



LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. NORMAS JURÍDICAS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

*Dinah Shelton**

Los pueblos indígenas y las comunidades locales enfrentan crisis ambientales. En términos generales, “[l]a explotación de los recursos naturales del subsuelo ha afectado de manera discriminatoriamente alta a los pueblos indígenas... que han asistido a la destrucción de sus territorios tradicionales como consecuencia de tecnologías altamente contaminantes y de la falta de consideración por el derecho al medio ambiente de las comunidades locales”¹. El impacto del cambio climático ha dado lugar a que el tema de la gestión ambiental adopte un carácter urgente para las comunidades indígenas y locales, cuya subsistencia depende de su estrecho vínculo con ríos, lagos, el suelo, el aire y los recursos vivos. Los glaciares andinos están perdiendo tamaño y con ellos, los lagos y los ríos de los que han dependido las comunidades durante siglos. Incluso fuera de las montañas, la falta de acceso al agua y la contaminación de esta² se producen de manera desproporcionada en las comunidades indígenas y rurales, y sus efectos se sienten con mayor frecuencia y gravedad en los miembros vulnerables de las comunidades, es decir, las mujeres, los niños, los ancianos y los enfermos³.

* Catedrática de derecho Manatt/Ahn, Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Todos los comentarios vertidos en este artículo son de carácter personal.

1 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, documento A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, §§ 49, 51 y 52. Véase también: Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: “Los derechos humanos y el medio ambiente” Informe final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini. Documento E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de julio de 1994, § 77.

2 La contaminación se define en muchos acuerdos internacionales, incluso en el artículo 192 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que, al igual que otras convenciones, define la contaminación como: “La introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el... medio ambiente... que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos..., peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del agua], deterioro de la calidad del agua... para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

3 Véase el discurso de Catarina de Albuquerque, Relatora Especial sobre el derecho al acceso al agua potable y el saneamiento, ante el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el 24 de mayo de 2011.

Los problemas ambientales son una manifestación de la distribución del poder en los Estados en donde los indígenas y las comunidades rurales son marginadas de la sociedad económica, política y socialmente⁴. A menudo se ignoran las nociones culturales y espirituales indígenas sobre el medio ambiente; las comunidades indígenas son excluidas de los procesos políticos y de planificación, y no se les informa ni se les hace partícipes de la toma de decisiones sobre proyectos de inversión y desarrollo que contaminan o merman considerablemente sus recursos; en ocasiones las comunidades indígenas y locales carecen de las estructuras y capacidades institucionales para promover sus intereses en el ámbito externo, y las autoridades estatales que controlan los territorios indígenas (a menudo considerados como “tierras públicas”) pocas veces reconocen el acceso y derechos convencionales sobre la tierra y sus recursos.

1.1. Normas de derechos humanos

Todos los individuos, incluidos los pertenecientes a las comunidades indígenas y locales deben gozar de sus plenos derechos humanos, garantizados por las normas nacionales e internacionales. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia reafirman también derechos específicos de los pueblos indígenas. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) de 2007⁵ se reconoce que los pueblos indígenas han sufrido injusticias por siglos como resultado de, entre otras cosas, la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer su derecho al desarrollo conforme a sus propias necesidades e intereses.

En consecuencia, en esta declaración se afirma la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas derivados tanto de sus estructuras políticas, económicas y sociales como de sus culturas, tradiciones espirituales, historias y filosofías (en particular, sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos). El control que puedan ejercer los pueblos indígenas sobre los hechos que afecten sus tierras, territorios y recursos es reconocido como esencial para que no solo mantengan y fortalezcan sus instituciones, culturas y tradiciones, sino también para que promuevan su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades. Así, además de todos los derechos humanos que les están garantizados, los pueblos indígenas tienen derechos colectivos que se consideran como indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, incluido el derecho a la libre determinación interna⁶. Por lo tanto, en la UNDRIP se reconocen explícitamente los derechos que tienen los pueblos indígenas a la tierra y los recursos:

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

En el artículo 10 se refuerza esta garantía ya que enfrenta un problema específico resultante de proyectos

4. PNUD. “Más allá de la escasez: poder, pobreza y crisis mundial del agua (Informe sobre desarrollo humano 2006)” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006), p. 9.

5. Aprobada por la Asamblea General mediante la resolución 61/295 el 13 de septiembre de 2007, y avalada por todos los estados miembros de Naciones Unidas.

6. La UNDRIP garantiza este derecho en dos artículos: Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.



de desarrollo mal enfocados, al afirmar que “[L]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”. En los artículos 18 y 19 se incluyen además los derechos de información, consulta y participación y su aplicación general a las

decisiones, leyes y medidas administrativas que podrían afectar los derechos de los indígenas.

Por lo que se refiere a una preocupación específica en materia de medio ambiente, en las normas de derechos humanos se especifica el derecho de toda persona a una cantidad y calidad mínima del agua para consumo y saneamiento⁷. En 1999⁸ y en 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas confirmó este derecho⁹. En la resolución 64/292 de 2010 se habla de la importancia del agua y del saneamiento equitativos, seguros y limpios como un componente integral del cumplimiento de todos los derechos humanos y necesario para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El primer párrafo operativo de esta resolución “[r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

En América Latina, las constituciones nacionales suelen proclamar el derecho a un medio ambiente seguro y saludable. Algunas constituciones alcanzan incluso a proteger determinados elementos del medio ambiente. En la Constitución de Ecuador, por ejemplo, se establece explícitamente el derecho al agua potable y el saneamiento de sus ciudadanos, y se define el “derecho a una calidad de vida” que incluye el acceso al agua potable¹⁰ y el derecho a la salud, que abarca “el suministro de agua potable y saneamiento básico”¹¹. Entre otras constituciones nacionales de la región en las que se reconoce el derecho al agua se incluyen las de Colombia¹², Guyana¹³, Panamá¹⁴ y Venezuela¹⁵.

1.2. Normas interamericanas

La postura de la Comisión en cuanto a la protección del medio ambiente ha sido reconocer que se requiere un nivel básico de salud ambiental por la propia naturaleza y finalidad de la legislación sobre derechos humanos:

El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano¹⁶.

7 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, del 14 al 25 de marzo de 1977. Publicación de las Naciones Unidas, número de venta E.77.II.A.12 (1977). Suscrito por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 32/158, en su 107 reunión del 19 de diciembre de 1977.

8 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/Res/54/175 del 17 de diciembre de 1999 (83 sesión plenaria), § 12.

9 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/64/292, A/64/L.63/Rev.1, del 26 de julio de 2010, *El derecho humano al agua y el saneamiento*.

10 Constitución de Ecuador, (1998) artículo 23(20) <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador.html>>.

11 Véase la Constitución de Ecuador, artículo 42.

12 Constitución de Colombia (1991) artículos 366, 367, 368, <confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_cons12.pdf>.

13 Constitución de la República de Guyana (1960), artículo 36, enmendado en 2003, <www.parliament.gov.gy/constitution/Content.html>.

14 Constitución de Panamá (1994) artículos 114, 225 y 265, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/panama.html>>.

15 Constitución de Venezuela (1999), artículos 127, 176 y 184, <<http://www.embavenez-us.org/constitution/intro.html>>.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, documento OEA/

Ya en 1983, en su séptimo informe sobre los derechos humanos en Cuba¹⁷, la Comisión recomendó que el Estado tomara medidas concretas y adoptara las medidas ambientales pertinentes para cumplir con su obligación de garantizar el derecho a la salud. La Comisión indicó que es “esencial” contar con un ambiente propicio para una población saludable y señaló que factores tales como el abastecimiento de agua, la eliminación de excretas y desechos industriales inciden de manera significativa en este aspecto (§ 41). La Comisión señaló las condiciones negativas en Cuba, incluida la escasez de agua y la contaminación industrial de los ríos, bahías y aguas costeras, a tal grado que se habían creado zonas muertas. La Comisión determinó que “el alcantarillado se encuentra en un estado tan deplorable que frecuentemente afecta al país de manera negativa” (§ 49). Falta de recolección de basura fue visto también como un problema grave (§ 51). La Comisión llegó a la conclusión de que las prácticas de salud ambiental e industrial requieren mucha más atención por parte del Gobierno, necesitando mejoras radicales para combatir la creciente contaminación de suelos, aire y agua (§§ 60-61).

El Gobierno es pues responsable no sólo por las acciones que tome el Estado en cuanto a la violación de los derechos humanos, sino también por las medidas que deje de tomar para evitar que otros actores degraden el medio ambiente. En el caso *Yanomamis v. Brasil*¹⁸ se alegaba que el Gobierno había violado la Declaración Americana al construir una carretera a través del territorio de los yanomamis y al autorizar la explotación de los recursos del territorio por particulares. Estas acciones dieron lugar a la llegada de personas no indígenas que trajeron consigo enfermedades contagiosas, que no fueron tratadas debido a la falta de atención médica. La Comisión consideró que el Gobierno había violado los derechos de los yanomamis a la vida, la libertad y la seguridad personal garantizados por el artículo I de la Declaración, así como el derecho de residencia y movimiento (artículo VIII) y el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI). Las violaciones se dieron particularmente porque el Gobierno procedió sin la “previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios yanomamis”¹⁹.

