10), medio ambiente sano (artículo 11), alimentación (artículo 12), educación (artículo 13), derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14) y derechos de los niños (artículo 16) y la tercera edad (artículo 17). Igualmente, ha adoptado el principio *Iura no vit curia*<sup>149</sup>, a efectos de no circunscribir el análisis de los derechos humanos a los taxativamente invocados.

## CONCLUSIONES

El análisis realizado permite evidenciar cómo, en el caso indígena, el territorio constituye un derecho humano que en Latinoamérica es vulnerado día a día.

Así lo avala la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha protegido tal derecho a comunidades indígenas de Nicaragua, Paraguay y Suriname.

Dichas transgresiones se dan en algunos casos por efecto del conflicto armado, pero sobre todo por los proyectos público-privados que pretenden explotar los recursos naturales presentes en la región.

Igualmente, este documento evidencia que el derecho humano al territorio trasciende la propiedad privada, el derecho a la libre circulación y residencia y a la protección del domicilio, e

involucra otros derechos relacionados con la propiedad en sentido estricto y con la vida.

Así, en el primer caso, involucra el reconocimiento del derecho a la propiedad individual y colectiva, material e inmaterial aun si se carece de título formal de propiedad, ya que la posesión se asimila al mismo. También la protección de los lugares comúnmente visitados y la no prescripción del derecho. Igualmente, el derecho a decidir las prioridades de desarrollo, coherente con el derecho a la consulta y consentimiento previos; y la protección contra desplazamientos forzados en armonía con el derecho a un recurso efectivo que trascienda la simple consagración formal en la ley.

En el caso del derecho a la vida, se entiende no solo como la obligación del Estado de proteger la subsistencia física sino la realización de acciones afirmativas relacionadas con la vida digna a través del derecho al agua potable, a la alimentación, a la salud, a la auto subsistencia y a la educación. Así mismo, el vínculo estrecho con la integridad personal, el derecho a la personalidad jurídica, identidad cultural y espiritual y más aun con los derechos de los niños y las niñas a pervivir en identidad e igualdad; lo cual solo es posible a través del respeto del territorio indígena.

Cuando por alguna causa el Estado o un particular perturban la tranquilidad de nuestro hogar, ello genera una inestabilidad física, psicológica y moral, a nivel individual y en las familias. Si además de ello se restringe, así sea de manera transitoria, el circular por una parte del territorio –por ejemplo por un evento deportivo, electoral o la realización de una obra–, nuestra agenda se ve comprometida y la exigencia de cuentas a los agentes gubernamentales se hace palpable. Sin embargo, cuando dicho disturbio ocurre en el seno de una comunidad indígena, además de la afectación individual y familiar (que se duplica como consecuencia de la relación entrañable de la tierra con su diario vivir), existe una afectación de carácter colectivo ligada con la supervivencia del pueblo como tal. En Colombia al menos 35 de los 103 grupos indígenas que existen, se encuentran en riesgo de extinción, algunos porque poseen menos de 100 integrantes, otros –particularmente los nómadas– porque la llegada de colonos a sus territorios los ha sitiado y les impide transitar libremente de un lugar a otro.

*Indígena Xákmokkàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214, 1 (24 agos. 2010).*

<sup>148</sup> Protocolo Adicional a La Convención Americana De Derechos Humanos En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, Protocolo de San Salvador, OEA 17 de noviembre de 1988. Artículo 10.

<sup>149</sup> Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 88 (31 agos. 2001).

No podemos olvidar que cada vez que una comunidad indígena desaparece, no solo mueren los individuos, sino la lengua, la música, el baile, el arte, la medicina, el saber agrícola y ganadero, el sistema jurídico, la religión y demás, que forman

parte del patrimonio mundial y de lo maravilloso de la heterogeneidad; por ello, defender su territorio es cuestión de humanidad, identidad, autoestima y desarrollo; ya que solo a través de la diversidad es posible evolucionar.

## BIBLIOGRAFÍA

- CEPAL (2006). *Pueblos Indígenas y Afrodescendientes de América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas.
- Comisión Colombiana de Juristas (2009). *Informe de Seguimiento a la Aplicación de las Recomendaciones del Relator Especial de Naciones Unidas*. (Colombia).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Maya contra Belice*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 78 de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Belice12.053.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Yanomami v. Brasil*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 7615, Resolución 12 (15 mar. 1985) Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Kichwa v. Ecuador*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de admisibilidad, (26 abr. 2010) Disponible en: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Rosendo Cantú y otros v. México - Chiapas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 49 de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/Admisible/Mexico11810.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de Aniceto Norin y Pascual Pichun v. Chile*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe de admisibilidad 89 de 2006. Petición 619-03. Radicación 12.576, 21 de oct. 2006. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Chile619.03sp.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las comunidades Embera y Kuna v. Panamá*. Comisión Interamericana caso 12354/01- Disponible en: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OEA2010. Disponible en: [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)
- Constitución Política de Colombia (1991)
- Convención de los Derechos del Niño
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Las Formas De Discriminación Racial
- CONVENIO 169 OIT, 27 jun. 1989.
- Corte Constitucional de Colombia (26 ene. 2009). Auto de seguimiento, protección de los derechos fundamentales de las personas y poblaciones indígenas desplazadas por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento. Corte Constitucional Colombiana. Auto 004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 agos. 2010). Comunidad Indígena XákmokKàsek v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 214,30 Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.doc)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 agos. 2001). Comunidad Mayagna (sumo) AwanTingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 79, 1 Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_66\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_66_esp.doc)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 jun. 2005). Comunidad Moiwana v. Suriname, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 124, 57 Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_124\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 agos. 2001). Comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 146, 76 Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp.doc)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 sept. 2003). Comunidad Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. C) 125, 78 (17 jun. 2005) y Opinión Consultiva O.C.- 18 03. Inter-Am. Ct. H. R. (ser. A) No. 18, 120. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.doc)
- DANIEL O' DONELL (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. ONU.
- OEA (9 abril 1948). *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*.
- ONU (sept. 2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.
- ONU (10 dic. 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*,
- MIKEL BERRAONDO (2006). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Serie Derechos Humanos, volumen 14. Bilbao, España: Universidad de Deusto, Instituto de Derechos humanos.
- OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 15. *Derecho al agua*. ONU
- ONIC (2010). Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC. *Pervivencia De Los Pueblos Indigenas, Palabra Dulce*, 64 (Colombia: ONIC.
- OIT (2009). . *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Ginebra: OIT.
- Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos, 23 mar. 1976.
- Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 dic. 1966.
- Suárez Vargas Clara Cecilia (2012). *Desplazamiento Indígena en Bogotá, Políticas Públicas y Responsabilidad Extracontractual del Estado (2006-2012)*. (Colombia: RC PUBLICIDAD.