**Las comunidades indígenas y tribales como sujetos titulares de derechos en el
ámbito de la Corte Interamericana de
Derechos Humanos**

Genith Elena Calvache Benavides

Tesis de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en:

Derecho Público

Directora: María Constanza Ballesteros

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Unidad de investigación y postgrados – maestría

Facultad de Derecho

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque la tesis no contenga ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Artículo 23 de la resolución N° 13 de julio de 1946.

Tabla de Contenidos

Introducción	1
Capítulo 1	22
Sujetos titulares de derechos humanos en el derecho internacional. Una breve mirada.....	22
1.1. La comunidad como sujeto colectivo en el derecho público interno. Derecho constitucional.	36
1.2. Derechos humanos y derechos fundamentales	47
1.3. Derechos individuales y derechos colectivos	53
1.4. La comunidad indígena y tribal como sujeto de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.	63
1.5. Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	69
Capítulo 2.....	74
Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con comunidades indígenas y tribales. Titularidad de los sujetos protegidos	74
2.1. Posturas de la Corte IDH	74
2.1.1. Primera postura	74
2.1.2. Segunda postura	74
2.2. Análisis de sentencias	75
2.2.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001).....	75
2.2.2. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004)	81
2.2.3. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005).....	87
2.2.4. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005).....	91
2.2.5. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)	97
2.2.6. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)	101
2.2.7. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)	106
2.2.8. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012).....	109
2.2.9. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013).....	112
2.2.10. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014).....	116
2.2.11. Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015)	121
2.2.12. Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015)	123

2.2.13. Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).....	124
Capítulo 3.....	128
Viabilidad y efectos del reconocimiento de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de protección en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ...	128
3.1. Sujeto individual (ser humano) o sujeto Colectivo (comunidades)	134
3.2. Algunos votos razonados	141
3.3. Inviabilidad de un sujeto colectivo frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	153
Conclusiones	172
Referencias Bibliográficas	179

Lista de Tablas

<i>Tabla 1. Reconocimiento efectuado en las sentencias de la CIDH, a la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de derechos humanos.</i>	<i>126</i>
--	------------

Introducción

Pese a que existen algunas discusiones sobre cuales áreas de saber jurídico se incluyen y cuáles no dentro del Derecho Público, suelen identificarse como tales porque tienen ese carácter sin disputa, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional. Centrados en el Derecho Internacional, que es una de las disciplinas que hoy por hoy advierte mayor dinamismo en su expansión tanto a nivel universal como regional, encontramos que además de regular los vínculos entre entidades estatales, reconoce al hombre como sujeto de derecho internacional con regímenes como el de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

En el plano del derecho público interno, se encuentra que los contenidos de los derechos humanos han sido incorporados en la mayoría constituciones contemporáneas; es así que en cuanto a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, se ha afirmado que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados en el orden jurídico nacional, con preferencia en el orden constitucional, lo que permite un mayor grado de certeza y efectividad de su garantía; es decir su inserción en el catálogo de derechos de una Constitución (Chinchilla, 2009).

De ahí que cada Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones para que toda la población disfrute de sus derechos, que nadie los viole y que, de ser así, existan los mecanismos

para restablecerlos y sancionar a los responsables de su vulneración. Por consiguiente, se tiene que los derechos humanos son transversales a todo el derecho interno de un país, teniendo en cuenta que las instituciones del Ejecutivo y del Estado en toda su estructura, tienen el deber de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todos sus habitantes.

Ahora bien, uno de los debates académicos más interesantes del derecho público en las últimas décadas ha girado en torno a los alcances y la aplicación de las normas que otorgan derechos a las comunidades indígenas y tribales. Así, actualmente se cuenta con una variedad de normas, particularmente nacionales y algunas internacionales, que se orientan hacia la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales (comunidades, comunidad indígena o tribal, pueblos indígenas o tribales, poblaciones indígenas o tribales) y/o de sus miembros individualmente considerados; sin embargo, dicha normatividad desde el punto de vista de su aplicación se ha tornado inviable, ineficaz e inoperante; ello en razón a que estos derechos se han visto vulnerados por los Estados ya sea con su actuar o por la omisión de su deber de salvaguarda frente a otros particulares, sin que los mecanismos administrativos y judiciales internos sean eficaces para su defensa. Es así que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte, la Corte IDH, la Corte Interamericana, el Tribunal Interamericano) se ha visto en la tarea de pronunciarse respecto a su protección.

El trabajo que se pretende desarrollar surgió luego de la lectura de dos providencias, una de la Corte Constitucional de Colombia (SU 039 de 1997) y otra de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006), ambas relacionadas con casos de comunidades indígenas o tribales. En ellas, se observa que existen fuertes diferencias en cuanto a su forma de protección, de una parte, el órgano de jurisdicción nacional reconoce a la comunidad como sujeto colectivo de derechos fundamentales y de otra, el Tribunal Internacional requiere la individualización de los integrantes de dichas comunidades para ser reconocidos como sujetos titulares de su protección.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (CConst. Col) mediante sentencia SU-039 de 1997, manifestó que con anterioridad:

(...) había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. (Núm. 3.1)

Es así que principios como el de “participación y pluralismo” y el principio a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (Constitución Política de Colombia Art 1 y 7), posibilitan el reconocimiento de las comunidades indígenas o tribales como sujetos de derechos; admitiéndose con ello la protección de la comunidad, en sí misma, como sujeto titular de derechos fundamentales con las garantías que ello implica.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, al determinar los sujetos de protección y beneficiarios de las reparaciones, expresó que:

El Tribunal considera como parte lesionada a los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaya, en su carácter de víctimas de las violaciones señaladas anteriormente. (párr. 195) Adjunto a la presente Sentencia como anexo A) figura la lista de los miembros de esta Comunidad indígena, de acuerdo con el censo realizado en el mes de febrero del año 2006.

(...)

Además, este Tribunal considera como “parte lesionada” a los 19 miembros de esta Comunidad indígena que fallecieron como consecuencia de los hechos, a saber: NN Galarza, Rosana López, Eduardo Cáceres, Eulalio Cáceres, Esteban González Aponte, NN González Aponte, NN Yegros, Jenny Toledo, Guido Ruiz Díaz, NN González, Luis Torres Chávez, Diego Andrés Ayala, Francisca Britez, Silvia Adela Chávez, Esteban Jorge Alvarenga, Derlis Armando Torres, Juan Ramón González, Arnaldo Galarza y Fátima Galarza (supra párr. 178). (párr. 204 y 208)

De lo citado se evidenció la exigencia del Tribunal Interamericano de individualizar los sujetos a quienes se protegería en sus derechos, es decir, la identificación de cada una de las personas naturales que componían dicha comunidad. Como se puede observar, esta posición es opuesta a la desarrollada por la Corte Constitucional colombiana que como se mencionó, protege a la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos fundamentales y consecuentemente no exige la individualización o identificación de sus miembros para dictar medidas de amparo de sus derechos.

En un primer momento, puede parecer que el requerimiento de individualización señalado por la Corte IDH en nada se relaciona con la postura de la Corte Constitucional de Colombia de proteger a la comunidad como sujeto colectivo; empero si se analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana y en especial algunos votos razonados de jueces se logra observar que uno de los principales argumentos, para sostener que la comunidad debe ser tenida como sujeto colectivo, se centra en la sentencia del Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en la que la Corte IDH no exigió individualizar a los integrantes de la comunidad. Lo anterior se reafirma con el voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en el que expone que la Corte consideraba que los titulares del derecho a la propiedad comunal “eran los miembros de la Comunidad indígena o tribal y no la Comunidad como tal”; y que en consecuencia la violación de los derechos establecidos en la Convención se declaraba en perjuicio de los miembros de la Comunidad, que por regla general fueron identificados o individualizados, “pero también designados sencillamente con referencia a esta condición” (voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, Corte IDH, caso comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, 2015, párr. 41). Como ejemplo de esto último hace referencia al Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), en el que se precisó que aun cuando no se exigió nombrar individualmente, para ese caso, a cada uno de los integrantes del pueblo Saramaka para que fueran reconocidos como parte lesionada; dichos miembros o individuos resultaban identificables (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007).

A este tenor el juez Sierra Porto (2015) aduce que, la postura del Tribunal Internacional de reconocer la titularidad únicamente a los miembros de la comunidad concordaba con la idea según la cual los derechos humanos siempre y únicamente son derechos individuales, aun en el caso de pueblos indígenas o tribales.

A la par es necesario hablar de la individualización teniendo en cuenta que si es reconocida la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos protegidos por la Convención, ya no sería necesaria la aplicación del artículo 35 del reglamento actual de la Corte IDH (2009) que exige que cuando un caso sea sometido a la Corte, el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, debe contener la identificación de las presuntas víctimas; es decir que, en principio, se precisa que se identifique o individualice cada persona humana que integra la Comunidad para ser tenidas como presuntas víctimas, los cuales, serán reconocidos como víctimas o “parte lesionada” cuando sus derechos son violados y, por tanto, serán los beneficiarios de la medida de reparación (Convención Americana, artículo 63). De forma precisa se hace alusión a lo anterior así:

57. La Corte determinará qué personas deben considerarse “parte lesionada” en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana y, consecuentemente, acreedoras de las reparaciones que fije el Tribunal.

58. Al respecto, el Tribunal reitera que se considera parte lesionada a aquellas personas que han sido declaradas víctimas de violaciones de algún derecho consagrado en la Convención. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado que las presuntas víctimas deben estar señaladas en la

demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de la Corte, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante este Tribunal (Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 57 y 58)

En suma, si la comunidad es admitida como sujeto colectivo titular de protección de la Convención, sería reconocida como parte lesionada y su vez beneficiaria de las medidas de reparación ordenadas, y como ya se mencionó perdería sentido cualquier exigencia de identificación o individualización de sus miembros.

No obstante lo anterior, la Corte Interamericana en muchas de las providencias que ha emitido sobre la materia, no deja en claro que la parte lesionada o víctima deba ser individualizada, pues ha generado confusión al ordenar medidas de reparación que favorecen a todos los miembros de esas comunidades, más aun en sus últimas providencias ha variado su postura hermenéutica llegando a afirmar que las comunidades pueden ser sujetos colectivos de derechos humanos y en esa medida objeto de protección por parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, pese a que en su Artículo 1º expresa que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...), para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Conforme a este postulado, los límites de la Convención no se podrían extender hacia el reconocimiento de la titularidad de derechos a una comunidad en cuanto tal, sino sólo a personas humanas y en tal sentido, a la Corte no le es dable tener como víctimas de las violaciones de los derechos a dichas comunidades, o a otros grupos humanos o incluso de personas jurídicas.

Es precisamente en la dirección en que la jurisprudencia de la Corte IDH ha protegido los derechos de la comunidad indígena o tribal o sus miembros, ya sea como sujeto individual o como sujeto colectivo titular de derechos humanos convencionales, donde emergen tensiones sobre la viabilidad o no de la protección de esta última forma, es decir como sujeto colectivo, apelando entre otros argumentos a lo dispuesto en el artículo 1.2 convencional y al objeto y fin de la Convención que es la protección de los derechos del ser humano.

La presente investigación tiene como propósito identificar de qué manera la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido los derechos de las comunidades y sus miembros, bien en calidad de sujetos individuales, o bien como sujeto colectivo; al parecer, unas y otros titulares de los Derechos Humanos Convencionales; analizar las dos posiciones, y salvar la discusión tomando una postura. Para tal efecto, se pretende resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿La protección de los derechos humanos convencionales a través de la jurisprudencia de la Corte IDH únicamente les asiste a los miembros de las comunidades indígenas y tribales como sujetos individuales o puede la misma comunidad, como sujeto colectivo, ser reconocida como titular de derechos humanos?

Al respecto, se tendrá en cuenta la siguiente hipótesis: La Corte Interamericana en su jurisprudencia contenciosa inicialmente tuvo una fuerte tendencia a reconocer solo a personas humanas debidamente individualizadas e identificadas como titulares de los derechos humanos convencionales. Sin embargo, en la actualidad se manifiesta un cambio de dirección al realizar un reconocimiento expreso de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de derechos humanos, lo que está en oposición a lo dispuesto en el Artículo 1 de la Convención, norma a la que se encuentra supeditada.

De esta manera, el presente trabajo sigue una metodología analítica, integrando la revisión bibliográfica de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad, en el cual se pretende agotar los siguientes objetivos: inicialmente se hará un análisis teórico en búsqueda de identificar las diferentes posiciones suscitadas respecto a la persona humana y las comunidades o colectividades como sujetos titulares de protección de derechos humanos, así como abordar algunas definiciones y diferencias entre derechos humanos y fundamentales, y derechos colectivos e individuales, con enfoque al sujeto titular. Posteriormente se realizará un análisis de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH sobre el tema, con el fin de establecer la postura o las posturas hermenéuticas que pudieren surgir en relación al sujeto titular protegido, clasificándola y organizándola en orden cronológico por fecha de expedición en un cuadro resumen, y por último determinar los posibles efectos del reconocimiento de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de protección en la jurisprudencia de la Corte

Interamericana, así como su viabilidad de acuerdo a la Convención, y así poder llegar a unas conclusiones.

A este propósito, si se revisa la doctrina relacionada con la persona humana y las comunidades o colectividades como sujetos titulares de protección de derechos humanos, se encuentra que no existe consenso al respecto, evidenciando que hay posiciones completamente antagónicas. Por una parte, se afirma que el ser humano o individuo es el exclusivo titular de los derechos humanos; debe destacarse que en favor de esta posición se alega, entre otros aspectos, que el origen de estos derechos se encuentra en el derecho natural, que se fundamentan en la dignidad humana, que son inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna, son inalienables y su carácter es universal. Por su parte, quienes defienden la posibilidad de que los grupos de personas o comunidades como las indígenas y tribales sean tenidos como sujetos colectivos titulares de derechos humanos, se destaca que, insisten en que los derechos humanos inicialmente tuvieron como sujeto de protección a grupos minoritarios, que los derechos humanos que son reconocidos a estas comunidades se fundamentan principalmente en principio de libre determinación, la diversidad étnica y cultural y en el pluralismo; en la situación de vulnerabilidad en que se encuentran muchas de estas comunidades y la deuda histórica que la sociedad tiene con las mismas.

Asimismo, en cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y tribales en el derecho público interno se encuentra como una de sus dificultades la identificación

del sujeto en el proceso de Constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina; teniendo en cuenta que es relevante jurídicamente el tema del sujeto para establecer el “ámbito personal de validez” de la normatividad indígena (Carbonell, 2003, p.843).

En el constitucionalismo americano, las reformas constitucionales llevadas a cabo por diferentes países en especial en América Latina, para introducir en su derecho interno los compromisos adquiridos en el derecho internacional a través de los diferentes tratados (entre ellos el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo), han llevado a los Estados a reconocer como principios el pluralismo y la diversidad étnica y cultural. Estos principios fueron acogidos en nuestro Continente, dando lugar al reconocimiento de derechos a grupos humanos tales como las comunidades indígenas y tribales, los que muchos países latinoamericanos han consagrado a nivel constitucional. Bajo este influjo el orden constitucional boliviano, al igual que otros Estados (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, entre otros (Yrigoyen, 2004)), ha realizado un reconocimiento expreso de derechos colectivos que les son inherentes a estas comunidades, a partir de los cuales se les concede la calidad de sujetos colectivos con derechos a proteger.

De ahí que, es importante resaltar el tratamiento especial que la Constitución Política de Colombia de 1991 da a los principios de “participación y pluralismo”, al principio de "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (Const. Política. Art 1 y 7) y los principios establecidos en el Convenio No. 169 de la OIT (CConst. Col, T-380 de 1993, SU- 039 de 1997,

SU-383 de 2003, entre otras). En Colombia es posible evidenciar una clara tendencia de la Corte Constitucional en sus sentencias sobre la materia, en la que se reconoce de forma expresa a las comunidades indígenas y tribales como “sujetos colectivos” titulares de derechos fundamentales propios y que son protegidos por vía de acción de tutela sin necesidad de individualizar a los miembros que las integran (CConst. Col, T-380 de 1993).

A este tenor, centrados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, más específicamente en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, se logra apreciar que no hay una posición unívoca en cuanto al sujeto titular protegido para los casos en que se encuentre involucrada una comunidad indígena o tribal, ya que existen dos posturas hermenéuticas que pudieren surgir en relación a dicho tema; la primera que afirma que en aplicación del artículo 1.2 de la Convención únicamente el individuo o ser humano debe ser sujeto de protección, y la segunda posición, y que al parecer actualmente se ha vuelto tendencia, es la que sugiere que además de los miembros de las comunidades indígenas o tribales, también estas comunidades como “sujetos colectivos” son objeto de su amparo.

Adviértase que, los distintos criterios utilizados por la Corte en casos análogos relacionados con comunidades indígenas y tribales, al protegerlos como individuos para unos casos y como sujetos colectivos en otros, aumentan el desequilibrio del amparo brindado a las víctimas; puesto que en algunos eventos son los miembros de las comunidades quienes son reconocidos como parte lesionada; mientras que en otros asuntos para ver resguardados sus derechos, los seres

humanos deben concurrir como parte de una comunidad entendida como sujeto colectivo, es decir, la garantía de sus derechos deriva del hecho de ser parte de un grupo humano, que ha sido reconocido como sujeto de derechos.

Es así que, durante el desarrollo del presente trabajo se buscará defender la idea según la cual el sujeto titular de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana es el individuo. Lo anterior, teniendo en cuenta fundamentalmente que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tienen como finalidad el reconocimiento y protección de los derechos de los seres humanos, la incompatibilidad que surge entre los principios que sustentan los derechos humanos y la existencia de un sujeto colectivo; lo establecido en los reglamentos de la Corte Interamericana y en la Convención Americana, particularmente en su artículo 1.2 donde afirma de manera categórica que “2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Al respecto conviene decir que, si se lee lo dispuesto en instrumentos internacionales, como el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), es posible sostener que los mismos buscan la protección de los derechos del hombre (persona humana). Más aún, la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos que se encuentra entre otros instrumentos en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José);

ratifica la pertenencia de los derechos humanos al ser humano, y coloca al individuo como sujeto titular de su protección. Es así que el derecho internacional de los derechos humanos “visualiza con agudeza al ser humano como su razón de ser, su fin primordial, su sujeto máximo de protección” (Murillo Cruz, D. A., Junio, 2016, p. 26).