Anticipando las objeciones del Estado de que el desarrollo económico es cuestión prioritaria, la Comisión ha reconocido la existencia de un “derecho al desarrollo” y manifestó su acuerdo de que ese derecho implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluso mediante concesiones e inversiones internacionales. La Comisión especificó que las normas de derechos humanos de la región “exigen que [el desarrollo] tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados.”

La Comisión ha dejado en claro que está convencida de que el desarrollo debe ser sostenible y que ello requiere la protección del medio ambiente. Al hacerlo, ha citado la Declaración de Principios de las Cumbres de las Américas: “El progreso social y la prosperidad económica sólo se pueden mantener si nuestros pueblos viven en un entorno saludable y nuestros ecosistemas y recursos naturales se utilizan cuidadosamente y de



Ser.LV/II.96 doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, en 92 [denominado en lo sucesivo como Informe sobre Ecuador].

17 La situación de los derechos humanos en Cuba, Séptimo Informe, OEA/Ser.LV/II.61, Doc. 29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, capítulo XIII.

18 Caso yanomamis, resolución N.º 12/85, Caso 7615 (Brasil), en Informe Anual de la CIDH 1984-1985, OEA/Ser.LV/II.56, doc. 10, rev. 1 (1985), 24. [denominado en lo sucesivo como Caso yanomamis].

19 Caso yanomamis, Caso 7615, CIDH, resolución N.º 12/85, OEA/Ser.LV/II. 66, doc. 10, rev. 1, 24, 32 (1985).

manera responsable²⁰. La Comisión ha recomendado otras medidas positivas para mitigar los daños ambientales vinculados con las condiciones económicas. En un informe sobre Paraguay²¹, la Comisión Interamericana sugirió que el Gobierno adoptara estrategias para proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres, y señaló que estos son recursos a los que puede recurrir la gente para escapar de la pobreza.

Por lo que se refiere a las tierras indígenas y los recursos, los proyectos de desarrollo deben respetar sus derechos de propiedad colectiva. En el *Caso del pueblo maya del Distrito de Toledo*, la Comisión volvió a reconocer la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de las poblaciones del continente, pero insistió en que “las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual²²”.

La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos también reconoce explícitamente el derecho a sus tierras ancestrales como propiedad comunal (artículo 21), incluidos los recursos naturales utilizados tradicionalmente para fines económicos, culturales o espirituales²³. En términos generales, en virtud de su derecho a la propiedad, los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho a “usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente tradicionalmente les pertenece²⁴”.

La CIDH ha señalado que, entre las comunidades indígenas, la vida de sus miembros “depende fundamentalmente” de las actividades de subsistencia —agricultura, caza, pesca y recolección— que llevan a cabo en sus territorios²⁵, y que por lo tanto, “[L]a relación” que la comunidad indígena “mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia²⁶”. La preservación de la peculiar relación entre los pueblos indígenas y tribales y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que están ligados a su cultura “es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección²⁷”. El propósito de estas medidas

20 *Ibid.* en p.4.

21 *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001 [denominado en lo sucesivo como *Tercer informe sobre Paraguay*].

22 *Comunidades Indígenas mayas del Distrito de Toledo*, Informe N.º 40/04, Caso 12.053 (Fondo), 12 de octubre de 2004 [denominado en lo sucesivo como *Caso del pueblo maya del Distrito de Toledo*], § 150.

23 *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, § 118.

24 Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho” de los miembros de los pueblos indígenas “a utilizar y gozar de las tierras que... poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, subpunto D y § 141.

25 *CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(f).

26 *CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(f).

27 *CIDH, Informe N.º 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, § 128. Debido a su crucial importancia, “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporales que se desprenden de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.” [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena yayke axa vs. Paraguay*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N.º 125, § 137.] [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 24 de agosto de 2006. Serie C, N.º 146, §§ 118 y 121.] [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena xakmok kasek vs. Paraguay*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, N.º 214, § 85.] La Corte considera que los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales requieren atención “en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que ahí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.” [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, § 120.] De hecho, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas

especiales necesarias es garantizar que los pueblos indígenas puedan seguir llevando su estilo de vida tradicional, su característica identidad cultural, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, sus creencias y sus tradiciones²⁸.

Durante más de dos décadas la relatoría sobre los pueblos indígenas y la CIDH en su conjunto han elaborado normas y hecho recomendaciones para proteger la tierra y los recursos de los pueblos indígenas contra la degradación del medio ambiente. En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador²⁹, la CIDH describió las circunstancias de los habitantes indígenas de las regiones boscosas del interior del país que han sido afectadas por la contaminación ambiental derivada de la producción de petróleo. Después de una visita in loco, la Comisión explicó que “[E]l desarrollo y la explotación del petróleo alteran efectivamente el entorno físico y generan una cantidad considerable de subproductos y desechos tóxicos”. La CIDH documentó las graves consecuencias de esta situación sobre la salud y la subsistencia de la población indígena de la región amazónica.

La CIDH ha recordado que el Estado tiene el deber de *hacer cumplir sus leyes internas y sus compromisos internacionales en el ámbito de la protección del medio ambiente*; ha indicado que aunque el derecho al desarrollo implica que el Estado es libre de explotar sus recursos naturales y otorgar concesiones, las autoridades deben aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales que protegen el derecho a la vida, la salud y a vivir en un medio ambiente sano. La falta de regulación, regulaciones inapropiadas o la falta de supervisión en la aplicación de la ley puede causar graves efectos en el medio ambiente, los cuales posteriormente pueden traducirse en violaciones de los derechos humanos. Asimismo, el Estado debe adoptar medidas encaminadas a aumentar la capacidad de los individuos y grupos para salvaguardar y reclamar sus derechos, entre los que se incluyen el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones pertinentes y el acceso a la justicia mediante procesos judiciales. La CIDH aclaró que sus conclusiones sobre el impacto de las actividades de extracción de petróleo pueden aplicarse de igual forma a otros tipos de actividades extractivas con efectos nocivos sobre el medio ambiente, incluso la minería.

En su informe de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay³⁰, la CIDH hizo referencia a la falta de acceso a los territorios y el deterioro ecológico de las tierras de los pueblos indígenas del país, lo cual repercute en el goce efectivo de otros derechos humanos individuales y colectivos. La CIDH señaló que la “contaminación de las reservas de aguas... es un problema de salud pública”³¹, y que esta situación incide de manera negativa en los índices de mortalidad y desnutrición entre los niños indígenas (a una velocidad varias veces superior a la media nacional)³² y hace a la población indígena más vulnerable a enfermedades y epidemias, en particular el mal de Chagas, la tuberculosis y el paludismo³³. Además, se constató que las comunidades indígenas han sufrido “procesos intensos de deterioro y desintegración comunitaria”³⁴. La CIDH recomendó medidas concretas de reparación. El mismo año en el que emitió el informe sobre Paraguay, la CIDH recomendó que Guatemala diera a las comunidades indígenas “los medios... para mejorar [sus] condiciones de sanidad ambiental, incluyendo servicios de agua potable y desagües”³⁵.

y tribales, protegidos conforme a los Instrumentos Interamericanos de derechos humanos, abarca el estrecho vínculo de los recursos naturales ligados a su cultura que están presentes en sus territorios, así como los elementos incorporales que se derivan de tales recursos. [CIDH, Informe de seguimiento: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Documento OEA/Ser.LV/II.135, doc. 40, 7 de agosto de 2009, § 156.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 148. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena yakyé axa vs. Paraguay. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N.º 125, § 137. [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena sawhoyamaya vs. Paraguay. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, N.º 146, § 118.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, §§ 120 y 121. Esto corresponde a la noción de territorialidad indígena planteada en el Convenio N.º 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la cual se indica que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas abarca los recursos naturales que los pueblos indígenas usan como parte de su economía tradicional o que tienen usos culturales, espirituales o ceremoniales.

29 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.LV/II.96 doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, capítulos 8 y 9.

30 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.LV/II.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001.

31 *Ibid.*, capítulo IX, § 43.

32 *Ibid.*, § 36.

33 *Ibid.*, § 35.

34 *Ibid.*, § 4.

35 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 2001, § 66, recomendación 6.

En su informe de 2007 sobre el estado de los derechos humanos en Bolivia³⁶, en el que se evaluó la situación de los pueblos y comunidades indígenas afectadas por los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, la CIDH presentó dos ejemplos de impactos ambientales sobre los derechos humanos. En primer lugar, la fuerte contaminación del río Pilcomayo con desechos tóxicos afectaba a los pueblos indígenas debido a que ello disminuía sus actividades agrícolas, piscícolas y otras, además de que afectaba la salud de las personas que, por necesidad, seguían consumiendo alimentos contaminados: una situación de especial vulnerabilidad para niños, niñas y mujeres embarazadas. En segundo lugar, la contaminación de los arroyos y otros cuerpos de agua en el Bosque Seco Chiquitano originada por los desechos de un gasoducto lateral a Brasil ha afectado gravemente al territorio ancestral de los pueblos indígenas chiquitanos. En relación con los dos casos, la CIDH recordó al Estado que “el derecho a una vida en condiciones dignas se encuentra incluido en la Convención Americana”³⁷ y que cuando tenga conocimiento de la grave situación que están padeciendo las personas que viven en zonas aledañas a ríos y quebradas contaminadas como consecuencia de los proyectos de explotación de recursos, es su deber adoptar todas las medidas que tenga a su alcance para mitigar los daños que se están produciendo en el marco de las concesiones por él otorgadas, así como imponer las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las normas ambientales y/o penales respectivas.