De igual modo, tal como se refirió anteriormente, se tiene que si los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en cuanto tales, se sustentan, entre otros, en la diversidad étnica y cultural y el pluralismo, y los mismos tienden a ser incompatibles con los fundamentos de los derechos humanos, estos derechos colectivos no pueden ser catalogados como derechos humanos, puesto que unos y otros se contraponen. Es importante recordar que la esencia del sistema interamericano son los derechos individuales cuyo sujeto titular es el ser humano, teniendo en cuenta que es el único de quien se puede afirmar su dignidad humana. En este sentido, para el caso de los derechos colectivos los cuales tienen como beneficiario un sujeto colectivo, resulta confuso encajarlos, por ejemplo, en el principio de la dignidad humana en que se soportan los derechos humanos.

Cabe precisar que, aunque en el constitucionalismo de varios países del continente americano, se reconoce derechos a colectividades como las comunidades indígenas y tribales en calidad de sujetos colectivos; dichos derechos no son derechos individuales, tampoco son derechos colectivos reconocidos a cualesquier grupo humano, son derechos específicos para estos grupos, amparados con fundamento en la diversidad étnica y cultural. Se evidencia que, estos derechos

son diferentes a los derechos fundamentales o derechos humanos reconocidos al individuo; ya que se trata de derechos colectivos cuyo sujeto titular debe contar con unas características específicas, sino se cuenta con los requisitos exigidos bien sea por la normatividad interna del respectivo país o por la jurisprudencia; la comunidad o grupo de personas no puede ser reconocido como sujeto colectivo, ello se puede evidenciar del listado de derechos realizado tanto en la Constitución de Bolivia como en la del Ecuador y en su jurisprudencia. Por el contrario, habría que decir que de los derechos humanos son titulares todos los seres humanos, con independencia de su origen o cualquier otra circunstancia. Y no podría ser de otra manera, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos llamados colectivos varían de país a país y se extienden sólo a los sujetos que el respectivo Estado considera como sus titulares. Dicho escenario puede causar una protección desigual de los derechos humanos, afectando en consecuencia una de sus aspiraciones esenciales que es la universalidad.

Similar tensión se observa entre los derechos colectivos de las comunidades indígenas en cuanto tales frente a los derechos individuales de sus miembros; ya que ello puede generar serios conflictos cuando los derechos individuales resulten vulnerados o restringidos en aras de la protección de los derechos colectivos de la comunidad.

La discusión que se da a nivel nacional sobre la existencia de sujetos colectivos y derechos colectivos, constituye un desgaste al que no debería ser sometida la Corte IDH, teniendo en

cuenta la necesidad de protección del ser humano. Es pertinente señalar que las Cortes nacionales han intentado zanjar algunos de los problemas que se presentan al momento de definir la priorización de los derechos del individuo frente a los de la colectividad, a través de principios como el de ponderación, no obstante no ha dejado de ser problemática y discutible la solución a la que se ha llegado.

Por otra parte, se tiene que la disposición aplicable a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 63.1). En cuanto a los titulares del derecho a la reparación, cabe precisar que la Corte IDH había venido reconociendo que en aplicación del artículo 63.1 en concordancia con el artículo 1.2, en caso de encontrar vulnerados los derechos convencionales, la víctima o parte lesionada es la persona humana, independientemente de que se trate o no de comunidades indígenas y tribales. Empero, en sus últimas providencias ha variado su postura hermenéutica y ha utilizado el artículo 29 de la Convención para conceder derechos a las comunidades (indígenas o tribales) como sujeto colectivo, y en consecuencia otorgarles reparaciones. Aquí se considera que la Corte está haciendo un uso erróneo del mencionado artículo, ya que este se refiere a derechos pero no ha sujetos, por eso, a pesar de que realiza una interpretación bien intencionada, no es la más apropiada, ya que dicha interpretación transgrede el artículo 1.2 y el preámbulo de la Convención, puesto que el objeto y fin de la Convención es el amparo de los derechos fundamentales de los seres humanos.

La Corte IDH no da un argumento que permita diferenciar claramente las características que tienen las comunidades indígenas y tribales respecto de otros grupos humanos, y que les faculta a las primeras ser reconocidas como sujetos colectivos de derechos humanos a diferencia de los segundos. Aunque hace referencia a estudios antropológicos como una forma de sustentar esa diferenciación en la protección, también se debe mencionar que existe una inmensa controversia respecto a los derechos individuales de los sujetos que componen estas comunidades, y que se pueden ver menoscabados ante la excesiva protección de los derechos colectivos de la comunidad como un todo.

De la misma manera, las medidas de reparación ordenadas por la Corte, en especial aquellas reparaciones orientadas a colectividades, tales como los programas de desarrollo comunitario se ha señalado que “invitan controversia, puesto que son caros, bastante amplios e invasivos” (Antkowiak, T.M. p. 315). De lo que se puede desprender también que en muchos casos resulta difícil poner a la comunidad de acuerdo para determinar cuáles serán los proyectos o programas en los que se invertirán los recursos, la forma en que se desarrollaran y a quienes beneficiaran, si solo a las víctimas directas o a toda la comunidad en su conjunto. Por lo que se considera pertinente que dichas medidas sean más concretas. Habría que decir también que, el hecho de que los voceros de la comunidad sean del mismo grupo no garantiza que el derecho sea defendido, ni que el representante sea representativo de todas las diferencias en el interior de los grupos que nunca son ineludiblemente homogéneos.

Con base en estos argumentos, se considera que es posible aseverar que es suficiente con el desarrollo del sistema de protección de derechos humanos existente; ya que lo que se debe buscar es avanzar en la efectividad de la protección de los derechos de todos los seres humanos.

Cabe señalar que, en los casos contenciosos que se estudian en el presente trabajo, las sentencias examinan asuntos relacionados con cuestiones comunes que conciernen a las comunidades indígenas y tribales y a los derechos de sus integrantes, en cuanto tales, aunque lo hagan respecto a hechos diferentes y conforme a las circunstancias de cada caso. La importancia de estas sentencias radica en que se analizan casos que atañen a todos los miembros de estas comunidades, y no que tratan de casos específicos de ciertos individuos, miembros de una comunidad. En concordancia con lo anterior, se encuentra que la mayoría de los casos que se ocupan de comunidades indígenas y tribales o sus miembros y que han sido sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos versan, entre otros, sobre la violación del derecho a la propiedad privada. Por la anterior razón a pesar de que existen otras sentencias que tienen que ver con estas comunidades, y en las cuales se pudo alegar la afectación de los derechos de la comunidad en sí misma, para efectos de delimitación del tema se incluirán únicamente las sentencias donde se haya declarado violado por la Corte dicho derecho; así mismo, cabe precisar que la tesis que actualmente al parecer se ha vuelto tendencia se dio en sentencias relacionadas con la transgresión al derecho de propiedad (Convención Americana, Artículo 21).

Se considera importante el estudio del presente tema, teniendo en cuenta que a través de la investigación se observó que existe ambigüedad en cuanto a la definición del sujeto titular de protección en las providencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionadas con comunidades indígenas y tribales, y que aunque existen algunos estudios relacionados con esta materia ninguno lo hace con la profundidad en que efectúa en este escrito desde la perspectiva del sujeto titular, con lo que se pretende determinar los posibles efectos del reconocimiento de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de protección en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como su viabilidad de acuerdo a la Convención.

Además como es sabido, entre el orden nacional y el internacional se ha venido dando una comunicación cada vez mayor, así muchos Estados americanos han efectuado reformas a sus constituciones para adecuarlas a los parámetros internacionales, lo que ha traído consigo cambios en la orientación de aspectos como su legislación interna, programas administrativos y sus decisiones judiciales.

En el derecho constitucional como se ve, es valioso el estudio de los derechos humanos desde la perspectiva del sujeto titular de los mismos, teniendo en cuenta su relieve actual y la notable influencia de la jurisprudencia interamericana en las decisiones de las Cortes o Tribunales nacionales, y más específicamente en la jurisprudencia constitucional (Ecuador, Bolivia y Colombia son ejemplos de ello). De igual modo, es de sumo interés también observar que la Corte IDH da protección sin distinción alguna tanto a miembros y/o comunidades indígenas

como a las tribales, y que no obstante la influencia de la Corte Interamericana en los tribunales nacionales, dicha situación no evidencia en la misma medida en el nivel interno de los Estados donde se observa una mayor protección en favor de los miembros y comunidades indígenas frente a la provista a los miembros o comunidades tribales.

Dentro de este contexto, recíprocamente también se advierte el influjo que ha tenido el constitucionalismo en la jurisprudencia interamericana, a tal punto que jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana fue aludida por el alto Tribunal Internacional en la primera sentencia donde aparece expresamente reconocida la comunidad como sujeto colectivo, es así que en la sentencia del Ecuador (2012) se cita la sentencia C-169 de 2001.

Asimismo, las personas titulares de derechos humanos, en la actualidad, son miradas como actores importantes en la dirección y el desarrollo de estos derechos y no sólo como simples beneficiarios de estos derechos. De ahí que venga siendo avalada una mayor participación de la persona ante los órganos de defensa regionales de derechos humanos (Corte Interamericana y Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Por esta razón, al estudiar las diferentes reformas reglamentarias realizadas por la Corte IDH se avizora que ha aumentado ostensiblemente la intervención de la víctima dentro del proceso; reformas que han sido efectuadas conforme a los límites de la Convención Americana.

De ahí que como se sostendrá en el presente trabajo, el sujeto titular de los derechos humanos convencionales no puede ser otro que el ser humano, dado que la Corte únicamente puede reconocer como víctimas a sujetos hasta donde le es posible hacerlo dentro del marco de la Convención.

Finalmente, este pretende ser un documento donde las organizaciones indígenas o tribales y las instituciones que colaboran con ellas, encuentren información sobre jurisprudencia de la Corte IDH relacionada con comunidades indígenas y tribales durante estas dos últimas décadas, de igual manera hallarán la forma en que han sido reconocidos sus derechos ante tal instancia, de tal forma que puedan determinar cuál es la mejor vía para su ejercicio y protección.

Capítulo 1

Sujetos titulares de derechos humanos en el derecho internacional. Una breve mirada

En cuanto al origen y titularidad de los derechos humanos, no existe unanimidad en la doctrina, encontrando que hay diversas posiciones, por ejemplo Natán Lerner (1991) considera que el origen de las normas internacionales de derechos humanos surgió de forma incipiente para proteger grupos discriminados como lo eran las minorías religiosas y las poblaciones indígenas de América. Natán refiere que sólo después de la primera Guerra Mundial se desarrolló un sistema de protección de minorías digno de tal nombre, con la creación de la Sociedad de las Naciones. No obstante, “El mecanismo creado por la Sociedad de las Naciones para manejar el problema de las minorías cesó de existir junto con la Sociedad en 1946” (p.29).

De igual modo, Natán (1991) afirma que:

El énfasis en la protección de los derechos humanos se trasladó ahora de la protección del grupo a la protección de los derechos y libertades individuales, en forma casi exclusiva. La nueva actitud se basaba en el principio de que, cuando los derechos de alguien son violados o restringidos como consecuencia de una característica grupal –raza, religión, origen étnico, nacional o cultural- el problema debe ser encarado mediante la protección de los derechos del individuo sobre una base estrictamente individual, generalmente mediante la aplicación del principio de no discriminación. (p. 29-30)

Dentro de este contexto, éste método fue aplicado en la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2.1) y el Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1 y 26, en adición al art. 27) (Natán, 1991).

En suma, conforme a lo anterior, los derechos humanos en sus inicios tuvieron como sujeto de amparo a los grupos, empero con posterioridad en los diferentes instrumentos internacionales sobre esta materia la titularidad de los derechos pasó al individuo quien se constituiría en el centro de su protección, pues se consideró que las violaciones ocurridas con base en características grupales podían ser corregidas mediante la garantía individual del principio de no discriminación.

Adviértase que, para este autor, al haber surgido los derechos humanos para proteger ciertos grupos, estos pueden otorgarse también a las comunidades o grupos humanos teniendo en cuenta el origen de los mismos.

No obstante, como reparo a esto último, se observa que al momento de expedirse los diferentes instrumentos internacionales que dieron origen a lo que hoy se conoce como derecho internacional de los derechos humanos, la comunidad internacional encaminó dicha garantía hacia el ser humano o individuo, y al protegerlo, se le resguardaría en las diferentes facetas en que se desenvuelve en sociedad, entre ellas las relacionadas con su pertenencia a grupos o comunidades.

En esa misma línea, Jáuregui (1998), hace una diferenciación entre la posibilidad de “ejercicio colectivo” de los derechos humanos frente a la “titularidad colectiva” de derechos humanos. En cuanto a lo primero afirma que al lado de los derechos que se ejercen en forma individual como el derecho a la vida, están aquellos derechos de “carácter social o político (huelga, sindicación, participación política...) cuya puesta en práctica sólo tiene sentido si se ejercita de forma colectiva” (párr. 2).

Respecto a la posibilidad del reconocimiento de la titularidad colectiva de los derechos humanos, afirma que con posterioridad a la I Guerra Mundial en los tratados de paz se otorgó una especial atención a la protección de las minorías étnicas, a través de un órgano internacional concreto en el ámbito de la Sociedad de Naciones (párr. 3). Empero, al no contar con personalidad jurídica las minorías carecían de legitimación para ejercer sus reclamaciones, y en consecuencia dicha legitimación fue otorgada a individuos o grupos de personas quienes podían ejercer ese derecho “al servicio de la comunidad o grupo minoritario” (Jáuregui, 1998, párr.4). De esta manera, la falta de reconocimiento de un derecho colectivo a las minorías fue uno de los principales motivos del fin del sistema de protección diseñado por la Sociedad de Naciones (Jáuregui, 1998, párr.4).

De lo anterior es posible sostener que lo que estos autores denominan titularidad de derechos humanos en cabeza de minorías, realmente no tenía que ver con ello, puesto que como bien lo afirma Jáuregui, dichos derechos se ejercían por individuos o grupos de personas, mas no por

comunidades o colectivos en cuanto tales. De igual manera no es posible afirmar que se trató de derechos humanos cuya titularidad fue otorgada de forma colectiva.

Adicionalmente Jáuregui no deja en claro que respalde la titularidad colectiva de los derechos humanos pues expresa que

De acuerdo con su propia denominación, los destinatarios de los derechos humanos, sus sujetos titulares, lo son siempre las personas, los individuos, los seres humanos. No puede entenderse la existencia de derechos humanos si no tienen como objetivo la defensa y desarrollo de todos y cada uno de los individuos que pueblan la tierra, uno a uno considerados. (párr. 1)

Conforme a lo precedente, se puede derivar que lo que defiende es la existencia de derechos humanos de titularidad individual pero cuyo ejercicio se efectúa de forma colectiva, por ejemplo “el derecho a practicar la religión en comunidad con otros” (párr. 5).

Por otra parte, Fernando Savater (1998), expone que “los sujetos colectivos no pueden ser titulares de derechos "humanos" por la sencilla razón de que no hay seres humanos colectivos” (párr. 2). De igual manera señala que contrario a lo afirmado por Jáuregui, desde sus primeras formulaciones los derechos humanos defendían al individuo frente al grupo o sociedad. La condición humana debía primar sobre cualquier identificación nacional, histórica, ideológica, etc. (Savater, 1998).

Asimismo, Jorge Horacio Gentile (2007), sostiene que el origen de los derechos humanos de orden internacional tiene su fundamento en el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional Humanitario y en el derecho interno de los Estados; afirma que este último se fundamenta en el derecho natural, puesto que los derechos humanos son anteriores a las constituciones y leyes positivas, ya que tienen su raíz en la dignidad del hombre o dignidad humana.

Expone que la internacionalización de los derechos humanos se da en el siglo XX, y que buscaba proteger a la persona y sus derechos, lo que se concretó en declaraciones, pactos, convenciones y tratados internacionales de derechos humanos, el reconocimiento de la jerarquía constitucional de dichos instrumentos internacionales, la creación de tribunales supranacionales y el hecho de darle carácter de sujeto de derecho internacional al hombre, entre otros aspectos (Gentile, 2007).

Por lo tanto, si los derechos humanos tienen su raíz en la dignidad humana, es indudable que el sujeto titular de protección de los mismos debe ser el ser humano, de ahí que se haya dado al hombre o individuo el carácter de sujeto de derecho internacional.

Lo anterior se reafirma con lo dicho por Eusebio Fernández (2003) quien señala que solo los seres humanos en forma individual son titulares de los derechos humanos. Asegura que:

La era de los derechos humanos (entendidos como derechos naturales, en el umbral de las primeras declaraciones) vino precedida históricamente por el triunfo de la filosofía individualista en todas las vertientes (religiosa, económica, social, moral o política). El principio individualista del valor moral primordial de cada ser humano permitió inventar al protagonista de los derechos humanos. (p. 213)

De la misma manera, afirma que no existen otros sujetos morales más allá de los individuos y que la dignidad humana solamente se puede proclamar de los sujetos individualmente considerados. Es así que la historia de los derechos humanos solo se puede ver desde una concepción individualista, que fue la que les dio origen y que permite que sean aplicados de manera igual y universal (Fernández, 2003).

Al unísono con lo mencionado, Rafael Nieto Navia (1988), quien fue juez miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto sostiene que “Los derechos fundamentales de los seres humanos no son sino consecuencias de su propia naturaleza; la de ser hombres. De acuerdo con esa naturaleza el hombre es un ser racional” (p. 12).

Además refiere que:

El hombre es, ontológicamente, persona, en el sentido de que, de acuerdo con su razón, se pertenece a sí mismo y es capaz de dominar sus propios actos. Eso significa que persona es un ser libre. En ese sentido usamos *persona* como sinónimo de hombre.

Jurídicamente el hombre también es persona, es decir, sujeto de derechos y obligaciones (acepción esta que permite predicar el concepto de persona de otras realidades, como las llamadas personas jurídicas o morales).

La persona, en cuanto hombre, y la persona en cuanto ser ante el *derecho*, son inseparables. El hombre es sujeto de derechos y obligaciones por ser hombre.

Es persona, en sentido jurídico, independientemente de que la ley así lo reconozca. El orden jurídico positivo tiene que reconocer esa condición. Y decimos *reconocer* y no *crear* porque el ordenamiento jurídico positivo para ser justo debe basarse en la ley natural. El hombre es sujeto de derechos y obligaciones por ley natural. De donde el ordenamiento jurídico positivo solamente reconoce una existencia previa de personas. Entender que el hombre es persona porque así lo dictamina el derecho positivo, significa aceptar el derecho injusto o arbitrario. (Nieto, 1988, p. 13)

De esta manera, tenemos que la naturaleza misma del ser humano lo convierte en sujeto titular de derechos y obligaciones, de ahí que sea titular de los derechos humanos con independencia de que el derecho positivo así lo reconozca; asignarle estos derechos a otras entidades como las personas jurídicas o las comunidades, creando cuestiones abstractas no se basa en la ley natural y no nace de la esencia de la persona humana.

Así, el hombre es persona por su propia naturaleza, y no requiere que le sea creada por el ordenamiento jurídico tal calidad. Por ello, no puede haber otro sujeto titular de derechos humanos diferente al hombre entendido como ser humano.

Estas reflexiones, y otras discusiones sobre los derechos humanos, nos llevan a considerar que no existe consenso sobre cuál fue el sujeto inicial titular de estos derechos, no obstante si se lee lo dispuesto en instrumentos internacionales, como el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), es posible sostener que los mismos buscan la protección de los derechos del hombre (persona humana).

Más aún, la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos que se encuentra entre otros instrumentos en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); ratifica la pertenencia de los derechos humanos al ser humano, y coloca al individuo como sujeto titular de su protección. Precisamente se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo, párr. 2).

Ya centrado en el tema de las poblaciones indígenas y tribales, se encuentra que, con excepción de la Organización Internacional del Trabajo, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni los Pactos, ni la Convención sobre la Discriminación Racial se ocupan específicamente de estas comunidades. Similar dirección tomaron los instrumentos sobre derechos humanos regionales europeos y americanos (Natán, 1991).

Así, fue inicialmente con el Convenio No. 107 de 1957, que se estipuló las obligaciones internacionales de los Estados en relación con las poblaciones indígenas y tribales, con un enfoque integracionista de éstas a la colectividad nacional. Para Mónica Mazariegos (2014):

La conexión del Convenio con el integracionismo se explica porque en el momento en que la OIT articula su política indigenista, la integración había calado en el discurso y política gubernamentales y existía una red más o menos formal de influencia, integrada por actores e instituciones que sentaron las bases para celebrar la Conferencia de Pátzcuaro. La OIT hizo suyos los principios de este movimiento y los elevó a principios de política internacional en el Convenio 107, por lo que más que legitimar las políticas integracionistas de los Estados, fue un reflejo de éstas. El Convenio prevé una serie de medidas tuitivas para una población vulnerable a la que considera incapaz de enfrentarse por sí sola a la modernidad. Ese discurso no hará otra cosa que dar un espaldarazo de legitimación a los procesos de colonialismo interno. Al igual que el enfoque de los primeros reconocimientos del derecho a la cultura, este Convenio está redactado en clave de derechos individuales, opacando la densidad política, tanto del sujeto de derechos históricamente constituido como pueblo indígena, como de los contenidos de los derechos colectivos. De hecho, habla de poblaciones y no de pueblos. (p. 273)

El Convenio No. 107 de 1957 fue revisado por el Convenio No. 169 de 1989, ya que el primero fue objeto de cuestionamientos al considerar que el fomento de la integración de estos pueblos no resultaba aconsejable y que por lo tanto era necesario adoptar nuevas normas internacionales

teniendo en cuenta la evolución del derecho internacional y los cambios surgidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales (Convenio 169 OIT, considerando 4).

Al mismo tiempo, el Convenio 169 de la OIT establece como límite a la aplicación de las costumbres o derecho consuetudinario de estos pueblos la no violación de derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Convenio 169 de la OIT, art. 8 núm. 2).

De esta manera, se considera que el Convenio 169 se convirtió en el parámetro a seguir para introducir en el derecho interno los compromisos adquiridos en el derecho internacional, dando origen a las reformas constitucionales y de ordenamientos jurídicos llevadas a cabo por diferentes países en especial en América Latina, realizando con ello un reconocimiento de “derechos indígenas de titularidad y ejercicio colectivos”, tales como los territorios, los recursos naturales y la consulta (Mazariegos, 2014, p. 282).

Cabe recordar que el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento normativo de carácter internacional que es tenido como uno de los mayores logros para el reconocimiento de los derechos a los pueblos indígenas, a pesar de carecer de efectos vinculantes u obligatorios. Así en sus artículos 1 y 2, dice que tienen derecho “*como pueblos o*

como individuos” al disfrute y ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas en normas internacionales.

Empero, se sostiene por gran parte de la doctrina que “... el establecimiento del sistema universal y de los sistemas regionales de defensa de los derechos humanos es una prueba más del reconocimiento del individuo, de sus derechos y de la necesidad de ampararle” (Acosta, 2005, p 16). El derecho internacional de los derechos humanos “visualiza con agudeza al ser humano como su razón de ser, su fin primordial, su sujeto máximo de protección” (Murillo Cruz, D. A., Junio, 2016, p. 26). Como se desprende de lo anterior, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se fundamenta en la necesidad de protección y los intereses superiores del ser humano o individuo, con independencia de su nacionalidad o cualquiera otra situación o circunstancia en que se encuentre, de ahí su carácter universal.

Uno de los sistemas regionales es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que surge luego de que en el mes de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se celebrara la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en la que los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigencia solo hasta el 18 de julio de 1978. Los órganos autorizados para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en la Convención son: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La

Comisión fue creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, año en el que el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Entretanto la Corte Interamericana sólo entró a funcionar con la vigencia de la Convención (Corte IDH, 2015).

Revisando los antecedentes de Convención Americana (Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, 1969), el trámite a que fue sometido el artículo 1.2 de la Convención permite afirmar que no hubo discusión respecto al sujeto de protección, de hecho, el concepto de persona en tanto ser humano fue aprobado por unanimidad, sin hacer consideraciones respecto a otros sujetos de protección.

Es así que, en el sistema interamericano encontramos que al revisar el articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos y el contexto histórico en que surgió, es evidente que su intención es la de proteger al ser humano individualmente considerado, de ello deriva lo expresamente estipulado en el artículo 1 de la Convención.

En el mes de junio de 2016, después de más de una década de negociaciones, en el marco del 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), fue aprobada la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Declaración desde su preámbulo se refiere a los “derechos de los pueblos indígenas” y hace uso de términos como “los pueblos y personas indígenas”, “derechos colectivos e individuales” y “personas y comunidades indígenas”, aunque el término más

utilizado en cada uno de sus artículos es el de “pueblos”. No obstante, como se puede observar, al parecer la Comunidad Interamericana no está aún dispuesta a reconocer con carácter obligatorio este tipo de disposiciones pues al tratarse de una declaración carece de efectos vinculantes para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Por otra parte, aunque el Convenio 169 de la OIT no define qué son los pueblos indígenas y tribales, para efectos de delimitación conceptual de este trabajo aludiré a las características dadas por el citado convenio en su artículo 1, donde se apela a la conciencia de su identidad como criterio fundamental para determinar lo que se debe entender como pueblo indígena o pueblo tribal, lo anterior es conocido como auto-identificación. El mencionado artículo señala lo siguiente:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Art. 1)

Es así que la auto-identificación ha sido reconocida como el fundamento clave para determinar si una comunidad es indígena o tribal, ello ha sido asumido tanto por la doctrina como por la

jurisprudencia interamericana, y se ha reafirmado hoy con lo dispuesto en la recientemente aprobada Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que establece como criterio fundamental el derecho a la auto-identificación. Debido a la diferencia de términos utilizados tanto en la normatividad interna de los países, -Yrigoyen (2004) sostiene que en algunos países como Perú, Bolivia, y Guatemala el término “indígena” fue sustituido por el de “campesino” Yrigoyen (2004, p.178)- como en el derecho internacional y la dificultad que conlleva en restringir a un concepto una manifestación social como lo son las comunidades indígenas y tribales, con todas las diferencias y similitudes existentes entre ellas; se observa que la auto-identificación es la mejor forma que se ha encontrado hasta ahora para determinarlas, no obstante, dicho derecho puede llevar a una serie de discusiones que no se mencionaran aquí por no ser objeto del presente trabajo.

La Corte Interamericana en su jurisprudencia ha utilizado indistintamente los términos: comunidades, comunidad indígena o tribal, pueblos indígenas o tribales, poblaciones indígenas o tribales. E incluso en la mayoría de las sentencias analizadas, ha utilizado la expresión “comunidad” como análoga a “miembros de la comunidad”, lo que ha generado confusiones particularmente en aquellos que han intentado estudiar su jurisprudencia.

1.1. La comunidad como sujeto colectivo en el derecho público interno. Derecho constitucional.

En cuanto al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y tribales en el derecho interno de los diferentes Estados de América, Carbonell (2003) encuentra como una de sus dificultades la identificación del sujeto en el proceso de Constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. Señala que “El tema del sujeto tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas” (p.843).

Además indica que una influencia importante acerca de lo que significa ser indígena y quienes lo son, proviene del artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo en el cual se hace alusión a la denominada “conciencia de la pertenencia indígena” y considera que “El uso del término ‘conciencia’ por el ordenamiento jurídico no deja de ser complicado; al introducir elementos de carácter subjetivo (...), ya que la conciencia es un fenómeno que, en último caso, corresponde definir al sujeto (...)” (p.846).

Cuando se refiere a la “tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas” (p.848), resalta el debate existente entre la teoría individualista y las visiones colectivas de los derechos indígenas, al preguntarse cuáles son sus ventajas y desventajas, señala que para los individualistas habría una mayor cobertura o protección de los derechos indígenas si se los toma

como sujetos individuales, pues el tomarlos como sujetos colectivos deja por fuera situaciones como el caso de indígenas que no se encuentren viviendo dentro de su comunidad, bien porque hayan tenido que emigrar o por cualquier otra circunstancia (Carbonell, 2003).

La tendencia actual se encuentra orientada al reconocimiento de derechos en algunas constituciones americanas en beneficio de estos pueblos, en especial de los indígenas, fundamentada principalmente en la diversidad cultural y el pluralismo. Tal es el caso de países como Ecuador y Bolivia que reconocen derechos a los pueblos indígenas (Santos, 2010).

Al respecto, del informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, sobre Bolivia (2009), se observa que siendo dicho país multiétnico y con la mayoría de su población indígena (62%), únicamente hasta el año 2005 es elegido por primera vez un presidente indígena. El Relator afirma que:

(...) el proyecto de nueva Constitución política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007 incorpora numerosas disposiciones relativas a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, lo que ha generado serios conflictos políticos en el país por la oposición de algunos sectores temerosos de perder sus privilegios. (p.2)

Así, la Constitución Política del Estado de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, en su capítulo cuarto consagra el reconocimiento de derechos cuyos titulares son los llamados naciones y pueblos indígenas originarios campesinos (artículo 30). Adicionalmente entre las amplias

prerrogativas indígenas efectuadas en el texto constitucional boliviano se destaca el establecimiento de un sistema judicial indígena campesino con el mismo nivel o jerarquía que la justicia ordinaria y la incorporación del Tribunal Constitucional Plurinacional-TCP (artículo 179) integrado por miembros de sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (artículo 197).

Con dicha Constitución Bolivia plantea un sistema de amparo de los derechos indígenas desde el punto de vista constitucional, legal e institucional, no obstante, parece discutible que la defensa de los derechos del llamado pueblo afroboliviano se efectúe en la misma medida (artículo 32).

En relación a los derechos contemplados en el artículo 30 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, afirma que:

En ese orden, a partir de estas pautas axiomáticas, el art. 30 de la Constitución, inserto en la parte dogmática de esta Norma Suprema, disciplina los derechos colectivos de los pueblos indígenas, originarios y campesinos, reconociéndolos como sujetos colectivos de derechos (art. 30.I de la CPE), disposición constitucional que debe ser interpretada -de acuerdo al principio de unidad constitucional-, armónicamente con la cláusula estructural del Estado plasmada en el art. 1 de la CPE, que consolida al pluralismo como el elemento estructurante del Estado. Asimismo, el art. 30.1 de la Constitución, debe ser interpretado en el marco de los alcances dogmáticos del principio de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos plasmados en el art. 2 del texto fundamental.

A partir del marco constitucional antes descrito, se tiene que los pueblos y naciones indígenas originario campesinos son titulares de derechos colectivos, aspecto que consolida la visión propia de una construcción colectiva del Estado, en ese contexto, el segundo párrafo del art. 30 de la Constitución, disciplina el catálogo de derechos, el cual no puede ser considerado como una cláusula constitucional cerrada, sino por el contrario un listado abierto de derechos al cual, a través de la interpretación constitucional, podrán incluirse otros derechos de naturaleza colectiva propios de los pueblos indígenas, originarios y campesinos (TCP, SCP 0014/2013-L, 20 de febrero, Fundamento Jurídico IV.2).

De esta manera, es plausible afirmar que en Bolivia los llamados pueblos y naciones indígenas originario campesinos son reconocidos de forma expresa como sujetos colectivos titulares de un listado abierto de derechos colectivos, teniendo en cuenta que es dable incluir otros derechos de naturaleza colectiva propios de estos pueblos. Estas consideraciones se fundamentan, por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, básicamente en los principios de pluralismo y libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos establecidos en la Constitución Boliviana, ya que la interpretación de los mencionados derechos debe realizarse en armonía con dichos principios.

Para citar otro ejemplo del reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia como sujetos colectivos a los pueblos indígenas (pueblos y naciones indígenas

originario campesinos) y titulares de derechos colectivos propios, tenemos la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0698/2013, 3 de junio, donde precisa que:

Los alcances del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas han sido desarrollados a nivel internacional a través de instrumentos internacionales ratificados por los Estados, bajo cuyo influjo el orden constitucional boliviano al igual que otros Estados ha realizado un reconocimiento expreso de derechos colectivos que les son inherentes, a partir de los cuales se reconoce a los pueblos indígenas su calidad de sujetos colectivos con derechos a proteger, garantizar y precautelar (TCP, SCP 0698/2013, 3 de junio, Fundamento Jurídico III.2).

También, tenemos que por su parte la Constitución de la República del Ecuador (2008), afirma al Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional (artículo 1), y en su Capítulo Cuarto (artículos 57 y siguientes), se confieren expresamente derechos colectivos a las comunidades, pueblos y nacionalidades, entre ellos los indígenas y el pueblo afroecuatoriano.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, en desarrollo de dicha normativa y con fundamento en el principio de diversidad cultural ha acogido a las comunidades como sujetos colectivos titulares de derechos colectivos, así:

Todas las disposiciones que quedan indicadas reconocen, garantizan y protegen a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos (artículo 10 CRE), siendo un

imperativo el tomar en cuenta el principio de diversidad cultural; reconocen la existencia de entidades históricas con organización, institucionalidad, dignidad, nociones e identidad propia. Vale recordar que las sociedades o colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado en base a instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógica jurídica propias; parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades ha sido la existencia y ejercicio de sus conocimientos ancestrales, lo que les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas a pesar de la exclusión y discriminación (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 0008-09-SAN-CC, caso N.º 0027-09-AN, 09 de diciembre del 2009, p. 19).

Posteriormente, en sentencia N. 0001-10-SIN-CC, donde estudió la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, respecto a lo que se debe entender por derechos colectivos y los titulares de los mismos, expuso:

Una definición básica de derechos colectivos entiende que estos derechos son atribuciones o facultades jurídicas que corresponden o son ejercibles por un especial titular colectivo. Son derechos que se reconocen a un segmento específico de la población, que no se reconoce a los ciudadanos en general, con el fin de alcanzar una igualdad sustancial, y no solo formal.

En el Ecuador, la Constitución Política de 1998 ya asumió un concepto de igualdad amplio que abarcaba por lo menos tres niveles: a) la igualdad como generalidad, o igualdad ante la ley para efectos de los derechos, deberes y procedimientos; b) la igualdad como equiparación, o igualdad

entre hombres y mujeres, igualdad de derechos y deberes de la pareja; y, c) la igualdad como diferencia o igualdad proporcional, que representa trato diferente para los distintos.

Esta noción de igualdad proporcional no solo queda refrendada y fortalecida en la Constitución vigente, sino que legitima, de manera exclusiva y preferente, como sujeto colectivo de derechos, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, al pueblo afroecuatoriano y a los pueblos montubios del Ecuador (artículos 57, 58 y 59 C.E).

Sobre la cuestión de la titularidad de estos derechos tenemos que a diferencia de los clásicos derechos individuales y colectivos, éstos recaen sobre un grupo humano considerado no como agregado de intereses individuales, sino como verdadero sujeto moral autónomo.

Esta clase de derechos colectivos se diferencian de otros derechos, como, por ejemplo, de los llamados derechos de grupo que las Constituciones modernas reconocen a los grupos de intereses, a los cuales les atribuye la posibilidad de ejercer acciones populares, acciones de grupo, o acciones afirmativas, sin llegar a reconocerles la calidad de sujetos colectivos de derechos.

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. 0 001-10-SIN-CC, casos N. ° 0008-09-IN Y 0011-09-IN, 18 de marzo del 2010, p. 27-28).

En la misma providencia, al referirse a la vía judicial para la protección de estos derechos, afirma que “en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo” (p. 28), y que únicamente en las más “progresistas”, existe una vía judicial de protección de los derechos colectivos. Para la Corte Constitucional del Ecuador las “denominaciones de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades son las formas culturales de organización a las que la Constitución reconoce la titularidad de derechos colectivos” (p. 29), y que por tanto están claramente definidos los sujetos legitimados por activa para reclamar estos derechos, los cuales no pueden ser reclamados por otro tipo de grupos o colectividades de personas humanas.

Y en similar línea dijo que en aras de la garantía plena de la diversidad cultural se confiere a los miembros de los pueblos indígenas “todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos”, vedando toda forma de discriminación en su contra, y que conjuntamente, se reconoce derechos específicos relativos a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos colectivos de derechos. Es decir, coexisten los derechos del individuo y el derecho de la colectividad a mantener su diferencia (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 004-14-SCN-CC, 06 de agosto del 2014, p. 14).

Entonces, para la Corte Constitucional Ecuatoriana las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades son considerados sujetos colectivos autónomos titulares de derechos colectivos; dichos derechos cuentan con características especiales teniendo en cuenta que se otorgan de

forma exclusiva a una parte delimitada de la población, su objetivo es alcanzar la igualdad material y su titular es un sujeto colectivo independiente de los individuos que lo componen, a diferencia de otros grupos donde se presenta una sumatoria de intereses individuales y a quienes no se les reconoce la calidad de sujetos colectivos.