En consecuencia, la CIDH recomendó al Estado que [E]n el marco de los proyectos que se encuentran en curso, implemente mecanismos de participación a efectos de determinar los daños ambientales que se están causando y las afectaciones a las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas que viven en los lugares de ejecución de dichos proyectos. Esto con la finalidad de que, en caso de afectaciones a su vida y/o integridad personal, se suspenda inmediatamente la ejecución de los proyectos y se impongan las sanciones administrativas y penales correspondientes. En caso de dar continuidad a los proyectos, el Estado debe garantizar la participación de los afectados en los beneficios derivados de los mismos y determinar y hacer efectivas las indemnizaciones por tales daños³⁸.

En lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales, las autoridades del Estado no pueden anularlos ni alterarlos por medios legales sin haber consultado plenamente a tales pueblos. Asimismo, es necesario cumplir con los requerimientos generales establecidos para la expropiación y otras garantías a fin de garantizar un entorno acorde con los derechos humanos básicos. La CIDH ha explicado que el derecho a la vida, protegido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se limita a la protección contra asesinatos arbitrarios. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han encontrado violaciones derivadas de problemas creados por proyectos de desarrollo industrial, incluidas violaciones del derecho a la vida, a la propiedad³⁹ y otros derechos humanos⁴⁰.

En particular, la Corte Interamericana ha señalado que el hecho de reconocer y hacer valer los derechos de los indígenas a la tierra produce las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso a agua limpia [que] impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural⁴¹.

36 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 34, 28 de junio de 2007.

37 *Ibid.*, § 253.

38 *Ibid.*, § 297, recomendación 6.

39 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(k).

40 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(o). Véase también CIDH Informe de seguimiento. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Documento OEA/Ser.LV/II.135, doc. 40, 7 de agosto de 2009, § 158.

41 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cidh.org>, 445.



En su sentencia sobre el *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname*, la Corte explicó en detalle las garantías de propiedad de que gozan los pueblos indígenas⁴². Al igual que en los casos anteriores, este se refería a reclamaciones sobre tierras y recursos derivados de concesiones otorgadas por el Estado para la exploración y extracción de recursos naturales. La Corte llegó a la conclusión de que los recursos relacionados con la agricultura, la caza y la pesca están protegidos por ser actividades de subsistencia, pero también consideró el impacto en los recursos de subsistencia de otras actividades. La Corte trató de establecer un equilibrio. Señaló que el agua potable es esencial para la pesca como actividad de subsistencia y que la calidad del agua podría verse afectada por la extracción de recursos no utilizados tradicionalmente o esenciales para la supervivencia de los saramakas. De hecho, todas las actividades extractivas pueden afectar el uso y disfrute de otros recursos necesarios para la población. Sin embargo, la Corte afirmó que la protección del derecho a la propiedad no es absoluta y que en su aplicación no se pueden prohibir todas las concesiones de exploración y extracción en el territorio saramaka. En el artículo 21 se prevé la limitación de los derechos de propiedad bajo ciertas circunstancias, pero incluso en los casos en que el Estado cumpla con las condiciones establecidas en dicho artículo, la Corte evaluará y considerará seriamente la cuestión de “si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres [de los pueblos indígenas y tribales] de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁴³.

La Corte estableció tres garantías que consideró esenciales: (1) el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción... que se lleve a cabo dentro del territorio saramaka; (2) el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, y (3) el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Cabe destacar que estos requisitos son similares a las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización, adoptadas de conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aunque la Corte no las cita directamente. La Corte considera que la participación en los beneficios es inherente al derecho a la indemnización reconocido en el artículo 21(2) de la Convención Americana⁴⁴. Este derecho a una indemnización abarca cualquier privación del uso y goce común de los bienes.

El primer deber obliga al Estado a compilar y difundir información e implica consultas continuas de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de llegar a un acuerdo. Al aplicar sus pruebas, la Corte consideró que las concesiones otorgadas por el Estado no cumplieran con las salvaguardas necesarias y que con ello se violaban los derechos del pueblo saramaka a la propiedad. La Corte ordenó la demarcación de las tierras saramakas en un período determinado y la abstención del uso del territorio hasta que se hiciera la demarcación (a menos que los saramakas dieran su consentimiento previo); revisión de todas las concesiones ya otorgadas; evaluaciones del impacto ambiental (EIA) antes de otorgar nuevas concesiones, y la adopción de medidas necesarias para garantizar la consulta con los saramakas y una reparación adecuada. La Corte concedió una indemnización por los recursos ya retirados, así como US\$600.000 por el daño ambiental

⁴² *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname*, sentencia del 26 de noviembre de 2007 [en lo sucesivo *Caso saramaka*].

⁴³ *Ibid.*, § 128.

⁴⁴ El artículo 21(2) establece que [N]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

y la destrucción de recursos que había ocurrido. El dinero iría a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido por el Gobierno de Suriname para beneficio de los saramakas.

En un reciente informe temático extenso, la Comisión Interamericana compiló las normas y jurisprudencia del sistema interamericano relativas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y los recursos naturales⁴⁵. Tal como se indica en el mencionado informe, el derecho a la propiedad garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene singular importancia para los pueblos indígenas y tribales, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que abarca el uso y goce de sus recursos naturales. Está directamente relacionado con, e incluso es un requisito previo para, el goce de los derechos a una existencia en condiciones de dignidad, incluidos los alimentos, el agua, la salud, la vida, el honor, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, los derechos de la familia y la libertad de movimiento y residencia.

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie de la Tierra y sobre los recursos naturales que se encuentran en la superficie y en el subsuelo, con el debido respeto de las especificidades del agua y de los recursos del subsuelo. Considerados en su conjunto, las tierras y los recursos naturales que los contienen constituyen el concepto jurídico de "territorio".

En la medida en que los pueblos indígenas y tribales tengan derechos de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus territorios ancestrales, los Estados deben adoptar medidas eficaces para garantizar tales derechos. Tales medidas deben ser adecuadas para su plena protección, de acuerdo con el uso tradicional y patrones de ocupación. Por lo tanto, es necesario que tanto las autoridades estatales en general como los tribunales en particular reconozcan el derecho consuetudinario indígena para que los pueblos indígenas y tribales puedan reclamar sus derechos sobre los recursos naturales, y para que se reconozcan sus posesiones ancestrales. En caso de que el Estado no adopte tales medidas, estaría violando los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.

En su informe sobre territorios, la CIDH confirmó que los Estados tienen la obligación de prevenir daños al medio ambiente en territorios indígenas o tribales que afectarían el goce de sus derechos humanos. Para cumplir esta obligación es preciso adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro ecológico del hábitat de las comunidades indígenas como consecuencia de las actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, madereras y otras actividades económicas, así como de los proyectos de infraestructura (dado que ese deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en términos de alimentos, agua y actividades económicas, espirituales o culturales). Al adoptar estas medidas, los Estados deben poner "especial énfasis en la protección de los bosques y las aguas, elementos básicos para su salud y supervivencia como comunidades." En otras palabras, los Estados deben asegurarse de "que los proyectos de desarrollo importantes que se lleven a cabo en las tierras indígenas, en zonas de poblaciones indígenas o en sus cercanías, previo cumplimiento de los requisitos y autorizaciones de ley, no causen daños irreparables a la identidad y los derechos religiosos, económicos o culturales de las comunidades indígenas"⁴⁶. Esto también se aplica a los proyectos de explotación de recursos naturales.

En términos más específicos, la CIDH ha solicitado que los Estados establezcan salvaguardas y mecanismos adecuados para garantizar que las concesiones para la explotación de los recursos naturales no causen daños ambientales que afecten a las tierras o las comunidades indígenas. Los ha exhortado a "tomar medidas para evitar daños a las personas afectadas debido al comportamiento de los concesionarios y actores privados [y a] cerciorarse de que existan medidas de protección para que no ocurran incidentes de contaminación ambiental que amenacen la vida de los habitantes de los sectores en desarrollo". El cumplimiento de estos requisitos es obligatorio aun cuando las disposiciones constitucionales o legislativas nacionales reserven para el Estado la propiedad sobre los recursos vivos, el agua y el subsuelo en los territorios indígenas.

45 Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cidh.org>.

46 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev.1, 26 de febrero de 1999, capítulo X, recomendación 5.



Conclusiones y recomendaciones

Existe una serie de medidas que pueden ser útiles para hacer frente a la crisis medioambiental desde una perspectiva de derechos humanos:

1. Integrar los derechos humanos en las decisiones en materia de desarrollo, reconociendo la indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos humanos.
2. Involucrar a las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo en los procesos decisórios como participantes activos desde el principio.
3. Adoptar procedimientos más democráticos y transparentes acordes con los derechos humanos.
4. Promover la responsabilidad y el fomento de capacidades.
5. Armonizar los aspectos prácticos y operativos de los derechos humanos y el desarrollo sin comprometer los valores esenciales de cada área.
6. Reconocer los derechos humanos como fines en sí mismos aun cuando sea imposible hacer una evaluación metódica del progreso.
7. Incluir como parte de los acuerdos de inversión y de licencias para proyectos de desarrollo las "Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares", haciéndolas así jurídicamente vinculantes⁴⁷.

47 Convenio sobre la Diversidad Biológica COP-7 (Kuala Lumpur, del 9 al 20 de febrero de 2004), decisión VIII/16, ver "Directrices Akwé: Kon": <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oswaldo Ruíz Chiriboga*

[N]o se percibe cómo una civilización podría esperar beneficiarse del estilo de vida de otra, a menos que renuncie a ser ella misma⁴⁸.

Reafirmando que la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias⁴⁹.

La cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de las obras y conocimientos que produce una sociedad determinada y no se limita al acceso a los bienes culturales, sino que es a la vez una exigencia de un modo de vida, que abarca también el sistema educativo, los medios de difusión, las industrias culturales y el derecho a la información⁵⁰. Por su parte, la cultura tradicional y popular fue definida por la UNESCO en la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) como el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

En el Preámbulo de la mencionada Recomendación se afirma que la cultura tradicional o popular "forma parte del patrimonio universal de la humanidad y que es un poderoso medio de acercamiento entre los pueblos y grupos sociales existentes y de afirmación de su identidad cultural". La diversidad cultural se refiere "a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades"⁵¹. Esta diversidad cultural "es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos [y] constituye el patrimonio común de la humanidad [que] debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras"⁵².

En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar "políticas que favorezcan] la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garantice la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz"⁵³. Por ello, "el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural"⁵⁴. La identidad cultural, por su parte, ha sido conceptualizada como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser

* Abogado ecuatoriano, fue abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Candidato a Doctor en la Universidad de Gent, Bélgica.

48 C. Lévi-Strauss, "Raza e historia" en Raza y cultura, Ediciones Catedra, Madrid, [1952], 2000, Pág. 96.

49 Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.

50 UNESCO, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (26 de noviembre de 1976), en Janusz Symonides, "Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos", Revista Internacional de Ciencias Sociales, n. 158, diciembre, 1998, disponible en <<http://www.unesco.org/issc/issc158/158page158pa.html>>, consultado el 12 de agosto de 2006.

51 Unesco, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Art. 4.1, 2005.

52 Unesco, Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre la diversidad cultural, 2001, Art. 1.

53 Ibid., Art. 2.

54 Ibid., Art. 2 - subrayado fuera del original.

reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto⁵⁵. Es una "representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo".⁵⁶ Parte integrante de la identidad cultural es el patrimonio cultural, el cual debe ser entendido como "todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos".⁵⁷ El patrimonio cultural se subdivide en patrimonio tangible e intangible. El primero corresponde a "[l]os bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos"⁵⁸; mientras que el segundo abarca a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana⁵⁹.

Se incluyen en él las tradiciones y expresiones orales, las costumbres y las lenguas; las artes del espectáculo, como la música, el teatro, los bailes, las fiestas y la danza; los usos sociales y rituales; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, como la medicina tradicional y la farmacopea; las artes culinarias, el derecho consuetudinario, la vestimenta, la filosofía, los valores, el código ético y todas las demás habilidades especiales relacionadas con los aspectos materiales de la cultura, tales como las herramientas y el hábitat⁶⁰. De todo lo anterior podemos concluir que el derecho a la identidad cultural (en adelante DIC) básicamente consiste en el derecho de todo grupo étnico cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella. No obstante, la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. La identidad fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas. Dentro de cada grupo étnico-cultural se confunden subgrupos (ancianos, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad) que continuamente retoman, readaptan o rechazan ciertos rasgos y tradicionales culturales de su grupo, todo lo cual "es parte integral de los procesos de reorganización étnica que hacen posible su persistencia"⁶¹. Del mismo modo, al entrar en contacto con otras culturas los grupos culturales toman ciertas prácticas o rasgos de la cultura ajena y los incorporan a su propia identidad⁶².

En tal sentido, el DIC también consiste en el cambio, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas y pueblos, en la inteligencia de que todo esto se haga de manera voluntaria, libre e informada por parte del grupo. Impedir o dificultar el acceso a estos mecanismos podría llevar al grupo al estancamiento y a la exclusión, poniéndose en peligro su supervivencia física y cultural. Es por esto que algunos autores sostienen que el fortalecimiento de la identidad cultural no tiene como único objetivo conservar a las culturas, sino

55 Draft Declaration on Cultural Rights, 1998, Art. 1.

56 Villoro citado en A. Donoso Romo, "Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe", en Revista Yachaykuna. Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2004, n. 5, Quito, Págs. 6-38, disponible en <<http://iocel.nativeweb.org/yachaykuna/>>, consultado el 17 de agosto de 2006.

57 E.I. Daes, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, Párr. 24.

58 Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954, Art. 1.

59 Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, Art. 2.1.

60 Véase al respecto, Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) y Convención para la Salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).

61 W. Assies, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y Hoekema, André, El reto de la diversidad, Colegio de Michoacán, México, 1999, Pág. 26.

62 Al respecto, deben tenerse en cuenta las advertencias de Lévi-Strauss (Strauss, "Raza y cultura" en Raza y cultura, Ediciones Cátedra, Madrid, [1983] 2000, Págs. 105-142) en el sentido de que cada cultura debe poner cierta resistencia al intercambio con otras culturas, pues de lo contrario muy pronto dejaría de tener nada de sí misma que intercambiar.



impulsar el despliegue de sus potencialidades en el presente y en el futuro, permitir el ejercicio de los derechos culturales, establecer canales más justos de diálogo y participación en la toma de decisiones, y evitar procesos de interacción avasalladores entre culturas diferentes⁶³.

Asimismo, debe resaltarse que por su propia naturaleza el DIC es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un “derecho síntesis”, que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos⁶⁴.

En cuanto al sujeto del derecho, la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC) reconoció que el DIC “se proyecta en dos dimensiones [...] Una colectiva y otra individual”, pero, según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. Lo cual no supone “que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”. “Lo anterior (agrega la Corte) comprende dos tipos de protección a la identidad cultural [...] una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad [Sentencia T-778/05]”⁶⁵.

Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que aún cuando ha interpretado las dimensiones sociales de ciertos derechos humanos individualmente consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁶⁶, declara la violación de los mismos únicamente en perjuicio de los “miembros de la comunidad” y no de la comunidad como tal. Lo anterior se debe a la disposición consagrada en el artículo 1.2 de la CADH, ⁶⁷ “que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de ‘persona’: El ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades”⁶⁸.

63 L. Villapoto Herrera, “Indígenas modernos. La identidad cultural frente a la interculturalidad y la globalización”, en Encuentro Sudamérica-Guatemala. Sociedades en transición, experiencias en salud mental, niñez, violencia y post conflicto, ECAP, Guatemala, 1ra. Ed., 2001.

64 Al respecto, el Art. 4 de la Declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad cultural dispone que “[l]a defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos”. En el mismo sentido, la CIDH consideró que “para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural propia”. (Informe sobre la población nicaragüense de origen miskito, Párr. 14). Finalmente, el artículo 2.1 de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Unesco, 2005) dispone: “Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

65 En un caso sobre la exención de los indígenas al servicio militar, el Tribunal colombiano sentenció que para efectos del servicio militar “no se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica”. La Corte destacó que la finalidad de la exención era “proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas” (Sentencia C-058/95).

66 Véase por ejemplo la dimensión social del derecho a la libertad de expresión en Corte IDH Caso Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111, Párr. 77; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C n. 107, Párr. 108, y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, Serie C n. 84, Párr. 146; y la dimensión colectiva de la libertad de asociación en Corte IDH Caso Hualpa Teosé vs. Perú, Sentencia de 03 de marzo de 2005, Serie C n. 121, Párr. 69.

67 CADH- “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, Art. 1.2.

68 Caso Yatama vs. Nicaragua, Voto Juez García Ramírez, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n. 127, Párr. 6.



Fotografía de Sánchez-Ojeda

Personalmente considero que habría que reformular la interpretación del artículo en mención a efectos de aceptar a la comunidad como titular del derecho. El fin que motivó la adopción de este artículo fue impedir que cualquier individuo sea excluido de la protección de la CADH argumentándose que no ostenta el carácter de persona; situación esta que nada tiene que ver con la concepción comunal de los derechos que los grupos étnico-culturales tienen, que más bien da sustento y contenido a los derechos individuales.