Yrigoyen (2004) afirma que:

En la última década del siglo XX hay una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparables a dichos procesos. Tales países también han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, lo que les da un marco jurídico semejante. De estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado/nación/república, b) los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, c) el derecho indígena y la jurisdicción especial. (...). (p. 172)

Es oportuno señalar ahora, que el derecho interno de los países que han reconocido derechos a estas comunidades, también ha resultado complejo y no menos sujeto a discusiones doctrinarias y jurisprudenciales en pro y en contra, tanto en relación a la titularidad de derechos como a la forma en que deben ser protegidos.

Al respecto, Colombia es exaltada como pionera en el reconocimiento de derechos a estas comunidades con la Constitución Política de 1991. Los pilares fundamentales sobre los cuales

encuentra sustento el modelo de protección de derechos que la Corte Constitucional colombiana ha establecido para las comunidades indígenas y tribales se apoyan en lo dispuesto en la Constitución Política.

En el caso de Colombia es posible evidenciar una clara tendencia de la Corte Constitucional en las sentencias que hasta el momento ha emitido sobre la materia, en la cual se reconoce de forma expresa que las comunidades indígenas y tribales son “sujetos colectivos” titulares de derechos fundamentales. La Constitución Política de Colombia de 1991, habilita dicho reconocimiento con ocasión de los principios de “participación y pluralismo”, del principio a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (Const. Política. Art 1 y 7) y de los principios establecidos en el Convenio No. 169 de la OIT (CConst. Col, T-380 de 1993, SU- 039 de 1997, SU-383 de 2003, entre otras).

Para la Corte Constitucional la comunidad indígena y tribal, en cuanto sujeto colectivo, existe como grupo humano dotado de una singularidad particular, es titular de derechos fundamentales propios, tales derechos son diferentes a los derechos de cada uno de sus miembros, a la sumatoria de aquellos y no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales (CConst. Col, T-380 de 1993 y T-282 de 2011).

Los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas y tribales conforme a la jurisprudencia constitucional colombiana son básicamente: i) El derecho a la

subsistencia como comunidad, ii) El derecho a la identidad étnica y cultural y su integridad, iii) El derecho a la consulta previa, y el iv) Derecho a la propiedad colectiva de la tierra. Para el caso de las comunidades indígenas adicionalmente se han establecido: el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas; el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (CConst. Col, SU-510 de 1998, T-704 de 2006, T-680 de 2012, entre otras).

Las comunidades indígenas y tribales gozan de personería sustantiva que les permite hacer efectivos sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, lo cual conlleva su protección sin necesidad de individualizar a los miembros que las integran (CConst. Col, T-380 de 1993).

De lo anterior se colige que los derechos reconocidos a estas comunidades, no son derechos individuales, ni son los típicos derechos colectivos reconocidos a cualesquier grupo humano, son derechos especiales, amparados con fundamento en la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y en las normas Constitucionales y legales en que ella se sustenta. De igual manera, podemos decir que la comunidad indígena o tribal, no es tenida por la Corte Constitucional colombiana como una persona natural o jurídica, sino como un sujeto colectivo con especiales características y que dada su vulnerabilidad histórica requiere una específica protección, asignándole en consecuencia la titularidad colectiva de derechos fundamentales.

Es por ello que, a pesar de existir una tendencia en los países de Latinoamérica hacia el reconocimiento de derechos a las comunidades (indígenas y tribales) como sujetos colectivos, se advierte que dichos derechos son diferentes a los derechos fundamentales o derechos humanos reconocidos al individuo. Pues se trata de derechos colectivos cuyo sujeto titular debe contar con unas características específicas, sino se cuenta con los requisitos exigidos bien sea por la normatividad interna del respectivo país o por la jurisprudencia, la comunidad o grupo de personas no puede ser reconocido como sujeto colectivo, ello se puede evidenciar del listado de derechos realizado tanto en la Constitución de Bolivia como en la del Ecuador y en su jurisprudencia. A la par, esto se observa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la que ha sido una de las pioneras en el reconocimiento de dichos derechos y de la comunidad como sujeto colectivo, y, que se ha convertido en un referente a seguir en el contexto latinoamericano, siendo citada a manera de ejemplo tanto por la Corte Constitucional ecuatoriana como por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

1.2. Derechos humanos y derechos fundamentales

Corresponde ahora tratar la conceptualización de derechos humanos y derechos fundamentales y sus diferencias, con enfoque al sujeto titular.

Respecto al concepto de derechos humanos, la Organización de Naciones Unidas (2011) afirma que:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sea cual fuere su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color de la piel, religión, idioma o cualquier otra condición. Estos derechos están todos interrelacionados y son interdependientes e indivisibles. A menudo están garantizados por normas jurídicas y expresados en tratados, normas de derecho internacional consuetudinario, principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de ciertos actos, con el fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de personas o grupos. Los derechos humanos entrañan tanto derechos como obligaciones. El derecho internacional impone a los Estados la obligación de respetar y proteger los derechos humanos y garantizar su cumplimiento. (p.15)

Para Uprimny R., Uprimny I. & Parra (2008), los derechos humanos tienen una triple dimensión: la política, la ética y el derecho público internacional. Es así que como una categoría del derecho internacional público, que es la que nos interesa, aseguran que:

(...) los derechos humanos configuran un conjunto de obligaciones de respeto y garantía que tiene el Estado, frente a las personas, de suerte que en este campo parece claro que sólo el Estado es responsable por la violación de esos derechos. (...) Así, son los Estados y no los particulares quienes se han obligado por intermedio de los pactos internacionales. (p.44)

(...) a nivel del derecho público interno, los contenidos propios de la tradición de los derechos humanos han sido incorporados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales

contemporáneos. Se habla entonces de los derechos constitucionales y fundamentales que son, en el plano constitucional, el equivalente jurídico de los derechos humanos, a nivel del derecho internacional público. (p.48)

En suma, los derechos fundamentales son los derechos humanos incorporados en las constituciones como derecho positivo y que cuentan con garantías adicionales para su protección.

La Constitución Política de Colombia no define qué son los derechos fundamentales y tampoco los enumera taxativamente. Para Chinchilla (2009), desde el campo de la filosofía moral o de la teoría política, afirmar que un derecho es fundamental es hablar de “*derechos humanos* como expresión equivalente a la de derechos fundamentales” (p.3) e indica que:

En este terreno podríamos definir un derecho humano como el supremo poder de reclamación moral que puede formular toda persona humana a la comunidad en la que convive y aún a la humanidad entera. Los derechos humanos son, desde esta perspectiva, elementos esenciales de una moralidad ideal racionalmente construida, deducidos a partir de principios básicos compartidos, y que se vuelcan sobre la juridicidad para darle legitimidad y sentido (p.4).

Asevera además que, en el orden constitucional del derecho colombiano, no todo derecho humano es catalogado como fundamental, señalando, entre otros, el ejemplo de la propiedad privada (2009a).

Se define el derecho fundamental no sólo con apoyo en bases éticas, sino ante todo por las garantías reforzadas con que cuenta en materia judicial, administrativa o legislativa (2009b).

El concepto de derechos fundamentales dado inicialmente por la Corte Constitucional de Colombia (sentencia T-420 de 1992) lleva a entender que estos corresponden únicamente al **ser humano**; no obstante, también ha aceptado la titularidad de derechos fundamentales en personas jurídicas y comunidades étnicas (2009c, p. 95).

Chinchilla (2009) afirma que a partir de la sentencia T-227 de 2003 se define el derecho fundamental como: “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (pp.33-34). También señala que la expresión “*tener un derecho*” en el actual lenguaje semántico ha sufrido una considerable expansión, por lo que no sólo sirve “(...) para nombrar las situaciones de derecho subjetivo (facultad, libertad, competencia e inmunidad) sino también para referirse a *estados ideales de cosas* (...) que la canónica constitucional o internacional asume como valiosos y ordena buscar en mayor grado posible” (p.35). Agrega que tales estados ideales expresan entre otros “fines del Estado o principios axiales definitorios del modelo político-constitucional” (p. 35). Ejemplo de dicha expansión semántica es el “*derecho a la identidad étnica*” (p. 36).

Es preciso manifestar aquí, que no obstante la definición de derecho fundamental dada por la Corte Constitucional como conexo a la dignidad humana (la que conforme a la doctrina está

estrechamente ligada con el ser humano), la Corte Constitucional de Colombia no ha encontrado obstáculo para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las comunidades indígenas y tribales, ello, como ya se mencionó, cimentado en la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana reconocida en las normas Constitucionales.

En cuanto a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, Chinchilla (2009) manifiesta que:

En la teoría jurídica contemporánea se tiende a un primer consenso lingüístico al respecto: se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y que, por tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión *derecho subjetivo*. (...), es decir, la inclusión en el catálogo o Carta de derechos de una Constitución. (p.105)

Pérez Luño (1993) en relación al concepto de derechos fundamentales afirma que:

1. Por *fundamentación iusnaturalista* de los derechos humanos entiendo la que conjuga su raíz ética con su vocación *jurídica*. A tenor de ella los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica; implican exigencias éticas de "deber ser", que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero, al propio tiempo, constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce nos encontramos con los *derechos fundamentales*: aquellos

derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. Se trata siempre, por tanto, de derechos humanos "positivados", cuya denominación evoca su papel *fundamentador* del sistema jurídico político de los Estados de Derecho (1984 6, 46 ss.). (pp. 180-181)

Postulados constitucionales que asignen o insinúen una situación ventajosa considerada como valiosa para un sujeto individual o colectivo, como es el caso del artículo 7º de la Constitución Política de Colombia que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, han servido de fundamento al derecho a la identidad étnica (Chinchilla, 2009). Es decir, los derechos fundamentales son derechos reconocidos a partir de una norma constitucional que postula una situación de provecho en favor de un sujeto, para este caso colectivo.

Es así que los derechos de las comunidades indígenas y tribales son admitidos como fundamentales en la medida en que han sido reconocidos tanto en el texto constitucional (implícita o explícitamente), como en tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

A pesar de que en la jurisprudencia constitucional colombiana se exige la individualización del sujeto titular de los derechos fundamentales (personas naturales o jurídicas), la Corte Constitucional ha reconocido también a las comunidades indígenas como titulares de los mismos. Asevera Chinchilla (2009) que:

Tal vez en este punto lo relevante es, por una parte, la alta cohesión de estas comunidades que las hace ver como personas colectivas y, de otra, la situación de vulnerabilidad en que se dejaría al indígena sino se protegiera eficazmente su comunidad. El acento comunitario –no individualista– de la personalidad de los miembros de los pueblos indígenas justifica esta colectivización de la acción de tutela (sentencia T-979 de 2006). (p.175)

Ahora bien, atendiendo el concepto de derechos humanos como derechos inherentes a todos los seres humanos y que se rigen por el principio de universalidad, es posible afirmar que no es dable catalogar como derechos humanos en sentido estricto a aquellos derechos que solo pertenecen a un sector, grupo o colectividad, como lo son en este caso los derechos colectivos cuyo sujeto titular son las comunidades indígenas y tribales; al ser estos últimos derechos específicos o diferenciados, excluyentes de otros grupos y exclusivos para estas comunidades. En consecuencia, no todo derecho humano es fundamental (verbigracia el derecho de propiedad) y no todo derecho catalogado como fundamental es un derecho humano (los derechos colectivos). Justamente, se estudiará a continuación lo que para la doctrina son los derechos colectivos.

1.3. Derechos individuales y derechos colectivos

Por otra parte, aunque el presente trabajo no se encamina a deliberar sobre categorizaciones de derechos humanos, para efectos de dilucidar lo referente a sujetos individuales y sujetos colectivos titulares de derechos humanos, es necesario referirnos a lo que la doctrina ha denominado derechos individuales y derechos colectivos, escenario que no ha resultado unánime

y exento de confusiones. Prueba de ello es la concurrencia de tesis que van, desde negar la existencia de los derechos humanos colectivos al considerar que los derechos humanos solo se predicen de los seres humanos (sujetos individuales) (Fernández, 2003), los que afirman que los derechos colectivos son derechos individuales ejercidos colectivamente (Peces, 2001) o que son derechos especiales que protegen intereses individuales respecto de ciertos bienes colectivos (Neus, 2009); hasta la tesis que sostiene que se trata de derechos también humanos pero ejercidos por grupos de personas (sujetos colectivos) (Grijalva, 2009).

De la misma manera, se observa que tampoco existe unanimidad en definir cuáles son los derechos colectivos, puesto que parte de la doctrina, incluyen los derechos llamados económicos sociales y culturales, otros incluyen los derechos como al medio ambiente sano y los derechos de los niños, la libertad ideológica religiosa y de cultos reconocida a comunidades, etc.; e inclusive los derechos en relación con las nuevas tecnologías. Igualmente no existe unanimidad en definir cuál es el sujeto titular de esos derechos (sujeto individual o sujeto colectivo) y si es posible evidenciar la existencia de un sujeto colectivo de derechos humanos.

En consecuencia, no es dable colegir, que los derechos colectivos corresponden a sujetos colectivos, puesto que aunque los derechos colectivos son ejercidos por grupos humanos, ello no implica, que dicho grupo necesariamente deba ser reconocido como un sujeto en sí mismo, pues todo dependerá del concepto que se tenga tanto de derecho colectivo como de sujeto colectivo, y,

teniendo en cuenta que no existe unanimidad para establecer un solo criterio a nivel internacional, este tema seguirá siendo objeto de grandes debates en la doctrina.

Por su parte Kymlicka (2009) sostiene que el término derechos colectivos puede resultar bastante engañoso en razón a que esa categoría es amplia y heterogénea; por lo que considera mejor hablar de “derechos diferenciados en función del grupo” (p. 4).

Es interesante la propuesta de este autor de referirse a “derechos diferenciados en función del grupo” en vez de derechos colectivos, puesto que considera que estos últimos son vistos como contrapuestos a los derechos individuales. El autor en suma señala que lo que se pretende con los “derechos diferenciados en función del grupo” es la protección de grupos minoritarios respecto de otros grupos, puesto que:

La mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes. (p. 25)

Refiriéndose no solamente a grupos étnicos, sino también a grupos nacionales (por ejemplo en Canadá el derecho de los francófonos a emplear el francés en los tribunales federales), afirma que no importa como estos derechos se ejerzan, en forma individual o en forma colectiva, puesto que resulta indiferente para su protección, ya que algunos son concedidos a los individuos y otros son otorgados a grupos.

Sobre el concepto de derechos colectivos Kymlicka (2009) afirma que:

Según la interpretación natural, el término «derechos colectivos», alude a los derechos acordados ya ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos de –y quizá conflictivos con– los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad. Ésta no es la única definición posible de derechos colectivos; de hecho, en la bibliografía existen cientos de definiciones, pero casi todas coinciden en que, por definición, los derechos colectivos no son derechos individuales. (p. 20)

Y añade que:

Pese a ello, muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son, de hecho, ejercidas por los individuos. Los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo, o al grupo como un todo, o a un Estado/provincia federal dentro del cual el grupo en cuestión constituye la mayoría. (p. 20)

(...)

Por tanto, describir la ciudadanía diferenciada en función del grupo con la terminología de los derechos colectivos resulta doblemente erróneo. De hecho, algunos derechos diferenciados en función del grupo son ejercidos por los individuos y, en cualquier caso, la cuestión de si los derechos los ejercen los individuos o los colectivos no es el problema fundamental. Lo importante es por qué determinados derechos son derechos diferenciados en función del grupo; esto es, por qué los miembros de determinados grupos deberían tener derechos referentes al territorio, a la lengua, a la representación, etcétera y los miembros de otros grupos no. (pp. 22-23)

Como reparo al enfoque de Kymlicka, es dable aseverar que, el cambio de denominación no elimina necesariamente la contraposición que se puede generar entre la protección de estos (derechos colectivos) y los derechos individuales de los miembros de los grupos protegidos. Puesto que como bien el mismo autor lo advierte, las protecciones externas (protección de un grupo frente a otros grupos mayoritarios) pueden ser utilizadas para efectos de las restricciones internas (protección del grupo frente a sus miembros), lo que en última instancia podría generar en la vulneración de derechos individuales de los miembros del grupo. No obstante, se considera que dicha denominación, es posible coadyuve a delimitar lo que se debería entender por derechos colectivos o “derechos diferenciados en función del grupo” y cuales deben estar dentro de los mismos, puesto que de la doctrina se observa que no hay claridad respecto a estos dos puntos.

Aquí cabe señalar que para parte de la doctrina los denominados “Derechos Humanos Diferenciados en Función de Grupo” o “Derechos Humanos Específicos” se consideran una especificación de los derechos humanos comunes a todos los seres humanos, a favor de determinado grupo humano en razón a las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentran y que les otorgan una protección especial, se tienen como ejemplo los derechos de: los niños, las mujeres, los discapacitados, los privados de libertad y los indígenas. No obstante, aun cuando dichos derechos son atribuidos en razón a su pertenencia a determinado grupo, se advierte que su titular es el ser humano o individuo y no la colectividad o grupo del que hace parte (Pizarro & Méndez, 2006).

De la misma forma, es importante anotar que aunque los derechos enunciados están destinados a ciertos grupos, estos últimos están compuestos por individuos quienes en últimas son a quienes se ampara o se van a beneficiar de aquellos.

Mazariegos (2014), refiriéndose a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma que el logro más importante de la Declaración es “el explícito reconocimiento de la libre determinación, derecho que vertebra al resto de derechos colectivos” (p. 288). De ahí que, uno de los mayores obstáculos para lograr un consenso derivó de la tradicional resistencia liberal de los derechos individuales frente al reconocimiento de derechos colectivos. “Algunos Estados insistieron tanto en que los derechos humanos son individuales y no colectivos, que a consecuencia de esto, la Declaración no afirma explícitamente que los derechos que reconoce son derechos humanos” (p. 288).

Se evidencia así que para algunos Estados los derechos humanos son individuales y no colectivos y que por tanto, solo se predicen de sujetos individuales y no de sujetos colectivos.

Por su parte, la recién aprobada, Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas titula su sección segunda “Derechos Humanos y Derechos Colectivos”, en su artículo 5 establece el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales y en su artículo 6 titulado de los “Derechos colectivos” dice que:

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Como se puede observar, esta Declaración no define qué son los derechos colectivos y al parecer sólo trata de enunciarlos. Dicho artículo en consecuencia no termina con la discusión que se ha venido dando en la doctrina sobre estos derechos, y habrá que esperar para saber cuáles serán las interpretaciones que se den al mismo.