Además, debemos considerar que esta concepción limitativa del artículo 1.2 de la CADH presenta una serie de dificultades prácticas en el litigio de los derechos de los grupos étnico-culturales ante los órganos del Sistema Interamericano. Por ejemplo, es necesario individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad previo al sometimiento de

un caso (carga procesal que recae en las propias víctimas o sus representantes); listado que nunca será definitivo por los matrimonios, defunciones, nacimientos, movilizaciones y demás, que a diario se producen en el seno de la comunidad, lo que vuelve a la individualización difícil, costosa y a la larga inútil. Asimismo, la individualización de las víctimas puede ir en contra de la cultura de éstas, ya que por ejemplo, no se cuentan entre los “miembros” a los ancestros y las generaciones futuras, que algunos pueblos consideran como integrantes de sus comunidades. Otro problema que se presenta es que sólo se consideran víctimas de la violación del derecho individual a quienes aparecen listados⁶⁹, dejándose por fuera a quienes por cualquier razón no aparecen en esa lista.

Finalmente, la individualización también resulta inútil por el tipo de reparaciones que se pretenden obtener. Por ejemplo, la Comunidad indígena Yakyé Axa tuvo que individualizar a sus miembros, para posteriormente obtener de la Corte IDH el reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal, lo cual hubiera sido perfectamente factible sin necesidad de la individualización. En suma, la individualización de los miembros de una comunidad no resulta adecuada, útil ni justa. Ahora bien, el principal garante del DIC, así como de cualquier otro derecho humano, es el Estado dentro del cual se encuentra el respectivo grupo étnico-cultural. No obstante, dado que la diversidad cultural “constituye el patrimonio común de la humanidad”⁷⁰, la comunidad internacional también tiene responsabilidad en su protección. Esto ha quedado evidenciado, por ejemplo, con la adopción de la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos, y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). De igual forma, ha crecido la preocupación respecto a terceros ajenos a las autoridades estatales que se encuentran en control o posesión de bienes importantes para la identidad de una cultura. Al respecto, en el marco de la 31ª Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París (2001), el Director General sugirió adoptar una declaración en la que se señale que “[l]as autoridades que controlen efectivamente un territorio, sean o no reconocidas por los Estados de la comunidad internacional, así como las personas e instituciones que controlen temporalmente o a largo plazo sitios culturales importantes y bienes culturales muebles, son responsables de su protección”.

A efectos del presente trabajo, nos concentraremos en las obligaciones del Estado, cuyo incumplimiento, por acción u omisión, le acarreen responsabilidad internacional. Para ello es necesario recordar que *[e]s un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder,*

69 Esto ha forzado a la Corte IDH a “dejar la puerta abierta” para que otros miembros de la comunidad puedan ser individualizados en el futuro.

70 Declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad cultural, Art. 1.

órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, [...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación⁷¹. No obstante, no puede exigirse al Estado que proteja y promueva la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en sus territorios. Este derecho únicamente recae en los grupos étnico culturales. Quedan por fuera, por ejemplo, los grupos inmigrantes. La razón de esta separación la brinda Kymlicka⁷², quien sostiene que mientras las minorías nacionales y los pueblos indígenas mantienen el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte, a la que han sido incorporados muchas veces en contra de su voluntad, y exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como grupo, los inmigrantes, además de estar generalmente dispersos, han salido de sus respectivas culturas de una manera voluntaria⁷³, y por ende, han renunciado a parte de su cultura. “Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales⁷⁴”. En suma, mientras que para los primeros se aplica el derecho a la identidad cultural y, consecuentemente, el derecho a ser diferentes, para los segundos deben buscarse términos de integración más justos, aún cuando se les permita mantener, a manera de beneficio, ciertos rasgos de su propia cultura.

Sintetizando todo lo anterior concluimos que el DIC es el derecho de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, así como de sus miembros, a conservar, adaptar e incluso cambiar voluntariamente la propia cultura; abarca todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de los cuales depende y a la vez da sentido, y merece la protección de los particulares, la comunidad internacional y, sobre todo, del Estado.

2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como mencioné anteriormente, el enfoque principal de este artículo es la protección del DIC desde el ámbito del Sistema Interamericano de derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, organismos que se encargan principalmente de la aplicación e interpretación de la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH). Una de las razones que caracterizan y a la vez revelan la importancia del SIDH es la posibilidad que tiene de recibir peticiones o denuncias por la violación de derechos humanos de personas o grupos de personas. Como veremos, muchas comunidades indígenas han logrado la protección de los órganos del Sistema y el reconocimiento de las violaciones que se han producido en su contra. No obstante, el Sistema tiene todavía la limitante de no poseer un instrumento vinculante específico que consagre los derechos diferenciados de los grupos étnico-culturales.

Los derechos que hacen referencia directa a la cultura están consagrados en el Artículo XIII de la DADDH y en el Artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

71 Corte IDH, Caso de 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 12 de Junio de 2002, Serie C n.93, Párr. 140.

72 W. Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996.

73 El autor citado reconoce que existen casos como el de los refugiados, que han salido involuntariamente de sus países de origen. Al respecto, señala que “lo mejor que los refugiados pueden esperar, siendo realistas, es ser tratados como inmigrantes [...] Esto significa que, a largo plazo, los refugiados son víctimas de una injusticia, puesto que no renunciaron voluntariamente a sus derechos nacionales. Pero esta injusticia fue cometida por el gobierno de su país, y no está claro que podamos pedir, de una manera realista, que sean los gobiernos huéspedes quienes la reparen” (W. Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, p.140).

74 W.Kymlicka, op. cit., p. 26.

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (en adelante PSS). Estos dos instrumentos presentan algunas dificultades en el litigio internacional de los derechos culturales. En primer lugar, la Corte IDH no está facultada para aplicar directamente la DADDH dentro de su competencia contenciosa⁷⁵. En segundo lugar, el PSS no otorga competencia ni la CIDH ni la Corte IDH para conocer casos contenciosos por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales que consagra, salvo el derecho a la educación y el derecho a la libertad sindical⁷⁶. Por ello, necesitamos circunscribirnos a lo dispuesto por la CADH. En el siguiente apartado trataremos de esbozar algunas ideas sobre cómo utilizar este tratado para proteger el DIC.

2.2 La interpretación de la CADH

Las reglas de interpretación de la CADH están contenidas en el artículo 29 de la misma, el cual dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
 • 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; • 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.
Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y • 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. Los principios de interpretación consagrados en este artículo, así como los establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), permiten a los órganos del SIDH hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, puesto que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁷⁷.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido 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 este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo⁷⁸.*

Debe tenerse en cuenta, además, que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva. Particular importancia tiene el literal (b) del artículo 29 de la CADH, que ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que *si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce⁷⁹.*

⁷⁵ Aunque puede utilizarse para interpretar los derechos consagrados en la CADH (tratado sobre el cual tiene plena competencia).

⁷⁶ Véase el artículo 19.6 del PSS. No obstante, existen ciertas estrategias de litigio, como las que aborda Meliss (T. Meliss, La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de Casos, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.), que por razones de espacio no serán tratadas.

⁷⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

⁷⁸ Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.

⁷⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la CADH para interpretar sus disposiciones en el momento actual, habida consideración de la evolución experimentada en el derecho internacional de los derechos humanos⁸⁰. Asimismo, la interpretación de las normas contenidas en la CADH también debe contar con los aportes que brinda la jurisprudencia interna de los Estados parte del SIDH, especialmente en casos sobre los derechos de los grupos étnico culturales, aún en gestación en el ámbito internacional, pero con un desarrollo más amplio en la legislación y jurisprudencia internas.

Finalmente, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también constituye, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, medios auxiliares para el derecho internacional y fuente para la interpretación de la CADH. La Corte IDH y la CIDH no pueden dejar de incorporar estos avances, ya que sólo así se dará pleno sentido a los derechos que velan, y se permitirá que el régimen de protección de los derechos humanos adquiera todo su efecto útil. En palabras de Medina⁸¹: *Los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado del cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.* Sobre la base de todo lo anterior, pasemos a analizar la CADH para construir en su articulado la protección del DIC de los grupos étnico-culturales.

2.3 El DIC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El DIC no está expresamente consagrado en la CADH, sino que requiere de una construcción a partir de los derechos que este cuerpo normativo consagra. Un primer intento de construcción del DIC constituye el Voto Parcialmente Disidente del Juez Abreu Burelli en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos

1.1 [obligación de respetar los derechos], 5 [derecho a la integridad personal], 11 [protección de la honra y de la dignidad], 12 [libertad de conciencia y de religión], 13 [libertad de pensamiento y de expresión], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 17 [protección a la familia], 18 [derecho al nombre], 21 [derecho a la propiedad privada], 23 [derechos políticos] y 24 [igualdad ante la ley] del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.

A este listado me permitiría agregar los derechos consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) del mismo instrumento.

El derecho a la integridad personal Hay veces que no se puede con nada, pero de todas formas atiendo a mis pacientes por consideración, porque ellos lloran conmigo cuando no tienen dinero para curarse y viéndolos tristes los curo con todo mi corazón⁸².

80 En especial, la Corte IDH ha utilizado Convenio n. 169 de la OIT (Casos Yatama vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Molkana vs. Suriname), la Convención sobre los derechos del niño (Casos Villagrán Morales y otros vs. Guatemala y Gómez Paquiyauri vs. Perú), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Casos Tlhi vs. Ecuador e Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay), entre otros instrumentos internacionales que no forman parte del SIDH.

81 C. Medina Quiroga, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

82 Galdino Hernández Castañellanos, médico mixteco tradicional Disponible en <http://cdi.gob.mx/index.php?rid_seccion=743>, consultado el 21 de septiembre de 2005.

El DIC se nutre de la protección que brinda el artículo 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH, según el cual la integridad personal abarca la integridad física, psíquica y moral. En cuanto a la integridad física, el artículo 5 de la CADH en conjunción con el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS se relacionan con el DIC en cuanto comprenden el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, que no se les impongan tratamientos ajenos a su cultura sin su debido consentimiento libre e informado y se tenga en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. En lo que respecta a la integridad psíquica y moral conviene referirse a la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, relativo a la masacre de 39 de sus miembros en el marco de un operativo militar en 1986. Las investigaciones llevadas a cabo por la justicia estatal no dieron los resultados esperados y los crímenes aún permanecen en la impunidad. Según las costumbres de la Comunidad, si uno de sus miembros es ofendido, sus familiares están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si el ofendido ha muerto, se cree que su espíritu no podrá descansar hasta que se haga justicia⁸³.

Asimismo, debido a los hechos del caso, la Comunidad Moiwana no pudo honrar apropiadamente a sus seres fallecidos, lo que se considera una "transgresión moral profunda", que ofende a los ancestros y provoca "enfermedades de origen espiritual"⁸⁴. La Corte IDH tomó en cuenta lo anterior y consideró violentado el derecho a la integridad personal de los miembros de la Comunidad por la "indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname [y porque] han debido sentir la ira de los familiares que murieron injustamente durante el ataque"⁸⁵.

Otro caso que resulta ejemplificativo es el de los Guarani-Kiowah, un pueblo de 26.000 miembros en el Estado de Matto Grosso do Sul en Brasil, en donde ocurrió un fenómeno continuado de suicidios, cuya proporción era 30 veces mayor al promedio nacional, a causa de la profunda depresión que sentían los indígenas por el despojo de sus territorios tradicionales⁸⁶.

Como puede observarse, para muchas comunidades indígenas el rompimiento de los lazos con los ancestros, la fragmentación de su relación con la tierra y sus recursos naturales y el abandono forzado de sus prácticas culturales les produce severos padecimientos que indudablemente afectan su derecho a la integridad psíquica y moral.

2.4 Libertad de conciencia y religión

[M]e proponéis cinco varones [...] que debo conocer. El primero es el Dios, Tres y Uno que son cuatro, a quien llamáis Creador del Universo, ¿por ventura es el mismo que nosotros llamamos Pachacámac y Viracocha? [...] El segundo es el que decís 'Adán'; Padre de todos los otros hombres. Al tercero llamáis 'Jesucristo' (al que amontonaron todos los pecados) [...]

Al cuarto nombráis 'Papa'. El quinto es Carlos y es príncipe y señor de 'todo el mundo'. ¿Y entonces, este Carlos qué permiso puede requerir del Papa que no es mayor señor que él?⁸⁷ El párrafo arriba citado evidencia las contradicciones que Atahualpa descubrió en el discurso que le estaba siendo impuesto por el representante de una religión diferente a la suya. Desde esta época hasta la actualidad se ha desarrollado un proceso de destrucción de las religiones indígenas y, consecuentemente, de su identidad cultural. Una forma de imposición simbólica del poder muy utilizada por los europeos en la invasión a América era la destrucción de los templos y lugares sagrados indígenas y la erección, en el mismo lugar, de grandes iglesias y catedrales. Con ello se pretendía

83 Sentencia de la Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 8 de febrero de 2006, Serie C n. 145, párr. 95.

84 Ibid., párr. 99.

85 Ibid., párr. 96.

86 CIDH, Informe sobre Brasil, 1997.

87 Atahualpa dirigiéndose al Cura Valverde a través del intérprete Felipe, Grajales de la Vega citado en Ruiz, 2004.

destruir los símbolos de las comunidades, su autoestima y su cultura, para convertirlas en concentraciones obreras-esclavas al servicio de sus verdugos.

La negación/eliminación de la religión desdibujaba la percepción sobre los orígenes que cada pueblo tiene de sí mismo y su concepción sobre el mundo, se debilitan los lazos entre los miembros del grupo, se diluye la influencia de las autoridades tradicionales, y se facilita la apropiación de objetos o lugares sagrados. En un caso sometido ante la CCC ⁸⁸ se denunciaba a la Comunidad Indígena de Yanacona, por haber impedido que ciertos integrantes de la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC) efectuaran ritos religiosos dentro de la Comunidad. Los denunciantes alegaban la violación de su derecho a la libertad de conciencia y religión. La mayoría de los miembros de la Comunidad compartían el culto católico y sólo unos cuantos habían abrazado el culto evangélico que la IPUC pregona. Estos últimos habían empezado a desconocer a las leyes y autoridades tradicionales de la Comunidad. Al resolver la petición, la CCC señaló que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho a la integridad étnica y cultural, en el sentido de que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural, por lo cual, si los miembros de la comunidad indígena que profesan la religión evangélica desconocen la autoridad del Cabildo y se niegan a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, atentan contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar, toda vez que la extensión de sus creencias religiosas a otros campos de la vida social hacen evidente un conflicto y una ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo [...].

En esta dimensión, el ejercicio de la autonomía reconocida por la Carta hace que las autoridades indígenas tomen las medidas previsoras y correctivas – como en efecto ocurrió – frente al comentario incidente religioso, a fin de que el mismo no adquiera una trascendencia que tienda a desconocer los valores y la esencia de la cultura Yanacona. [...] El catolicismo ha sido asimilado y aceptado por la mayoría de los indígenas del resguardo porque no se opone a sus normas, a sus costumbres, a las formas de vida desarrolladas por ellos desde el año de 1700; ni tampoco se ha constituido en factor de desconocimiento de sus autoridades tradicionales. Lo que bajo el extremo contrario sí ha ocurrido con la propagación de la religión evangélica protestante. La veneración o admiración hacia la idea de Dios en un recogimiento y convicción individual, no puede transgredir el orden social que consensual y secularmente ha establecido la comunidad. Incluso, partiendo de la movilidad y vitalidad de la cual goza el desarrollo de cualquier colectivo social, es plenamente válido estimar un futuro posible donde el pensamiento de la IPUC sea reconocido por la mayoría Yanacona, pero, plegándose a la cultura e identidad del pueblo Yanacona y no a la inversa como se pretende en este caso. En otras palabras, los valores culturales, usos, costumbres y tradiciones de este pueblo, en la medida en que no son fijos ni inmutables pueden ser filtrados, conmovidos y transformados por las fuerzas evolutivas endógenas y exógenas, advirtiendo sí, que, colectivamente se puede ser un espíritu abierto a todas las posibilidades, siempre y cuando se preserve la identidad dinámica que constituye la piedra angular de la comunidad indígena⁸⁹.

Como puede observarse en esta extensa cita, se presentan las dos facetas del DIC. Por un lado, se reconoce que la Comunidad y sus miembros tienen el derecho a conservar su propia cultura, forma de organización y religión (amenazada por las prácticas religiosas evangélicas) y por otro lado, no se niega que el evangelismo podría ser aceptado y asimilado por la Comunidad si es que éste se pliega a la identidad de la misma y no a la inversa, tal como sucedió con el catolicismo, que fue adaptado e incorporado por la Comunidad a su identidad⁹⁰.



⁸⁸ Sentencia T-1022/01.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Por ejemplo, la Virgen viste como una mujer de la Comunidad, tiene casa, ganado y bienes que son administrados por un síndico, sale en las espaldas de sus fieles a trabajar y «ella misma va a conseguir la plata para su fiesta» (CCC, Sentencia T-1022/01).

Por ello, la protección que brinda el artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH al DIC radica en el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. Involucra también el derecho que tienen a que no se realicen intentos de convertirlos forzadamente y no se impongan creencias contra su voluntad. Este artículo interpretado en conjunto con los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 22 (derecho de circulación y residencia) de la misma Convención, les otorga el derecho a mantener y acceder a sus lugares religiosos, sagrados y culturales, y a utilizar, vigilar y recuperar sus objetos de culto.

Finalmente, en conjunción con el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH se les faculta a exigir al Estado las mismas posibilidades y beneficios que reciben las religiones mayoritarias, por ejemplo, el reconocimiento de los días feriados de sus religiones y la anuencia a que sus miembros, contratados por organismos públicos o privados, o internos en instituciones de salud y centros penales, asistan a sus ceremonias religiosas.