En este punto, es significativo referirnos al conflicto que se puede presentar entre los derechos humanos y la diversidad étnica y cultural, ya que los derechos humanos como se mencionó son derechos inherentes a los seres humanos y poseen entre sus características la universalidad; por otra parte, la diversidad étnica y cultural propende por la pluralidad y la diferencia, lo que en la práctica puede llevar a grandes controversias sobre la aplicación de unos y otra. Esther Sánchez (2007), ante la pregunta sobre la existencia de una tensión entre el principio de diversidad y los derechos humanos, afirma que:

Sí. Este conflicto se presenta, toda vez que mientras el principio de diversidad persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e incluso contrarios

a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirán la convivencia pacífica entre las naciones. (...)

Frente a este conflicto, por universalismo o relativismo, la Corte ha escogido una posición intermedia. No prefiere un universalismo extremo que borra la diferencia y homogeniza todo, ni un relativismo cultural incondicional, que también lo permite todo. Sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural. Se tendrá que ponderar si frente a un derecho en conflicto, que se busca proteger en particular, este es un derecho de mayor peso o monta que el de la diversidad. (p. 310-311)

De esta manera, se evidencia que el pluralismo genera insondables contradicciones frente a los principios que rigen los derechos humanos, es así que a nivel interno de cada Estado, se ha tratado resolver la tensión existente a través de un cuidadoso examen de ponderación de los valores, principios y derechos que en cada caso puedan resultar afectados.

En nuestro país principalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en esta materia ha dado aplicación a dicha ponderación, empero, en algunos casos no ha dejado de ser equívoca y contradictoria.

Cabe suponer entonces que si los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales, se sustentan, entre otros, en la diversidad étnica y cultural y el pluralismo, y que los mismos están en contravía con los derechos humanos, estos derechos colectivos no pueden ser catalogados como derechos humanos, puesto que unos y otros se contraponen. Es importante recordar que el

fundamento del sistema interamericano son los derechos individuales cuyo sujeto titular es el ser humano, teniendo en cuenta que es único de quien se puede afirmar su dignidad humana. En este sentido, para el caso de los derechos colectivos los cuales tienen como beneficiario un sujeto colectivo, resulta confuso encajarlos en el principio de la dignidad humana en que se soportan los derechos humanos.

Para Boaventura de Sousa Santos (2010):

En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. (p. 81)

Santos (2010a) hace referencia al reconocimiento de derechos colectivos, no al de sujetos colectivos. Por supuesto es necesario precisar que los derechos colectivos pueden ser reconocidos a cualesquier grupo de personas no solo a las comunidades indígenas y tribales (según la doctrina puede ser beneficiario cualquier grupo o minoría) y el sujeto colectivo es aquel que por sus particularidades es visto como un sujeto autónomo e independiente de sus miembros.

Habría que decir también, que de los derechos humanos son titulares todos los seres humanos, con independencia de su origen o cualquier otra circunstancia. Y no podría ser de otra manera, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos,

mientras que los derechos llamados colectivos varían de país a país y se extienden sólo a los que el respectivo Estado considera como sus titulares. Dicho escenario puede causar una protección desigual de los derechos humanos dependiendo de cada país, afectando en consecuencia una de sus aspiraciones esenciales que es la universalidad. Justamente “los derechos humanos entendidos como universales son manifestación de la autonomía del individuo e inherentes a todas las personas en igualdad de condiciones por lo que se debe garantizar esta situación sin diferencias de ningún tipo” (Zambrano, julio, 2011, p. 15).

Para ilustrar mejor, Méndez (2012), tomando como ejemplos la contaminación medioambiental y la migración ilegal de países subdesarrollados hacia Europa, afirma que es necesario dar un enfoque universal en la protección de los derechos humanos, con el objeto de revolver situaciones como estas de forma más efectiva. Expone que justamente “debe recordarse que los derechos humanos pertenecen a todos por su condición de tales, y por lo tanto, deben ser protegidos universalmente” (p.36). Y al comparar la efectividad de los sistemas regionales de protección de derechos humanos frente a los órganos universales de Naciones Unidas, sostiene que existe cierta preocupación de un sector de Europa y de la ONU, en cuanto a que los sistemas regionales ocasionen que las personas según las regiones tengan diferentes derechos; coloca como ejemplo, el sistema “Asia-Pacífico, donde surge el temor que esta organización se convierta en una herramienta para justificar los llamados “valores asiáticos”, en detrimento de derechos individuales, especialmente la libertad de asociación y expresión, los cuales son esenciales para la democracia” (pp. 36-37).

Similar preocupación se suscita respecto de la preponderancia de los derechos colectivos de las comunidades indígenas en cuanto tales frente a los derechos individuales de sus miembros; ya que ello puede generar serios conflictos cuando los derechos individuales resulten vulnerados en aras de la protección de los derechos colectivos de la comunidad.

Es así, que dado el carácter problemático de la distinción, en mi opinión los derechos humanos deben ser reconocidos única y exclusivamente al ser humano o individuo, puesto que como ya se ha mencionado la dignidad humana deviene del ser humano y el carácter universal de estos derechos es contrario a los reclamos realizados por determinados grupos de personas; encajar a las personas jurídicas, minorías, grupos o comunidades de personas a los principios que fundamentan los derechos humanos no resulta claro.

1.4. La comunidad indígena y tribal como sujeto de derechos humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

La disposición aplicable a las reparaciones ordenadas por la Corte IDH se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (art.63.1)

Al respecto, la Corte Interamericana (1993), en el Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, ha afirmado lo siguiente:

La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno. (párr.44)

De esta forma, es necesario precisar el concepto de reparación, para lo cual se asumirá el proporcionado por la Corte IDH, y que ha sido reiterado en sus providencias posteriores, así:

25. Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184).

26. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.

27. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.

28. La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. (...) (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1989, párr. 25-28).

Además, que conforme al artículo 63.1 de la Convención las decisiones de la Corte no se encuentran condicionadas a las normas internas del Estado parte responsable de la infracción y que “Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de derecho internacional aplicables a la materia” (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1989, párr.31).

Es así que, la obligación de reparar por parte del Estado surge de la violación a la Convención Americana, que dicha obligación se encuentra regida por las normas de derecho internacional sobre la materia y consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*).

Acosta Alvarado (2005), sostiene que:

Entiéndese por reparación toda medida que tienda a hacer desaparecer los efectos que produce una violación a los derechos humanos.

Obsérvese que el concepto de reparación tiene dos aristas: la primera de ellas se refiere a las formas de reparación, tanto pecuniarias como no pecuniarias, y la otra hace alusión a los destinatarios de la misma, o, mejor, a los titulares del derecho de reparación. (p.75)

Es dentro de este segundo aspecto que se pretende incluir el estudio de las comunidades indígenas y tribales como sujetos titulares de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, con independencia de la protección que merecen los seres humanos que las componen. Es decir, el estudio de las comunidades indígenas y tribales como sujeto titular de protección en las sentencias de la Corte IDH.

El concepto de reparación, en concordancia con lo expresado en la Convención, nos lleva a preguntarnos sobre lo que debe entenderse por “parte lesionada” (art.63) y para ello se debe tener en cuenta la noción de víctima.

Es así que en el reglamento de 1980 encontramos que no se tiene en cuenta el concepto de víctima. Ya en el reglamento de 1991, hallamos que se define el término víctima como: “(...) la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención” (art.2). Igual definición se hace en el artículo 2 del reglamento aprobado en el año 1996. Es a partir del reglamento aprobado en el año 2000 y el reglamento del año 2003, que se hace la diferenciación entre “presunta víctima” y “víctima”, manteniendo los mismos conceptos hasta el año 2009, así:

25. La expresión “**presunta víctima**” significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano;

(...)

33. el término “**víctima**” significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte. (art.2)

En consecuencia, la “parte lesionada” es aquella reconocida como víctima en la sentencia.

Aunque inicialmente la Corte solo reconocía como “parte lesionada” a la víctima directa de la violación a sus derechos humanos, en la actualidad también se reconoce a las llamadas víctimas indirectas, es decir, aquellas que por su relación o vínculo con la víctima directa también resultan afectadas, tal es el caso de los familiares. Acosta A. (2005) señala que también existen los terceros lesionados “aquellos que a pesar de que no son titulares de derechos conculcados sí ven alguna situación específica de sus vidas (casi siempre la económica) afectada o menguada” (p.82).

Al hablar de reparación es forzoso hablar de sus beneficiarios, en este punto es necesario mencionar que éstos pueden ser: víctima directa, víctima indirecta, los terceros lesionados y cuando fallece alguna de las víctimas, sus sucesores. En este último caso, la Corte aplica, por regla general, las reglas sucesorales de cada país, no obstante existen asuntos en los que se ha ampliado el concepto de beneficiarios por sucesión, por ejemplo, la Corte IDH (1993) en el fallo del Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, no aplicó las normas generales del país para determinar los sucesores de las víctimas, sino que empleó la costumbre de la comunidad para definirlos,

verificando que la costumbre no se encuentre en contravía de lo prescrito en la Convención Americana.

La doctrina indica que los perjuicios causados a una comunidad (como sujeto titular de reparación) por el daño producido a uno de sus miembros, se debe fundamentar en que las violaciones a los derechos humanos se hayan causado como consecuencia de su pertenencia a ella (Acosta A., 2005, pp. 90-94). Sin embargo, en el tema específico de los indígenas, existen casos en los cuales se ha solicitado indemnización por los perjuicios causados a la comunidad a pesar de que el daño no se haya dado por causa de su pertenencia a la misma, pues se afirma que existen fuertes vínculos que los unen y que van más allá de la simple comunidad de ideas, considerándose inclusive como una gran familia (Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, 1993, párr. 19).

Así, se ha llegado a afirmar que, de manera especial, en los casos de pueblos indígenas el daño no solo los afecta de forma individual, sino fundamentalmente a nivel colectivo, y que en consecuencia los programas de reparación deben tener en cuenta lo anterior (Ruiz O. & Donoso G., 2014).

De ahí que la Corte IDH en sus sentencias haya tenido en cuenta que la víctima o víctimas pertenecen a una comunidad indígena o tribal, para dictar medidas colectivas o de carácter

comunitario. No obstante, se afirma que dichas medidas se ordenan en beneficio de las víctimas directas, es decir, van encaminadas a reparar al individuo.

1.5.Reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Si revisamos el reglamento actual de la Corte y los anteriores al mismo, encontramos que no existe una norma que le permita, de forma clara y expresa, reconocer derechos a sujetos diferentes a los seres humanos, tal como se señala en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde el primer reglamento de la Corte, aprobado por el Tribunal en su III Período Ordinario de Sesiones celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980, hasta su Reglamento actual, aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, no se evidencia que exista una tendencia expresa en la modificación de quiénes se consideran sujetos titulares de protección en las providencias contenciosas y por tanto beneficiarios de las reparaciones ordenadas.

Según el reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1980), se establece que “1. La sentencia contendrá: (...) c. la indicación de la o de las partes.” (art.45), lo cual indica la necesidad de individualizarlas.

Luego, en el reglamento de la Corte IDH (1991), se precisó que “(...) el término ‘víctima’ significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención” (art.2). Teniendo en cuenta que persona en los términos de la Convención es el “ser humano”, el reglamento de 1991 no señala nada que indique una interpretación diferente a la ya expresada. En igual sentido, se pronuncia el reglamento de 1996.

Posteriormente, en el reglamento de la Corte IDH (2000), se precisaron los conceptos de presunta víctima y de víctima, al decir que:

30. la expresión ‘presunta víctima’ significa [la persona] de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención;

31. el término ‘víctima’ significa [la persona] cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte. (art.2).

Lo anterior, se encuentra en concordancia con el concepto de persona establecido en la Convención Americana, en la cual se expresa que “2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art.1). En el reglamento de la Corte IDH (2000), se habla de forma expresa sobre la participación de las presuntas víctimas (art.23), situación que no se da en los tres reglamentos anteriores, pero se indica que la demanda presentada por la Comisión debe consignar el “nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible” (art.33), siendo evidente la necesidad de individualización de las mismas.

Dicho reglamento fue reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Al revisar el contenido del reglamento de la Corte IDH (2003), se conserva la relación de los conceptos de "presunta víctima" y "víctima" con el término "persona" de la Convención, al tiempo que exige a la Comisión incluir en la demanda, en caso de ser posible, "3. el nombre y la dirección de las presuntas víctimas (...)" (art.33). Se mantiene la necesidad de individualización de las mismas.

En una nueva reforma, la Corte, en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, no modificó el reglamento en lo atinente a los conceptos de "presunta víctima" y de "víctima" descritos en el artículo 2, ni la exigencia de precisar el nombre y la dirección de aquellas en la demanda, tal como lo indica el artículo 34.

Por último, en el reglamento actual de la Corte IDH (2009), aprobado en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, se enuncia lo siguiente:

25. la expresión "presunta víctima" significa [la persona] de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención o en otro tratado del Sistema Interamericano;

(...)

33. el término "víctima" significa [la persona] cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte. (art.2)

Es necesario resaltar que los conceptos de "presunta víctima" y de "víctima" conllevan, en esencia, la noción de ser humano, por lo tanto, es dable inferir que el término "persona" continúa

refiriéndose al ser humano debidamente individualizado. Aunque, en el artículo 35 se flexibiliza la necesidad de identificación de las presuntas víctimas en los casos de violaciones colectivas o masivas, dejando en manos del Tribunal Interamericano la decisión de considerarlas o no, como víctimas. Lo cual, no quiere decir que no exista la necesidad de identificarlas e individualizarlas.

Para concluir este capítulo vemos que, existen esencialmente dos enfoques, el primero que afirma que el ser humano o individuo es el exclusivo titular de los derechos humanos. Debe destacarse que a favor de esta posición se alega que su origen se encuentra en el derecho natural, que se fundamentan en la dignidad humana, que son inherentes a todos los seres humanos, son inalienables y su carácter es universal. Así las cosas, de los derechos humanos es titular el individuo teniendo en cuenta que una visión que amplíe su titularidad, por ejemplo a sujetos colectivos, resulta intrínsecamente contradictoria a los principios que fundamentan estos derechos.

Por su parte, quienes defienden la posibilidad de que los grupos de personas o comunidades como las indígenas y tribales sean tenidos como sujetos colectivos titulares de derechos humanos, insisten en que los derechos humanos inicialmente tuvieron como sujeto de protección a grupos minoritarios, que los derechos humanos que son reconocidos a estas comunidades se fundamentan principalmente en principio de libre determinación, la diversidad étnica y cultural, en el pluralismo, la situación de vulnerabilidad en que se encuentran muchas de estas comunidades y la deuda histórica que la sociedad tiene con las mismas. Además, señalan lo

grave que resultaría la no protección colectiva de estas comunidades frente a las acciones transgresoras de los Estados.

En la presente investigación se defiende la idea según la cual el sujeto titular de protección de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana es el ser humano. Ello teniendo en cuenta fundamentalmente que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tienen como finalidad el reconocimiento y protección de los derechos de los seres humanos, la incompatibilidad que surge entre los principios que sustentan los derechos humanos y la existencia de un sujeto colectivo; lo establecido en los reglamentos de la Corte Interamericana y en la Convención Americana, particularmente en su artículo 1.2 donde afirma de manera categórica que “2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Lo anterior no deja en la impunidad las conductas violatorias a grupos humanos como las comunidades indígenas y tribales, ni tampoco existe desprotección a sus derechos en razón a que al proteger de manera efectiva al individuo se lo protege en todas sus facetas tanto individual, como social o colectiva.

Capítulo 2

Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con comunidades indígenas y tribales. Titularidad de los sujetos protegidos

2.1. Posturas de la Corte IDH

A continuación se plantean los supuestos o posturas de la Corte IDH que podrían presentarse al analizar cada una de las sentencias contenciosas y se relacionan los posibles argumentos a favor de cada uno.

2.1.1. Primera postura

La Corte no ha realizado ninguna clase de reconocimiento a la comunidad (indígena y/o tribal) como sujeto colectivo titular de los derechos humanos establecidos en la Convención y protege sólo a las víctimas, en forma individual.

En éste enfoque, la Corte hace aplicación del artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual sólo reconoce derechos humanos a la persona natural entendida ésta como ser humano, las medidas de reparación son consecuencia de una violación de derechos humanos a un individuo y no a la comunidad como grupo.

2.1.2. Segunda postura

La Corte ha hecho un reconocimiento expreso a la comunidad (indígena y/o tribal) como sujeto colectivo titular de los derechos humanos del sistema interamericano y por tanto son objeto de su protección.

En este caso, la Corte acude a normas diferentes a la Convención para sustentar su postura, tales como el Convenio 169 de la OIT que reconoce ciertos derechos, expresamente y como grupo, a los pueblos indígenas y tribales o a las normas internas del Estado parte implicado, en las cuales se hayan estipulado derechos, en favor de éstas comunidades como colectividad.

Ahora se pasa a revisar algunas de las sentencias contenciosas de la Corte IDH, las cuales fueron escogidas por su importancia para el tema y por los derechos protegidos, particularmente el derecho de propiedad privada (artículo 21 de la Convención Americana); su estudio se realizó partiendo del sujeto que fue reconocido como víctima o parte lesionada y/o que fue beneficiario de las reparaciones.

2.2. Análisis de sentencias

2.2.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)

La Corte IDH, mediante sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) analizó el caso de la Comunidad indígena Awas Tingni, la cual demanda sus derechos sobre el territorio que ocupa. Es de destacar que la Comunidad no tiene un título de propiedad sobre las

tierras que reclama. Denuncia la ilegalidad de la concesión otorgada a una empresa maderera para la explotación en territorio considerado de la comunidad indígena, sin que hubiera un dialogo con la misma y sin obtener su consentimiento.

Expresa la Corte (2001) que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido en cuenta especialmente para los efectos del asunto bajo estudio y alude que “como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real de propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (párr. 151).

La Corte (2001) declara que el Estado violó los artículos 25 (Protección judicial) y 21 (Derecho de propiedad) de la Convención Americana, “en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención” (párrs. 139 y 155).

Luego del análisis respectivo, la Corte (2001) concluye que el Estado desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana y ordena, por tanto, al Estado “crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los [miembros de la Comunidad] Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta” (párr. 138).