*Libertad de expresión y derecho de rectificación Una de las pequeñas paradojas de la historia es que ningún imperio plurilingüe del viejo mundo se atrevió a ser tan despiadado como para imponer una única lengua a todo el conjunto de la población, algo que sí hace la república liberal, 'que defiende el principio de que todos los hombres han sido creados iguales'*⁹¹.

De conformidad con el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho "de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento". Este derecho puede interpretarse como la facultad de manifestar la propia cultura e identidad. Una de las principales formas de expresión de la cultura es el lenguaje, tanto es así que nuestros Estados liberales adoptaron por muchos años la consigna: Una sola nación, una sola lengua. Lo anterior significó la pérdida paulatina de los idiomas indígenas y el consiguiente menoscabo de las identidades culturales.

Del mismo modo, "la elección de una lengua como lengua nacional y oficial colocó necesariamente en situación de desventaja a aquellos cuya lengua materna no era la elegida, al tiempo que confirió un privilegio a quienes hablaban el idioma elegido"⁹².

La Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección que la libertad de expresión brinda al derecho a hablar la lengua materna en el Caso López Álvarez vs. Honduras. La víctima en este caso era un indígena garifuna que estaba detenido en un centro penitenciario hondureño. Las autoridades de tal centro prohibieron a todos los garifunas utilizar su lengua materna "por cuestiones de seguridad". La Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad del señor López, puesto que tal prohibición "afectaba su dignidad personal como miembro de la comunidad [garifuna]", ya que "el idioma materno representa un elemento de identidad".⁹³ Asimismo, la Corte consideró que la "lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura"⁹⁴.

Pero la libertad de expresarse no se reduce solamente a la palabra, el propio artículo 13 de la CADH habla de "formas artísticas" de expresión y deja abierto este derecho "a cualquier procedimiento" por el que una persona se expresa. Esto es de vital importancia para los pueblos indígenas, ya que "[s]i el hombre occidental piensa en palabras, el hombre indígena piensa en símbolos, actos y ritos"⁹⁵. En consecuencia, todas las formas por las cuales una cultura expresa su identidad son válidas y merecen la protección internacional.

91 Jonson citado en W. Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, pág. 31.

92 J. Martínez Cobo, Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas, Naciones Unidas, New York, 1987, Párr. 125.

93 Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141, Párr. 169.

94 Ibid., Párr. 171.

95 N. Pacari, "Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida", en Justicia Indígena. Aportes para un debate, Judith Salgado comp., Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

Por otro lado, pienso que la protección del artículo 14 (derecho de rectificación) de la CADH radica en el derecho de los grupos étnico-culturales de corregir o solicitar la corrección de cualquier información inexacta o incorrecta sobre su cultura e historia, que aparezca en cualquier texto educativo, página electrónica, documento público o privado, publicación periodística, cinematográfica, de radio o televisión, e incluso en la historia oficial.

Derechos políticos Nosotros conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas⁹⁶. Según el artículo 23 de la CADH, los derechos políticos se dividen en tres grandes grupos: (a) La participación en la dirección de asuntos públicos, (b) el derecho a elegir y ser elegido en condiciones libres y democráticas, y (c) tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país. La garantía de estos derechos no depende exclusivamente de la expedición de normativa que los reconozca formalmente, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias que logren su real vigencia y ejercicio, y tomen en cuenta las particularidades propias de cada grupo poblacional.

En tal sentido, los Estados deben tener en cuenta que los pueblos indígenas necesitan un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y participar en todo tipo de decisión que les afecte (o pueda afectar) significa para los pueblos indígenas una forma de supervivencia cultural y requiere de medidas estatales necesarias para garantizar que esa participación sea significativa y efectiva. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (en adelante CERD) señaló que los Estados deben tomar las medidas necesarias para permitir que miembros de las comunidades indígenas sean electos en los comicios⁹⁷, puesto que las poblaciones indígenas tienen muy bajos índices de representación política⁹⁸ y no están en igualdad de posibilidades de participar en todos los niveles del poder⁹⁹.

De tal suerte, el CERD recomendó la creación de distintos mecanismos para coordinar y evaluar las diversas políticas de protección de los derechos de las comunidades indígenas, que permitan una real y adecuada participación en la vida pública de la nación¹⁰⁰. La falta de representación política ha tenido un efecto directo en las decisiones que se han tomado a nivel estatal respecto al uso y manejo de los recursos públicos. En efecto, una de las principales razones por las cuales los pueblos indígenas sufren de marginación y pobreza es justamente la violación de sus derechos de autodeterminación y participación política a nivel local, regional y nacional¹⁰¹. La participación directa de los pueblos indígenas en la dirección de asuntos públicos debe hacerse desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En un caso sometido a la Corte IDH, la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua reclamaba la violación de la CADH, entre otras razones, por la restricción legal de participar en las elecciones únicamente a través de partidos políticos. El Tribunal internacional consideró que la figura del partido político era ajena a los usos, costumbres y tradiciones de las organizaciones indígenas de ese país e implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido” (Párr. 218)¹⁰². Asimismo, la Corte IDH dispuso que los requisitos para la participación política que sólo puedan ser cumplidos por los partidos, pero no por agrupaciones con diferente organización, entre ellas los pueblos indígenas, es contraria al derecho a la igualdad y a los derechos políticos, “en la medida en que limita[n], más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte[n] en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de asuntos públicos” (Párr. 220)¹⁰³.

96 Esteban López, líder comunitario, Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yaxye Axa Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, Párr. 152.

97 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 50º período de sesiones, México, A/52/18, 1997, Párr. 319.

98 Asamblea General, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 52º período de sesiones, Nueva York, Panamá, A/52/18, 1997, Párr. 342.

99 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 46º período de sesiones, Guatemala, A/50/18, 1995, Párr. 305.

100 Asamblea General, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 51º período de sesiones, Nueva York, Colombia, A/51/18, 1996, Párr. 51.

101 Minority Rights. Indigenous Peoples and Poverty: The Cases of Bolivia, Guatemala, Honduras and Nicaragua <http://www.minorityrights.org/Dev/mrg_dev_title12_LatinAmerica/mrg_dev_title12_LatinAmerica_prf.html>, consultado el 22 de septiembre de 2005.

102 Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127.

103 Ibid. Algo similar sucedió en un caso sometido ante la CCC, en el que se alegaba que la exclusión por motivos de edad de una

En dicho caso también se discutió el tema de los distritos electorales. La Ley electoral nicaragüense disponía que toda agrupación política debía presentar candidatos en al menos 80% de las circunscripciones electorales municipales. De tal suerte, Yatama se vio forzada a presentar candidatos en municipios en los que no existía presencia indígena y con los cuales no tenían “ni vinculación ni interés” (Párr. 222)¹⁰⁴. La Corte IDH consideró esta exigencia como desproporcionada, “que limitó indebidamente la participación política” y que no tomó en cuenta que los indígenas no contarían con apoyo para presentar candidatos en ciertos grupos o no tendrían interés en buscar dicho apoyo (Párr. 223)¹⁰⁵. Para evitar lo anterior (y otros muchos problemas similares), pienso que los Estados deberían trazar las fronteras electorales de tal forma que las minorías étnico culturales constituyan una mayoría dentro de sus territorios. Varios pueblos indígenas además de estar divididos entre fronteras nacionales, se encuentran en distintas provincias, departamentos o municipios dentro de un mismo Estado, y en cada división son una minoría.

Algunos esfuerzos se han dado para evitar esto. Estados Unidos ha trazado circunscripciones (en ciertos casos un poco extrañas) con la sola finalidad de crear mayorías latino o afrodescendientes. La Corte Suprema de este país avaló estas circunscripciones “teniendo en cuenta la discriminación política que históricamente ha existido contra negros y México americanos [...] y de los efectos residuales de tal discriminación sobre esos grupos”¹⁰⁶. Otros países han reservado escaños para asegurar la representación en el parlamento de un grupo minoritario específico. Por ejemplo, Jordania, para los cristianos y circasianos; Pakistán, para las minorías no musulmanas; Nueva Zelanda, para los maoris; Colombia para los pueblos indígenas y afrodescendientes; Eslovenia, para los húngaros e italianos, entre otros. Además de lo anterior, debe garantizarse la representación de los grupos étnico culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos. Al respecto, el CERD mostró preocupación por la insuficiente representación de los pueblos indígenas y las minorías en la policía, el sistema judicial y otras instituciones públicas argentinas¹⁰⁷.

Finalmente, la participación política de los pueblos indígenas y sus miembros no se agota con la representación (por designación o elección) en los organismos del Estado. Es claro que dicha representación (necesaria, desde luego) es, en mayor o menor medida, insuficiente para la protección de sus intereses y derechos. Por ello, los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; sólo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos[,] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en el que habitan”¹⁰⁸.

El CERD vinculó el derecho a la consulta al de participación política¹⁰⁹, e hizo un llamado a los Estados a fin de que “garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”¹¹⁰. En el mismo sentido, la CCC señaló que el derecho a la consulta constituye “el medio a través del cual se protegerá [...] su integridad física y cultural”¹¹¹. En consecuencia, el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros visto a través del artículo 23 (derechos políticos) de la CADH radica en el reconocimiento de su derecho a participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernen; ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que puedan afectarles; decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, así como cualquier cuestión relacionada con sus asuntos internos; mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos y económicos, y mantener y desarrollar sus propias instituciones

candidata indígena era incompatible con la identidad cultural del pueblo indígena al que pertenecía, puesto que dentro de la comisIÓN del pueblo su edad era suficiente para ejercer sus derechos. Incluido el de representación política (Sentencia T-77/05).