De otra parte, señala que el artículo 21 de la Convención reconoce el derecho a la propiedad privada y establece que toda persona, tiene derecho al uso y goce de sus bienes,

(...) bienes que pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo [derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona]; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor. (Corte IDH, 2001, párr. 144)

Determina la Corte (2001) que en el concepto de propiedad de las comunidades indígenas “... la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un [elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente], inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (párr. 149).

Dicho concepto se enmarca perfectamente en la noción de “bienes” aludida en precedencia, no tanto como elemento material que pueda ser susceptible de apropiación por parte de una comunidad, sino, más bien, como derecho de la persona humana, por eso la Corte (2001) puntualiza que:

(...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, [los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal], la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. (párr. 148).

Lo anterior indica que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en diversos sentidos y, ciertamente, uno de aquellos comprende o abarca los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Claramente, la Corte, no toma medidas que permitan proteger derechos propios de una persona moral o colectiva, sino, más bien, teniendo en cuenta el concepto de propiedad comunal en las comunidades indígenas (descrito en el párrafo 149 de la sentencia), brinda protección del derecho a la propiedad que se establece en el artículo 21 de la Convención y por esa vía, salvaguarda un derecho de la persona humana.

Es por eso que en la citada sentencia, la Corte (2001) considera tales “bienes” como derechos de la persona humana en tanto miembro de una comunidad indígena, así:

(...) conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, [los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal] sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.

(...)

la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, [el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad] Mayagna Awas Tingni,”. (párr.

153)

En aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte (2001) logró determinar que el Estado de Nicaragua violó los artículos 25 y 21 de la Convención y, en razón de lo anterior, consideró que:

(...) es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

164. Por la razón anterior, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. (párrs. 163-164)

Inicialmente, se podría afirmar que toma una medida para hacer efectivos los derechos de las comunidades indígenas en cuanto tal, es decir, es una medida que beneficia a todas las comunidades indígenas de Nicaragua, sin necesidad de que se requiera la individualización de sus miembros. No obstante, si nos remitimos a la protección que busca la Corte por la violación del artículo 21 de la Convención, es posible decir que la medida que tomó en cuanto a la creación de un mecanismo efectivo tendiente a declarar la titularidad de la propiedad de las comunidades indígenas, implica el reconocimiento y salvaguarda del derecho a la propiedad de la persona humana, eso sí, atendiendo al concepto de “bienes” que se encuentra descrito en la Convención y que la Corte ha interpretado a favor de los miembros de la comunidad, en tanto derecho que entra a formar parte del patrimonio de la persona. Cuando la Corte afirma que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras, toma una medida que específicamente atañe a los miembros de una comunidad que fueron objeto de vulneración.

De la lectura del fallo, en algunos momentos, no se alcanza a apreciar con total certeza, tal vez por una cuestión semántica, si lo que se pretende es proteger a la comunidad en cuanto tal o a todos sus miembros individualmente considerados. En principio el manejo de ciertos términos como “comunidad” y “pueblos indígenas”, daría lugar a interpretar que se hace un reconocimiento tácito de las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos humanos y por tanto beneficiarios de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus providencias. No obstante, no podría ser un reconocimiento tácito porque la Corte busca proteger un derecho reconocido por ella misma (el de tener un mecanismo efectivo para delimitar y titular las propiedades de las comunidades indígenas), que es parte del derecho de propiedad a favor de la persona humana descrito en el artículo 21 de la Convención.

En otro aparte de la sentencia, debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni, la Corte (2001) considera prudente reparar el daño inmaterial causado y

(...) estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni. (párr. 167)

Con lo expuesto anteriormente, pareciera que la Corte, en primera instancia estaría efectuando un reconocimiento tácito de la comunidad como sujeto de derechos humanos, en tanto que no se

refiere a los miembros de ella, sin embargo, en este caso es evidente que considera a todos los miembros de la comunidad como víctimas.

En conclusión, cuando la Corte se refiere, bien sea a “comunidad” o bien a “miembros de la comunidad”, lo único que considera es a todos los miembros de la comunidad como beneficiarios de las medidas de garantía y protección. Por lo tanto, esta sentencia se adecua a la primera postura planteada, es decir, la Corte no ha realizado ninguna clase de reconocimiento (tácito o expreso) a la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

2.2.2. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004)

Los hechos narrados en la sentencia de fondo se pueden sintetizar de la siguiente manera: el día 18 de julio de 1982, miembros del Ejército de Guatemala, en desarrollo de la llamada “Doctrina de Seguridad Nacional” en contra de la insurgencia, masacraron alrededor de 268 personas en su mayoría miembros del pueblo maya achí de la aldea Plan de Sánchez, municipio de Rabinal, y otras no indígenas residentes en otras comunidades aledañas (Corte IDH, 2004, fondo).

La Corte (2004) aclara que “(...) la Comisión alegó la “denegación de justicia y otros actos de intimidación y discriminación [... realizadas en perjuicio] de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre” (párr. 2), que señaló en su demanda que la masacre se encuentra en la impunidad y que supuestamente el Estado no ha realizado una investigación seria y efectiva para establecer los hechos, juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de los

hechos denunciados, ni ha reparado las consecuencias. La Corte decide declarar la responsabilidad del Estado conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el mismo. Teniendo en cuenta lo anterior, no hace un mayor análisis de los derechos vulnerados, entre los cuales se encuentra el artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada), que resultó afectado debido a los hechos de violencia y desplazamiento de que fueron objeto los miembros de la comunidad. Declaró además violados los derechos consagrados en los artículos 5 (Derecho a la Integridad Personal); 8 (Garantías Judiciales); 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión), 16 (Libertad de Asociación), 24 (Igualdad ante la Ley), 25 (Protección Judicial) y 1 (Obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y en cuanto a las víctimas de las violaciones de los derechos consagrados en la Convención, la Corte (2004) señaló que:

(...) son las personas identificadas por la Comisión en su demanda (supra párr. 42.48), y las que puedan ser identificadas con posterioridad, debido a que las complejidades y dificultades presentadas al individualizarlas permiten presumir que hay aún víctimas pendientes de determinación. (párr. 48)

De otra parte, en la sentencia del 19 de noviembre de 2004 (Reparaciones), la Corte determinó, en primer lugar, quiénes son los beneficiarios de las reparaciones, para luego disponer las medidas de reparación de los daños materiales e inmateriales y, por último, lo relativo a costas y

gastos.

En cuanto a los beneficiarios, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención y teniendo en cuenta tanto el daño material como el daño inmaterial, la Corte (2004) en sentencia de reparaciones indicó que:

(...) considera como “parte lesionada” y por tanto beneficiarios de las reparaciones a las víctimas sobrevivientes de la masacre que se encuentran individualizadas en la lista de víctimas contenida en el párrafo 49.10 de la presente Sentencia. Todas ellas serán acreedoras de las reparaciones que fije el Tribunal.

62. Es preciso recordar que cuando se está en presencia de un caso contencioso ante la Corte es preciso que la parte interesada comunique quién o quiénes son los beneficiarios.

(...) considera que no está en condiciones de fijar indemnización alguna respecto de víctimas que no hayan sido individualizadas a la fecha. Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte se reserva la posibilidad de determinar otras formas de reparación a favor de todos los miembros de las comunidades afectadas por los hechos del caso. (párr. 61-62)

Aquí se observa como la Corte manifiesta la necesidad de determinar de forma clara y concreta las personas que se consideran la parte lesionada, y ello lo hace con fundamento en su reiterada jurisprudencia, lo cual descarta de paso que exista un reconocimiento de beneficiarios de las reparaciones más allá de las personas humanas expresamente reconocidas.

En cuanto al daño material, la Corte fija una indemnización con el fin de compensar las

consecuencias patrimoniales de las violaciones y determina en equidad una cantidad de dinero para cada una de las víctimas que se listan en la sentencia, incluidas aquellas respecto de las cuales no se aportó documento idóneo para su identificación (Corte IDH, 2004, reparaciones, párr. 75-76.)

Respecto del daño inmaterial, en la sentencia de reparaciones, la Corte (2004) considera que:

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad y el consuelo de sus deudos. (párr. 80)

Inicialmente y atendiendo criterios de equidad, la Corte (2004) determina el pago de una suma de dinero como compensación por concepto de daño inmaterial y, teniendo en cuenta que las víctimas forman parte del pueblo maya, considera que “la reparación individual tiene como un

componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto” (párr. 86), es decir, que las reparaciones que se conceden a título general no se constituyen como medidas a favor de las comunidades en cuanto tal, sino que aquellas forman parte de la reparación que se otorga a los miembros de la comunidad afectada atendiendo a su carácter individual. Con lo cual se repara al individuo, teniendo en cuenta que las medidas de reparación que se conceden a los miembros de la comunidad en su conjunto forman parte de esa reparación individual.

Se debe tener en cuenta que las reparaciones se hacen para los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez y de otras comunidades.

En cuanto a otras formas de reparación, la Corte procede a determinar una compensación que mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tienda a una reparación integral de las víctimas.

En este apartado la Corte (2004), en sentencia de reparaciones, entra a determinar

(...) aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública. Estas medidas tienen especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados. (párr. 93)

En tal sentido, ordena al Estado: cumplir con la obligación de investigar los hechos, juzgar y sancionar a los responsables; la realización de un acto público de reconocimiento de la responsabilidad internacional; traducción y publicación de las sentencias de la Corte en el idioma maya achí; la garantía de no repetición; tratamiento médico y psicológico de carácter colectivo, familiar e individual; programas de desarrollo (vivienda, salud, educación, producción e infraestructura). (Corte IDH, 2004, reparaciones)

En un principio, tales medidas de reparación pueden conducir a una interpretación cercana al reconocimiento tácito de las comunidades indígenas como sujetos de derechos humanos, no obstante, para la Corte, tales medidas no son más que un elemento que forma parte de la reparación individual que debe proveer el Estado de Guatemala a las víctimas de las violaciones perpetradas.

Acorde con lo anterior, en las dos providencias relacionadas (Fondo y Reparaciones), la Corte es muy clara en afirmar que las víctimas y beneficiarios de las reparaciones son las personas previamente individualizadas. De igual forma, cuando ordena medidas de otro carácter se encarga de clarificar que van dirigidas a los miembros de esas comunidades, pero no a esas comunidades como sujeto de derechos humanos. Por tanto la presente sentencia se puede ubicar dentro del primer enfoque, relativo a que la Corte no se hace ninguna clase de reconocimiento para que la comunidad sea catalogada como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

Lo anterior se reafirma con lo dicho por el juez Sergio García Ramírez en el voto razonado que hace a la sentencia sobre reparaciones de este caso, el cual se relaciona con la titularidad de los derechos protegidos por la Convención Americana, con respecto a determinados Derechos “Humanos” de las personas morales o colectivas y el alcance de la potestad tutelar de la Corte. En síntesis, afirmó lo siguiente: las reparaciones colectivas ordenadas en la sentencia, no son más que una parte de la reparación integral que por virtud de la Convención Americana debe hacerse a los individuos víctimas de las violaciones. Lo cual no implica un reconocimiento de la titularidad de Derechos “Humanos” a favor personas morales o colectivas. Las reparaciones que en principio pueden beneficiar a una colectividad, se ordenan en beneficio de las víctimas directas.

2.2.3. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005)

De acuerdo a la demanda presentada por la Comisión, miembros de las fuerzas armadas de Suriname habrían atacado la comunidad N’djuka Maroon de Moiwana en hechos que ocurrieron en noviembre de 1986, masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Algunos lograron huir a los bosques circundantes y después fueron exiliados o internamente desplazados. La demanda se presenta por falta de una investigación adecuada de la masacre y por el desplazamiento en que aún permanecían los sobrevivientes (Corte IDH, 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 2-3).

En el presente caso, la Corte (2005) consideró que:

Las presuntas víctimas son aquellas personas individualizadas en la demanda, descritas como: a) los sobrevivientes de los hechos del 29 de noviembre de 1986 en la aldea de Moiwana, y b) los familiares de quienes murieron ese día. ... y se hará referencia a ellas en adelante como “las presuntas víctimas” o “los miembros de la comunidad Moiwana” (párr. 71)

(...)

A pesar de que a los miembros individuales de las comunidades indígenas y tribales se les reconoce como personas en la Constitución de Suriname, el ordenamiento jurídico del Estado no reconoce tales comunidades como entidades jurídicas. Igualmente, la legislación nacional no establece derechos colectivos a la propiedad. (párr. 86.5)

No obstante, afirma que la relación existente entre la comunidad N’djuka con su tierra tradicional es de trascendental importancia para su cultura. Indica que su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. Con base en lo anterior, los miembros de la comunidad pueden ser considerados los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tienen derecho al uso y goce de las mismas. (Corte IDH, 2005, párrs. 133 y 134)

Por otra parte, la Corte establece que la investigación de los hechos denunciados ha sido insuficiente y que aún no ha habido sanción de los responsables

En el acápite de reparaciones, el Tribunal Interamericano (2005) afirma lo siguiente:

En primer lugar, la Corte considera que la “parte lesionada”, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, está constituida por las personas definidas en el párrafo 71 como “los miembros de la comunidad” (supra párr. 71 y 86.17, en donde se encuentra la lista completa de las víctimas). En consecuencia, dichas personas serán los beneficiarios de las reparaciones que el Tribunal estime pertinentes ordenar. (párr. 176)

Lo anterior hace referencia a las personas que se encuentren individualizadas, tanto aquellas que se encuentren debidamente identificadas mediante un documento expedido por autoridad competente, como aquellas que no.

La Corte (2005) indica que:

Es preciso recordar que cuando se está en presencia de un caso contencioso ante la Corte, la parte interesada debe comunicar quién o quiénes son los beneficiarios. Por esta razón, este Tribunal no puede aceptar la solicitud de que ciertas víctimas, que a la fecha no han sido individualizadas ante la Corte, sean identificadas para efectos de indemnización con posterioridad a la presente Sentencia. (párr. 177)

En tal sentido, con el fin de ordenar una indemnización apropiada por concepto de daño material, la Corte fija el pago de una cantidad de dinero a cada una de tales víctimas.

Ahora bien, en cuanto al daño inmaterial, la Corte (2005) expresa que:

No siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, para fines de la reparación integral a las víctimas, sólo puede ser objeto de compensación de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos. (párr. 191)

Al valorar el daño inmaterial perpetrado, la Corte toma en cuenta aspectos como: la imposibilidad de obtener justicia, el desconocimiento acerca de qué sucedió con los restos mortales de los seres queridos y la conexión de los miembros de la comunidad con su territorio ancestral. El Tribunal Interamericano (2005) ordena al Estado el pago de una indemnización en dinero a cada una de las víctimas identificadas y además considera “(...) que las reparaciones individuales que se determinen deben complementarse con medidas que se ordenen a favor de la comunidad como un todo” (párr. 194), indicando como otras formas de reparación:

(...) aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tienen alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública. Estas medidas tienen especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados. (párr. 201)

Las medidas a que alude el alto Tribunal son las siguientes:

1. Obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables, así como recuperar los restos de los miembros de la comunidad que fallecieron en el ataque de 1986.
2. Título colectivo de las tierras tradicionales.
3. Garantías estatales de seguridad para los miembros de la comunidad que decidan regresar a la aldea de Moiwana.
4. Fondo de desarrollo financiado por el Estado.
5. Disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional.
6. Monumento.

En conclusión, podemos afirmar que a pesar de ordenar medidas de reparación, que en apariencia pueden considerar a las comunidades como sujeto de derechos humanos, la Corte precisa que son las víctimas individualmente consideradas quienes son sujetos de protección de los derechos humanos y por tanto beneficiarios de las reparaciones. Conforme a lo anterior, la presente sentencia se inserta dentro del primer enfoque que se ha planteado, esto es, que la Corte no ha hecho ningún tipo de reconocimiento a la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

2.2.4. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)

La Comunidad indígena Yakye Axa reclama desde 1993 la reivindicación de las tierras que fueron ocupadas por sus antepasados. A pesar de los constantes requerimientos presentados ante las autoridades administrativas y judiciales del Estado del Paraguay, sus solicitudes no fueron escuchadas vulnerándoles el derecho a una justicia pronta y el derecho a una vida digna, esta última en razón al innegable nexo que existe entre el indígena y la tierra (Corte IDH, 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 50.16-50.111).

Como consideraciones previas la Corte (2005) señala que:

Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado. (párr. 51)

Al analizar la vulneración de los artículos 8 y 25 de la Convención (Garantías Judiciales y Protección Judicial), el Tribunal Interamericano (2005) manifiesta que:

En lo que respecta a [pueblos indígenas], 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 (supra párr. 51). (párr. 63)

E indaga si existe o no un procedimiento efectivo para responder a las reclamaciones territoriales de los pueblos indígenas, que reúna las características señaladas.

Es pertinente destacar que la Corte (2005) “(...) considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas” (párr. 82). Advierte que en la legislación paraguaya, la comunidad indígena:

“(...) ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados” (párr. 83).

(...)

la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, es otro derecho garantizado a la Comunidad indígena, como sujeto de derechos (...). (párr. 84)

La Corte (2005) considera que el proceso administrativo existente “se mostró abiertamente inefectivo para atender las solicitudes de reivindicación de las tierras que los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa consideran como su hábitat ancestral y tradicional” (párr. 98).

En cuanto a la violación del artículo 21 de la Convención (Derecho a la propiedad privada), expresa la Corte (2005) que:

En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

(...)

La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad. (párr. 127 y 143)

(...)

Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce

efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, en los términos señalados en el párrafo anterior. (párr. 155)

En consecuencia se encuentra que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa.

En relación con el derecho a la vida, el Tribunal Interamericano declara que:

(...) el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los [miembros de la Comunidad] Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna. (párr.176)

Respecto a las reparaciones y como consecuencia de la aplicación del artículo 63.1 de la Convención, la Corte IDH determina en primer lugar, quiénes son los beneficiarios de las mismas. Aquí llama la atención como el Tribunal Interamericano (2005) tiene en cuenta los alegatos de la Comisión, en los cuales se afirma que “a) tanto la Comunidad Yakye Axa como los miembros que la componen son titulares del derecho a recibir una reparación en el presente caso, ya que por su propia identidad cultural deben ser considerados desde una perspectiva colectiva e individual” (párr. 185, lit. a).

En coherencia con lo anterior, la Corte (2005) señaló que:

En el presente caso, la Corte comparte el criterio de la Comisión y los representantes en el sentido de que las reparaciones adquieren una especial significación colectiva. Al respecto, este Tribunal consideró en un caso que involucraba pueblos indígenas que “la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto¹”. (párr. 188)

Aunque luego indica que:

Sin perjuicio de ello, la Corte considera que los beneficiarios de las reparaciones que se ordenan en la presente Sentencia son los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, [detallados en la lista obrante en el anexo A de esta Sentencia]. (párr.189)

La postura que toma la Corte en el párrafo anterior, en principio resulta confusa, pues pareciera que pasara de reconocer a la comunidad como sujeto titular beneficiario de las reparaciones, a indicar que los beneficiarios de las mismas son los miembros de la comunidad debidamente individualizados.

Así, la Corte (2005) condena al Estado a pagar una indemnización material e inmaterial en favor de los miembros de la comunidad. Adicionalmente, ordena otra clase de medidas que no tienen alcance pecuniario o que tienen repercusión pública, dado “el carácter colectivo de los daños ocasionados” (párr. 210), tales como: la entrega de las tierras reclamadas o de otras de igual extensión y calidad, de forma tal que se garantice su derecho a preservar y desarrollar su

¹ Caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, 2004, Reparaciones, párr. 86.

identidad cultural, el suministro de bienes y servicios básicos, adecuación de la legislación interna a la Convención Americana, acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, publicación y difusión de las partes pertinentes de la sentencia de la Corte.

La presente sentencia en apariencia podría significar un reconocimiento tácito de la comunidad como sujeto colectivo, bien sea, porque se tienen en cuenta los argumentos de la Comisión en sus alegatos (cuya posición es clara respecto al reconocimiento de la comunidad indígena o tribal como sujeto titular de derechos humanos), o bien, por la clase de reparaciones que se ordenan. No obstante, es evidente que la Corte exige la individualización de sus miembros para conceder una reparación. En consecuencia esta providencia se enmarca dentro de la primera postura, en la cual no se efectúa ninguna clase de reconocimiento a la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

2.2.5. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay (2006)

Desde 1991 la Comunidad indígena Sawhoyamaxe de Paraguay, inició el proceso de reivindicación de las tierras que forman parte de su hábitat tradicional, sin que se haya resuelto de forma satisfactoria su solicitud. Se señala que la falta de garantía en su derecho a la propiedad comunitaria y las precarias condiciones en que los miembros de la comunidad deben subsistir por fuera de su territorio, han menoscabado la preservación de su cultura, sus formas de vida, costumbres e idioma. Por ello, entre otros aspectos, la Comisión alegó que el Estado no ha

garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaya y sus miembros. De igual forma se afirma que la vulneración de los derechos reclamados como quebrantados, se ocasionó en perjuicio tanto de la comunidad como de sus miembros. (Corte IDH, 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 2).

En sus consideraciones previas, la Corte (2006) advierte que “(...) el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena” (párr. 59) y recuerda que los Estados deben garantizar el ejercicio y goce de los derechos de estas personas en condiciones de igualdad e indica además que:

Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. (párr. 60)

Con el objeto de determinar si hubo o no un plazo razonable en el proceso de reivindicación de tierras y al tratar el tema del reconocimiento de la personalidad jurídica a la comunidad por parte del Estado, la Corte recuerda las consideraciones efectuadas en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, donde manifestó que la comunidad en sí misma y no como persona jurídica, es reconocida como preexistente al Estado en la Constitución paraguaya. La comunidad indígena, en la legislación paraguaya, se ha convertido en sujeto pleno de derechos, que se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia independientemente del derecho de sus

miembros individualmente considerados. Resolviendo, en consecuencia, que los términos se contaban desde que se inició el procedimiento administrativo y no desde que se les reconoció personería jurídica como lo alegaba el Estado. Una vez analizadas las circunstancias que rodearon tal procedimiento, encontró que los 13 años que había durado no son acordes con el principio de plazo razonable. (Corte IDH, 2006, párr. 93-98).

Para definir el alcance del derecho a la propiedad privada (artículo 21 de la Convención Americana) en relación con el derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas, la Corte tuvo en cuenta lo establecido en el Convenio 169 de la OIT (ratificado e incorporado en el derecho interno de Paraguay) y las reglas de interpretación descritas en el artículo 29 de la Convención. Expresa además que la Constitución paraguaya reconoce unos derechos específicos que se derivan, entre otros aspectos, de las características comunales de su dominio sobre sus tierras (Corte IDH, 2006, párr. 117-122).

El Tribunal Interamericano (2006) ha manifestado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras, tradiciones y recursos naturales, debe ser protegida por el artículo 21 citado. Al respecto manifestó:

Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. (párr. 106)

No obstante, la Corte (2006) concluye que el “Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de [los miembros] de la Comunidad Sawhoyamaxa” (párr. 144).

De igual manera se analiza la violación del artículo 4 de la Convención Americana (Derecho a la vida), concluyendo que hubo una violación en perjuicio de determinados miembros de la Comunidad. En cuanto a la violación del artículo 3 de la Convención Americana (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), la Corte encontró que, a pesar de no haber sido alegada de forma expresa por ninguna de las partes, en efecto se vulneró tal derecho en perjuicio de determinados miembros de la Comunidad a quienes no se les brindaron las garantías de accesibilidad que permitan sus respectivos registros de nacimiento y otros documentos de identificación, con el objeto de hacer efectivo este derecho. (Corte IDH, 2006, párrs. 144, 186 y 193-194)

Al momento de definir las reparaciones y sus beneficiarios, la Corte (2006) observa que la Comisión solicitó que sea tenida como beneficiaria la “comunidad indígena” y sus “miembros”, indicando que las “violaciones han sido en perjuicio de una Comunidad Indígena, que por su propia identidad cultural debe ser considerada desde una perspectiva colectiva e individual” (párr. 201). A pesar de lo anterior, la Corte no hizo ningún señalamiento respecto a la solicitud de la Comisión y al definir la parte lesionada, estableció que eran los miembros de la comunidad indígena Sawhoyamaxa y adjuntó una lista de los mismos (Corte IDH, 2006, párrs. 204-208).

En la presente sentencia, como en otras anteriores, la Corte (2006) ha ordenado medidas de reparación de “alcance o repercusión pública”, por el “carácter colectivo de los daños ocasionados” (párr. 228), no obstante, ello no nos lleva a dilucidar que exista una intensión de reconocer a la Comunidad en su calidad de sujeto colectivo, como beneficiaria de las reparaciones.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la presente sentencia se incluye dentro del primer enfoque, puesto que la Corte no hace un reconocimiento (tácito o expreso) con miras a determinar que la comunidad indígena ostenta la calidad de sujeto colectivo titular de derechos humanos, por el contrario, considera a todos sus miembros como víctimas directas e indirectas y por tanto sujetos de su protección individualmente considerados.

2.2.6. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)

La Comisión Interamericana presentó ante la Corte demanda contra el Estado de Surinam por las violaciones cometidas contra los “miembros” del pueblo Saramaka, comunidad tribal que vive en la región superior del Río Surinam. Se afirma que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado tradicionalmente, que ha violado el derecho a la protección judicial “en perjuicio del pueblo Saramaka” al no otorgarles un acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales y que no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno

para asegurar y respetar estos derechos. (Corte IDH, 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 1-2)

La Corte (2007), al analizar si los integrantes del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal, hace una diferenciación implícita con lo que debe entenderse por indígena y señala lo siguiente:

(...) el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan (...) pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones. (párr. 79)

Posteriormente, concluye que:

(...) los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. (párr. 84)

La Corte (2007) afirma que los “miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos” (párr. 85) y reitera lo expresado en el caso Moiwana: “(...) esta comunidad tribal tenía ‘una relación profunda y

abarcativa respecto de sus tierras ancestrales’ que se centraba no ‘en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto’” (párr. 85). Estos argumentos permitieron al Tribunal Interamericano aplicar jurisprudencia relacionada con las “comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención.” (párr. 85). En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte “respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales” (párr. 86), como en el presente asunto.

Es interesante destacar como la Corte (2007), debido a que Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio No. 169 de la OIT, realiza una interpretación extensiva del artículo 29 de la Convención, lo que le permite ampliar los efectos y la interpretación dada al “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; los cuales fueron ratificados por Surinam, concluyendo que los mismos no solo aplican a los pueblos indígenas sino también a los pueblos tribales.

En algunos momentos la Corte hace alusión al derecho de propiedad comunal de los “pueblos” indígenas o tribales, sin embargo en otras partes se refiere a este mismo derecho respecto de los “miembros”, lo cual genera dudas al momento de interpretar su posición.

La Corte (2007) ha manifestado que:

La cuestión general respecto de los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en Surinam ya ha sido materia de estudio por esta Corte en el caso Moiwana. En dicho precedente, la Corte sostuvo que el Estado no reconocía a dichos pueblos un derecho a la propiedad comunal. (párr. 98)

No obstante, al hablar del derecho de usar y gozar los recursos naturales existentes en sus tierras tradicionales, hace una clara diferencia entre “(...) la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, (...)” (párr. 120), indicando su evidente interrelación. Luego la Corte vuelve a hacer mención a la protección del derecho de los “miembros” o “integrantes” de la comunidad, y no el derecho del pueblo o comunidad indígena o tribal.

Con relación a las restricciones sobre el derecho al uso y goce de las tierras y recursos naturales que han poseído tradicionalmente los miembros de los pueblos indígenas y tribales, la Corte (2007) ha manifestado que para resolver, se debe tener en cuenta si la restricción implica una afectación de sus costumbres y tradiciones que los afecte en su subsistencia como grupo y como integrantes, es decir “cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal” (párr. 128).

Por otra parte la Corte (2007), insistente en la necesidad de proteger los derechos de los miembros de la comunidad tribal en aras de preservar la existencia de la misma, de esta forma establece unas medidas de protección frente a las concesiones dentro de su territorio y expresa

que “Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.” (párr. 129)

Con relación al derecho a la consulta a los pueblos indígenas y tribales, trae a colación el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado de Surinam. Y expresa que debe hacerse conforme a sus tradiciones, y desde el inicio del plan de desarrollo o inversión a efectuarse (Corte IDH, 2007, párrs. 131, 133).

Llama la atención, cómo la Corte al revisar la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka, analiza la “posibilidad de reconocer la personalidad legal de un grupo más que la personalidad de sus miembros individuales” (párr. 165); señalando la necesidad de un “(...) reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto” (párr. 169). Sin embargo, luego considera que “(...) el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva” (párr. 174) y por tanto considera violado dicho derecho en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka.

Finalmente cuando pasa a referirse a la parte lesionada o beneficiarios de las reparaciones, expresa que por regla general es necesaria la individualización de los mismos. No obstante, para

el presente caso se tiene en cuenta “el tamaño y la diversidad geográfica del pueblo Saramaka” (párr. 188), y en especial el hecho de que las reparaciones que se ordenan sean colectivas, considerando por tanto no necesario nombrar a cada uno de sus miembros. En suma, considera a los “miembros” del pueblo Saramaka, como parte beneficiaria de las “formas colectivas” de reparación ordenadas.

Como reparación principal ordena al Estado definir el territorio y otorgar el título colectivo respectivo a los miembros del pueblo Saramaka, conforme a sus costumbres y a través de la consulta previa.

Se encuentra en el caso Saramaka uno de los eventos en los cuales no se exigió individualizar a sus integrantes. No obstante, no se reconoce como beneficiaria de las reparaciones a la comunidad como sujeto colectivo, sino que se señala a sus miembros. En consecuencia, la presente sentencia debe ser circunscrita dentro del primer enfoque, el cual no otorga reconocimiento a la comunidad como sujeto titular de derechos humanos.

2.2.7. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)

En este asunto los hechos se pueden resumir así: la comunidad indígena inició el trámite en 1990 con el fin de lograr la recuperación de sus tierras tradicionales y a pesar del transcurrir de más de 10 años aún no se había logrado una solución definitiva. El área reclamada por las víctimas forma parte de su hábitat tradicional desde tiempos inmemoriales, por lo cual se

considera que tienen derecho a recuperar esas tierras o a adquirir otras de la misma extensión y calidad, con el objeto de garantizar su derecho a preservar su identidad cultural. El estrecho vínculo entre la falta de sus territorios y el derecho a la vida digna de los miembros de estas comunidades, permitió concluir que el Estado también era responsable del derecho a la vida de algunos integrantes de la comunidad que habían fallecido por las precarias condiciones en las que debieron subsistir (Corte IDH, 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 2-4).

En la demanda, la Comisión alega la responsabilidad internacional del Estado paraguayo, por no garantizar el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena y de sus “miembros”. Al analizar el derecho a la propiedad, la Comisión indica que en el ordenamiento jurídico interno se reconoce de forma expresa el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y que, a pesar de ello, no se ha hecho efectivo tal derecho. La Corte (2010) señala que el examen estará encaminado a verificar si el Estado ha garantizado y ha hecho efectivo este derecho a los “miembros de la Comunidad” sobre sus tierras tradicionales.

En la parte considerativa de la sentencia, la Corte (2010) expresa que, al interior de las comunidades indígenas, los conceptos de propiedad y posesión logran alcanzar una significación colectiva que converge en el grupo y su comunidad, concluyendo que esta noción merece igual protección que el derecho de propiedad individual conforme al artículo 21 de la Convención. Manifiesta que se debe tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena con la tierra que reclaman y que por lo tanto, frente a un conflicto entre derechos de particulares y los derechos de los miembros de la Comunidad, es necesario que se ofrezca un

mecanismo efectivo y una posibilidad real de recuperar sus tierras, lo contrario constituiría una violación al derecho de propiedad por falta de un recurso efectivo y un trato discriminatorio. En resumen la Corte concluyó que los “miembros” de la Comunidad Xákmok Kásek habían padecido diversas afectaciones a su identidad cultural producidas principalmente por la falta de su territorio propio y de los recursos naturales existentes allí. Se declaran violados entre otros, por parte del Estado, los derechos a la propiedad comunitaria, a la vida y a la personalidad jurídica en contra de los miembros de la Comunidad, individualizando en algunos casos a las víctimas (Corte IDH, 2010, párrs. 87, 149, 182, 218, 234 y 254).

Del presente asunto podemos colegir que la Corte (2010), al momento de proteger los derechos de las víctimas, no hace una alusión directa a los derechos de la comunidad como un todo y por lo tanto, como un sujeto colectivo titular de derechos humanos. Sin embargo se observa que reconoce la importancia colectiva del derecho a la propiedad al afirmar que para los miembros de la comunidad tiene una significación colectiva que “(...) no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (párr. 86).

En cuanto a la parte lesionada, la Corte (2010) tomó a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek que sufrieron las violaciones declaradas, no obstante se observa que existen reparaciones ordenadas que favorecen al colectivo, en especial la adopción en el derecho interno de un sistema eficaz para la reclamación de tierras ancestrales de los “pueblos” indígenas, que posibilite hacer efectivo su derecho de propiedad. En algunos apartes de la sentencia es posible concluir que el

Tribunal utiliza de forma indistinta los términos “pueblo”, “comunidad” y “miembros”, al parecer refiriéndose a las personas habitantes de los pueblos indígenas o comunidades (Corte IDH, 2010, párrs. 278, 310 y 321).

De todo lo anterior, en especial del acápite de reparaciones, se puede afirmar que el presente fallo está dentro del primer enfoque, es decir considera a todos sus miembros como víctimas directas y/o indirectas y por tanto como sujetos de protección individualmente considerados, sin que se efectúe un reconocimiento a la comunidad como sujeto colectivo de derechos humanos.

2.2.8. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)

La Comisión Interamericana presentó demanda en contra de la República del Ecuador, porque el Estado, en la década de 1990, habría otorgado permiso de exploración y explotación a una empresa petrolera privada dentro del territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, sin realizar la consulta previa y sin consentimiento del pueblo indígena. El uso de explosivos para la exploración puso en riesgo a la población, limitando la circulación y expresión de la cultura del pueblo Sarayaku. Adicionalmente se alega la falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales. La Comisión Interamericana, al realizar los alegatos sobre las violaciones a los derechos establecidos en la Convención, indica que dicha violación se efectuó en perjuicio tanto de la “comunidad” como de sus “miembros”, en especial cuando se refiere a la violación

del artículo 21 (Derecho a la propiedad) en relación con los artículos 1.1, 13 y 23. (Corte IDH, 2012, Fondo y Reparaciones, párrs. 2, 125-139)

La Corte (2012), al realizar el estudio sobre el derecho a la consulta previa cuando una comunidad indígena o tribal se ve afectada por una medida administrativa o legislativa, señaló que:

Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo², es indudable que al menos desde mayo de 1999³ el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena. (párr. 176)

(...)

2 El Comité de Expertos de la OIT afirmó en el contexto de la actividad petrolera en el Ecuador que, si bien las disposiciones del Convenio no pueden ser aplicadas retroactivamente, “el Convenio tiene aplicación en la actualidad [en el Ecuador] en lo concerniente a las actividades que se llevan a cabo desde el 15 de mayo de 1999”. Según el Comité, “la obligación de consultar con los pueblos interesados no es aplicable sólo a la celebración de contratos sino que surge de manera general en el contexto de la aplicación de las disposiciones del Convenio”. El Comité, por tanto, solicitó al Ecuador que, a partir de dicha fecha, “aplique plenamente” el Convenio, recomendando que “establezca consultas previas en los casos de exploración y explotación de hidrocarburos que pudiesen afectar a comunidades indígenas y tribales, y que asegure la participación de los pueblos interesados en las diferentes etapas del proceso, así como en los estudios de impacto ambiental y los planes de gestión ambiental” (OIT, “Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio [169] [...], párr. 28, expediente de Prueba, tomo 10, folios 6013-6014, 6019, párrs. 28, 30 y 45.a).

3 Sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, el Ecuador estaba obligado a actuar de buena fe y conforme al objeto y fin del Convenio. El artículo 18 de dicha Convención establece: “Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.