104 Ibid.

105 Ibid.

106 White vs. Register (412 U.S. 755), citado en CIDH, Informe anual, 1973.

107 CERD/C/65/CO/1, 10/12/2004, Párr. 17.

108 Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

109 Botswana A/57/18, 01/11/2002, Párr. 292-314.

110 Recomendación General XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, A/52/18, 1997.

111 C-169-01.

de adopción de decisiones. En conjunción con el artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión) de la CADH, se protege su derecho a recibir información oportuna, clara y veraz de todo aspecto que les concierna, a fin de que puedan pronunciarse individual o colectivamente.

2.5 Derecho a la propiedad

Mi pueblo venera cada rincón de esta tierra, cada brillante espina de pino, cada playa arenosa, cada nube de niebla en las sombrías selvas, cada calvero, cada insecto que zumba; en el pensamiento y práctica de mi pueblo, todas estas cosas son sagradas¹¹².



La tierra y los recursos naturales en ella existentes son la esencia misma de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros, a tal punto que la Relatora Especial sobre poblaciones indígenas de la ONU indicó que “el concepto mismo de ‘indígena’ comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico”¹¹³. La Relatora agregó que *[l]a protección de la propiedad cultural e identidad, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas. Los conocimientos tradicionales en cuanto a valores, autonomía o autogobierno, organización social, gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre los pueblos y respeto de la tierra están enraizados en las artes, las canciones, la poesía y la literatura que cada generación de niños indígenas debe aprender y renovar. Estas ricas y variadas expresiones de la identidad específica de cada pueblo indígena aportan la información necesaria para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades indígenas en todos sus aspectos*¹¹⁴.

Asimismo, en un informe posterior, la Relatora indicó que el deterioro gradual de las sociedades indígenas puede atribuirse a la falta de reconocimiento de su relación con sus tierras, aire, agua, los mares costeros, el hielo, la flora, la fauna y los demás recursos naturales vinculados a su cultura¹¹⁵. Muchos otros especialistas de los distintos organismos supranacionales (universales y regionales), así como diversos tratadistas y expertos han analizado extensamente las implicaciones que la tierra tiene para los pueblos indígenas. Por ello (y por la brevedad del presente trabajo), no trataremos en profundidad este tema. No obstante, revisaremos, por su importancia, algunas decisiones de los órganos del Sistema Interamericano.

La Corte IDH tuvo la posibilidad de conocer los casos de las comunidades Awas Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Moiwana vs. Suriname, en los que reconoció la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y los recursos naturales, a los cuales calificó como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, necesaria inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. A esta conclusión se llegó luego de la interpretación evolutiva del artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la CADH. La Corte, en los citados casos, consideró que este artículo no se refiere únicamente a la concepción civilista de propiedad, sino que también puede (y debe) interpretarse de

112 Citado en F. Zohra Ksentini, “Los derechos humanos y el medio ambiente”, Informe de la Relatora Especial, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 1994.

113 E. I. Daes, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/26, 1993, Párr. 1.

114 Ibid., Párr. 4.

115 E. I. Daes, Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2000/ 25, 2000.

tal forma que se proteja la propiedad comunal de la tierra y los recursos naturales. Es más, en el caso *Yakye Axa* la Corte IDH interpretó que el artículo 21 de la CADH también salvaguarda “los elementos incorporales” que se desprendan de la relación de los indígenas con sus territorios, así como todo bien mueble u objeto, corporal o incorporal, susceptible de tener un valor (no sólo económico). Dentro de estas categorías entran básicamente todo el patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas.

Es así que podríamos interpretar que la protección que el artículo 21 de la CADH brinda al DIC comprende el derecho de éstos al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla.

La protección del artículo 21 se vería reforzada por la del artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH, si los bienes en referencia tuvieran un significado religioso o espiritual; y por la de los artículos 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y 10 (derecho a la salud) del PSS, si fueran utilizados, además, en prácticas curativas o en la medicina tradicional. Finalmente, si interpretamos el artículo 11 (protección de la honra y dignidad) de la CADH, que confiere el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia y el domicilio, en conjunción con artículo 21 del mismo instrumento, podríamos concluir que los pueblos indígenas pueden rechazar la presencia en sus territorios de terceros ajenos a su comunidades, más aún si están tergiversando o afectando su cultura, identidad, forma de vida o recursos. A esta interpretación se sumarían los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS, si la presencia de extraños estuviera poniendo en riesgo la salud y vida de los miembros de las comunidades¹¹⁶.

2.6 Garantías judiciales

*Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria.
 Nuestra música es folclore y la de ustedes es arte.
 Nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho*¹¹⁷.

El artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación formulada en su contra o para la determinación de sus derechos y obligaciones. Hasta el momento, la Corte IDH ha interpretado este artículo, en lo que a pueblos indígenas se refiere, señalado que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹¹⁸. No obstante, para efectos del presente estudio, interpretaremos el artículo 8 de la CADH de tal forma que se proteja el DIC de los indígenas a través del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

El derecho es parte integrante de la cultura de los pueblos y elemento central de la identidad étnica, a tal punto que autores como Sierra¹¹⁹ llegan a afirmar que “un pueblo que ha perdido su derecho ha pedido parte importante de su identidad”. El derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses¹²⁰. Téngase en cuenta, además, que las prácticas culturales

116 Por ejemplo, en 1976 se dio a conocer en Brasil que el 15% de la población Yanomami (15 mil indígenas) falleció a causa de enfermedades introducidas por los mineros, para las cuales no tenían defensas naturales (CIDH, informe sobre Brasil, 1997).

117 Citado en O. Correas, “La Teoría General del derecho frente al derecho indígena” en *Crítica Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 14, 1994.

118 Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa* vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, Párr. 63.

119 M.T. Sierra, “Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano”, en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volumen LVIII, n. 1-2, México, 1998, Pág. 25.

120 R. Yrigoyen Fajardo, Raquel “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”, en *América*

indígenas (como el sistema de parentesco, las concepciones religiosas y el vínculo con la tierra) están presentes a la hora de administrar justicia.

La distracción de los indígenas de su derecho consuetudinario y el sometimiento de sus casos a la justicia estatal podría acarrear la violación de varias garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Así, por ejemplo, este artículo consagra el derecho a ser oído por un tribunal competente. La competencia se refiere al ámbito especial, temporal, material y personal, definido previamente por la ley, dentro del cual el juzgador puede ejercer sus facultades. El derecho consuetudinario de varios pueblos indígenas define previamente cuáles son las autoridades encargadas de resolver los conflictos que se presenten, en cualquier materia, entre los miembros de cada comunidad. Desconocer lo anterior, sería someter a los indígenas a un tribunal distinto a su "juez natural".

Finalmente, el procesamiento de un indígena que ya ha sido juzgado por su propia justicia constituiría una violación al derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. En efecto, en el Ecuador se dio un caso en el que tres indígenas miembros de la Comunidad La Cocha que asesinaron a otro miembro de la misma Comunidad, fueron juzgados por un cabildo indígena. Dicho cabildo encontró culpables a los tres acusados y les impuso las penas de otorgamiento¹²¹, destierro de la comunidad por dos años, pago de una indemnización de seis mil dólares estadounidenses y a caminar sobre piedras. Tiempo después el Ministerio Público tomó conocimiento del asesinato que habían cometido los indígenas y, desconociendo el hecho que ya habían sido juzgados por sus pares, interpuso una acusación ante un juez penal. Sin embargo, el juez estatal consideró que el proceso penal instaurado ante él no tenía razón de ser, ya que se estaba violentando el principio non bis idem, y decretó la nulidad de todo el proceso penal¹²².

2.7 Igualdad ante la ley

*Ya no sé si esto es discriminación, porque es lo que vivo desde que me acuerdo. Seguro que desde la panza de mi madre que me discriminan.*¹²³

El derecho a la igualdad, según los criterios de la Corte IDH, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma los discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza¹²⁴.

De igual forma, la Corte en su reciente Opinión Consultiva 18 consideró "que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico"¹²⁵.

Por su parte, la CIDH señaló que dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural, un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales¹²⁶.

Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, n. 1-2: 81-114, México, 1998.

121 La ortiga es una planta que causa picazón y ardor al contacto con la piel; es frecuentemente usada en las sanciones indígenas ecuatorianas.

122 Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, 10 de septiembre de 2002.

123 Testimonio de un indígena Wichi. Disponible en Aranda D., "el apartheid del impenetrable", <<http://argentina.indymedia.org>>, consultado el 21 de junio de 2004.

124 Opinión Consultiva, OC-4/84, Párr. 55.

125 OC-18/03, Párr. 101.

126 Informe sobre Ecuador, 1997, Pág. 122.