En conclusión, la Corte ha constatado que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. (párr. 211)

El Tribunal Interamericano (2012) recuerda que en anteriores casos, relacionados con comunidades o pueblos indígenas y tribales, sólo se había declarado las violaciones en perjuicio de los miembros de estos pueblos (o comunidades), pero ahora argumenta que:

(...) la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros⁴. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva. (párr. 231)

En el acápite de reparaciones el Tribunal (2012) señala como parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, al “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, que

4 Así, por ejemplo, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007 establece, en su artículo 1, que: “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. El artículo 3.1 del Convenio No. 169 de la OIT dispone que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”. En igual sentido, el Comité del PIDESC, en su Observación General No. 17 de noviembre de 2005, señaló expresamente que el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas también asiste a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos y no únicamente a sus miembros como sujetos individuales de derechos (párrs. 7, 8 y 32). Posteriormente, en su Observación General No. 21 de 2009 el Comité interpretó que la expresión “toda persona” contenida en el artículo 15.1.a) del Pacto “se refiere tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. En otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo” (párr.8). Además, otros instrumentos de protección regional como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1986 han establecido la protección especial de ciertos derechos de los pueblos tribales en función del ejercicio de derechos colectivos. Ver, *inter alia*, los artículos de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: artículo 20 que protege el derecho a la existencia y autodeterminación de los pueblos; artículo 21 que protege el derecho sobre los recursos naturales y la propiedad sobre sus tierras, artículo 22 que garantiza el derecho al desarrollo.

sufrió las violaciones declaradas en el capítulo de fondo de esta Sentencia (supra párrs. 231, 232, 249, 271 y 278), por lo que lo considera beneficiario de las reparaciones que ordene” (párr. 284).

Y como consecuencia, en razón a las violaciones por parte del Estado entre otros de los derechos a la propiedad comunal y a la consulta, la Corte (2012) dispuso expresamente medidas de reparación a favor de la comunidad como sujeto colectivo, ordenando al Estado garantizar al Pueblo Sarayaku la consulta previa, adecuar su legislación para hacer efectivo este derecho, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, entre otros puntos (párrs. 285 y ss.).

Lo anterior nos lleva a concluir que ésta vez la Corte reconoce de forma expresa a la comunidad como sujeto titular de derechos humanos, lo considera como objeto de su protección y por tanto beneficiario de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Por lo tanto, este fallo queda inmerso dentro del segundo enfoque, el que no sólo se fundamentó en el Convenio No 169 de la OIT, sino también en otros instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, la Observación General No. 17 de noviembre de 2005 del Comité del PIDESC, entre otros.

2.2.9. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013)

En la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, la Corte señala que:

El caso se refiere a la responsabilidad del Estado por alegadas violaciones de derechos humanos cometidas en relación con la denominada “Operación Génesis”, llevada a cabo entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 en el área general del Río Salquí y Río Truandó, zona cercana a los territorios de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, departamento del Chocó, que resultaron en la muerte de Marino López Mena y el desplazamiento forzado de cientos de personas, muchos de los cuales eran miembros de las comunidades afrodescendientes que habitaban en las márgenes del río Cacarica. Asimismo, se alega la violación del derecho a la propiedad colectiva de dichas comunidades sobre los territorios que han poseído ancestralmente y que el Estado les ha reconocido, tanto respecto de los desplazamientos como por explotaciones ilegales de recursos naturales realizadas por empresas con permiso o tolerancia del Estado. A su vez, se alega la falta de investigación de los hechos y de sanción de los responsables, así como la falta de protección judicial respecto de tales hechos. (párr. 1)

La Corte (2013) indica que en el informe de fondo presentado por la Comisión, ésta concluyó que el Estado era responsable por las violaciones de algunos derechos reconocidos en la Convención Americana, entre ellas, la violación “(...) en perjuicio de las comunidades del Cacarica asociadas en Comunidades de Autodeterminación, Vida y Dignidad (en adelante ‘CAVIDA’) y las mujeres cabeza de familia que habitan en Turbo, del artículo 5 en relación con el 1.1;”. (párr. 2)

En aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte (2013) dice que toda violación de una obligación internacional conlleva una reparación en forma adecuada y requiere, siempre que sea posible, una restitución plena tendiente a lograr el restablecimiento de la situación anterior; toma como fundamento un listado de presuntas víctimas debidamente individualizadas, para determinar quiénes serán considerados como víctimas en el presente asunto.

Al momento de establecer las medidas de satisfacción, rehabilitación y restitución, la Corte (2013) indicó que, como los daños producidos a las víctimas “(...) se refieren no sólo a aspectos de su identidad individual, sino también a la pérdida de sus raíces y vínculos comunitarios, resulta pertinente disponer una medida de reparación que busque reducir padecimientos psicosociales” (párr. 453). Estableció que el incumplimiento del Estado de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades, produjo un daño que va más allá del aspecto patrimonial pues dichas comunidades tienen una relación especial con sus territorios, por lo tanto ordena la restitución efectiva del uso, goce y posesión de aquellos. Así también, ordena al Estado enviar representantes oficiales a dichos territorios para verificar la situación de orden público y que se otorgue a las víctimas acceso prioritario a las formas de reparación de carácter interno.

En lo que concierne a las medidas de compensación, la Corte (2013) observa que el Estado cuenta con mecanismos administrativos que benefician a las víctimas de forma individual o colectiva, y destaca que:

(...) el Derecho Internacional contempla la titularidad individual del derecho a la reparación. Sin perjuicio de ello, el Tribunal indica que, en escenarios de justicia transicional en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que exceden ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación. (párr. 470)

Además, la Corte IDH (2013) expresa que en el caso de comunidades afrocolombianas que han sufrido algún daño, el Decreto 4635 de 2011 permite “(...) la posibilidad de conferirles además de la indemnización administrativa individual, una indemnización colectiva y un Programa de asesoría y acompañamiento para la inversión de los recursos entregados a título de indemnización colectiva o individual.” (párr. 473). En consecuencia, dispone que todas las personas consideradas como víctimas en los listados anexos, tengan acceso prioritario a tales indemnizaciones.

Por último, en su parte resolutive, la Corte (2013) determina que se han cometido violaciones a derechos reconocidos en la Convención, en perjuicio de los miembros de las comunidades afrodescendientes desplazadas, en perjuicio del señor Marino López Mena y sus familiares y en perjuicio de los niños y niñas desplazados (listados en los anexos II y III). Es necesario precisar que, aunque en el numeral 4 se señala que el Estado es responsable por la violación del derecho de circulación y residencia, y del derecho a la integridad personal “(...) en perjuicio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica que estuvieron en situación de

desplazamiento forzado, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 315 a 324 de la presente Sentencia.”; tales párrafos remiten a los listados que se encuentran anexos a la sentencia, los cuales hacen referencia a personas debidamente individualizadas.

Resulta pertinente aclarar que en la normatividad interna del Estado colombiano se reconoce la titularidad del sujeto colectivo de derechos en cabeza de las comunidades afectadas; sin embargo, la Corte IDH, en la sentencia no hace un reconocimiento expreso de la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos en el ámbito internacional e indemniza sólo a las víctimas en forma individual. Por lo tanto, es dable indicar que ésta sentencia se enmarca dentro de la primera postura.

2.2.10. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (2014)

En el fallo del 14 de octubre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, la Corte IDH sintetiza los hechos de la siguiente manera:

El caso se refiere a la alegada responsabilidad internacional de Panamá, relacionada con: (i) la supuesta violación continuada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí (“Kuna”) y Emberá de Bayano (“Emberá”) y sus miembros, por el alegado incumplimiento del pago de indemnizaciones relacionadas con el despojo e inundación de sus territorios ancestrales, como consecuencia de la construcción de la Represa Hidroeléctrica del Bayano entre los años 1972 y 1976; (ii) la alegada falta de reconocimiento, titulación y

demarcación de las tierras otorgadas (con respecto al pueblo Kuna durante un largo período de tiempo y con respecto al pueblo Emberá hasta el día de hoy); (iii) la supuesta falta de protección efectiva del territorio y los recursos naturales de invasión y la tala ilegal del bosque por parte de terceros; (iv) el supuesto incumplimiento de Panamá de proveer un procedimiento adecuado y efectivo para el acceso a la propiedad colectiva territorial y para obtener una respuesta a las múltiples denuncias de injerencias de sus territorios, y (v) la secuencia de violaciones cometidas por el Estado sería una manifestación de discriminación de los pueblos Kuna y Emberá, la cual se vería reflejada en la vigencia de normas que responden a una alegada política de carácter asimilacionista. (párr. 1)

La Corte (2014) expresó que en el informe de fondo, la Comisión señaló al Estado de Panamá como responsable de la violación de los derechos a la propiedad, los derechos a las garantías judiciales y a un recurso adecuado y efectivo, y el deber de garantizar y respetar los derechos sin discriminación e igualdad ante la ley, contenidos en los artículos 8, 21, 24 y 25 de la Convención Americana, “(...) en perjuicio de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, y sus miembros.” (párr. 2, literal d)

La Corte (2014), en el examen de fondo de la sentencia evalúa la falta de delimitación, demarcación y titulación de las tierras y la ausencia de un procedimiento adecuado para ello; también se analizan los procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena y para su protección frente a terceros y el deber de adecuar el derecho interno (artículos 8.1, 25 y 2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención), en donde se aprecia la falta de efectividad de los

procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena y su protección frente a terceros, así como la ausencia de un procedimiento para lograr tal propósito; y se examina la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y de brindar protección igualitaria ante la ley (artículo 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención); para finalmente revisar el tema de las reparaciones a que haya lugar (aplicación del artículo 63.1 de la Convención)

Al revisar si el Estado cometió una infracción por la falta en la delimitación, demarcación y titulación de las tierras y la ausencia de un procedimiento adecuado para ello, la Corte (2014) “(...) ha interpretado el artículo 21 de la Convención en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes, a la luz del artículo 29.b de la misma Convención” (párr. 113). Al analizar el alcance del artículo 21 citado, la Corte no sólo tomó en cuenta el reconocimiento de la propiedad comunal indígena de las tierras en el ordenamiento jurídico interno (párr.114), sino también lo estipulado en el Convenio No. 107 de la OIT en el cual se reconoce la propiedad colectiva de estos pueblos, así:

Por otra parte, con respecto a las obligaciones que surgen de las disposiciones de derecho interno panameño, la Corte constata que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas que sirve de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención. (párr. 114)

(...)

Con respecto a las obligaciones internacionales, el Tribunal nota que el Convenio OIT N° 107, ratificado por Panamá el 4 de junio de 1971, establece en su artículo 11 que: “[s]e deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las

poblaciones [indígenas, tribales y semi-tribales] sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. (párr.116)

(...)

En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, la cual fue aprobada por Panamá, establece que los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. (párr.118)

La Corte (2014) concluye que el Estado es responsable por la violación del artículo 21 de la Convención, debido a la falta de delimitación, demarcación y titulación de las tierras colectivas y por la violación del artículo 2, por no haber dispuesto a nivel interno, con anterioridad al año 2008, normas que permitan establecer un procedimiento para lograr ese cometido, en perjuicio de dichos pueblos indígenas y sus miembros.

En cuanto a los procedimientos para acceder a la propiedad del territorio indígena y para su protección frente a terceros, el Tribunal Interamericano encuentra que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, “en perjuicio de las comunidades indígenas Emberá, y sus miembros, por considerar que los recursos incoados por las presuntas víctimas no contaron con una respuesta que permitiera una adecuada determinación de sus derechos y obligaciones” (párr. 173). De igual manera, declara al Estado de Panamá como responsable por la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención “en perjuicio del Pueblo Kuna de Madungandí y

sus miembros con respecto a los dos procesos penales y el proceso administrativo de desalojo de ocupantes ilegales referidos en los párrafos 97 y 99” (párr. 187). No obstante, considera que no se demostró la existencia de un incumplimiento por parte del Estado frente a la ausencia de un procedimiento adecuado y efectivo para la protección de los territorios indígenas frente a terceros y el deber estatal de adoptar disposiciones de derecho interno, contenido en el artículo 2 de la Convención Americana.

Por otra parte, la Corte se abstiene de emitir un pronunciamiento relacionado con la alegada violación del artículo 24 de la Convención, concerniente a la obligación de garantizar y respetar los derechos sin discriminación por el origen étnico y de brindar protección igualitaria ante la ley (párr.204).

Finalmente, en el acápite de reparaciones la Corte (2014) ilustra sobre el daño producido por la violación de una obligación internacional, el cual comporta el deber de repararlo adecuadamente (siempre que sea posible) a través del restablecimiento a la situación anterior. El Tribunal Interamericano indica que el concepto de parte lesionada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, hace alusión:

a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como parte lesionada a los pueblos indígenas Kuna de Madugandí y las comunidades Emberá Piriati e Ipetí de Bayano, y sus miembros, quienes en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en esta Sentencia, serán considerados beneficiarios de las reparaciones que la Corte ordene. (párr. 209)

Es completamente claro que, en esta oportunidad, la Corte ha considerado expresamente a una comunidad como víctima de la violación de los derechos establecidos en la Convención Americana, por lo tanto este fallo se encuentra inmerso en el segundo enfoque plateado, el cual propone el reconocimiento expreso de una comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

2.2.11. Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015)

Conforme a la información de la Comisión ante la Corte IDH, los hechos de este caso se pueden resumir así: se demanda la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la propiedad de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra, motivado en el incumplimiento de su deber de garantía por haber otorgado títulos de dominio pleno en los años 1993 y 1999 a favor de la Comunidad sin haber efectuado un proceso de saneamiento adecuado, puesto que parte del territorio titulado se encuentra ocupado por personas no indígenas, lo que ha impedido la tenencia efectiva de la totalidad de las tierras, ha afectado la forma de vida tradicional de la comunidad y ha generado conflictos de la comunidad con los no indígenas. Por último se afirma que el Estado ha incumplido con los acuerdos efectuados para el saneamiento efectivo y para así poder lograr la tenencia pacífica de sus territorios (Corte IDH, 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 1).

Una vez analizados los hechos, ya en la parte de reparaciones la Corte IDH (2015) considera

que la reparación en casos como el presente debe reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida y necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, y las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte estima que, las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces enfocados desde su propia perspectiva étnica que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo. (párr. 316)

La Corte (2015) afirma que se considera parte lesionada a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la Convención, y que por tanto, la parte lesionada es la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros, y de forma individual al señor Félix Ordóñez Suazo (párr. 317).

En consecuencia declara al Estado responsable por la violación de los derechos a la propiedad colectiva, del derecho a la identidad cultural y a la protección judicial en perjuicio de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros.

Es así, que sin un mayor lugar análisis del caso, lo anterior nos lleva a concluir que la Corte IDH reitera el reconocimiento de forma expresa de la comunidad como sujeto colectivo titular de los derechos humanos convencionales y por tanto objeto de su protección y beneficiario de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Por lo tanto, este fallo se adecua al segundo enfoque.

2.2.12. Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015)

En el presente caso según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se demanda la responsabilidad internacional de Honduras porque la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz no habría contado con un título de propiedad sobre su territorio tradicional que fuese idóneo y culturalmente adecuado, por el reconocimiento tardío de parte de dicho territorio y porque se les niega un título único sobre todo el territorio, lo que ha conllevado la falta de tenencia pacífica sobre sus tierras tradicionales. De igual manera, se alega la falta de una consulta previa respecto a la adopción de decisiones y proyectos que afectan sus tierras comunitarias (Corte IDH, 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 1).

Enfocándonos en el tema del presente trabajo, y sin ver la necesidad de hacer un mayor escrutinio de la providencia, se observa que el Tribunal interamericano considera víctima y en consecuencia parte lesionada a la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros, los cuales en consecuencia serán beneficiarios de las reparaciones ordenadas (Corte IDH, 2015, párr. 257).

Declara responsable al Estado por la violación de los derechos a la propiedad colectiva, a las garantías judiciales y protección judicial, de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en perjuicio de la Comunidad como sujeto colectivo, y ordena al Estado el cumplimiento de medidas de reparación colectivas a favor de la comunidad tales como demarcar las tierras, un título de propiedad, un fondo de desarrollo comunitario, etc.

Acorde a lo anterior, es evidente que esta sentencia está dentro del segundo enfoque, de reconocimiento expreso de la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos y por tanto sujeto de protección ante la Corte IDH.

2.2.13. Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)

Acorde con la Comisión, se demanda al Estado de Surinam por la responsabilidad internacional en “una serie de violaciones de los derechos de los miembros de ocho comunidades de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono del Río Bajo Marowijne” (Corte IDH, 2015, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 1). Se afirma la falta de un marco normativo que reconozca la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, que el Estado no ha establecido la normatividad que permita el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono. Que adicional a dicha falta de reconocimiento se ha emitido títulos de propiedad individuales en favor de personas no indígenas; se ha otorgado concesiones y licencias para la realización de operaciones mineras, y se ha establecido tres reservas naturales en parte de

sus territorios ancestrales. Se asevera que nada de esto ha sido sometido a la consulta de estos pueblos (Corte IDH, 2015, párr. 1).

En la parte de reparaciones se manifiesta que:

1. La Corte considera que la reparación en casos como el presente, debe reconocer el fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida, necesidades presentes y futuras. Asimismo, el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, así como con las diversas tradiciones históricas y culturales. En vista de ello, la Corte estima que, las medidas de reparación otorgadas deben proporcionar mecanismos eficaces, enfocados desde su propia perspectiva étnica, que les permita definir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo y evolución como pueblo. (Corte IDH, 2015, párr. 272)

Y al determinar la parte lesionada considera que son los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros. Y resuelve que el Estado es responsable por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la propiedad colectiva y los derechos políticos y del derecho a la protección judicial, en perjuicio de los Pueblos Kaliña y Lokono y sus miembros.

Conforme a lo anterior, se concluye fácilmente que la presente sentencia continua con la misma línea, es decir el segundo enfoque, donde se reconoce expresamente a la comunidad

indígena o tribal como sujeto colectivo titular de derechos humanos bajo la protección de la Corte IDH.

Tabla 1. *Reconocimiento efectuado en las sentencias de la CIDH, a la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de derechos humanos.*

Ningún tipo de reconocimiento	Reconocimiento expreso
Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001)	
Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (2004)	
Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005)	
Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)	
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)	
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007)	
Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)	
Caso Operación Génesis vs. Colombia (2013)	Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs. Ecuador (2012)
	Caso Kuna y Emberá vs. Panamá (2014)
	Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015)
	Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015)

Fuente: Elaboración propias

Del anterior cuadro se puede evidenciar que la tendencia de la Corte en los casos relacionados con este tema, ha sido hacia el primer enfoque, es decir no hace un reconocimiento a las comunidades indígenas y tribales como sujetos colectivos de derechos humanos, puesto que se ha mantenido en la línea de solo proteger a los seres humanos individualmente considerados. Se observa que con el paso del tiempo, la Corte ha variado su rumbo, es así que a partir del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), toma a estas comunidades como sujetos colectivos, no obstante en la providencia siguiente se advierte que vuelve a su primera postura hermenéutica (Caso Operación Génesis vs. Colombia (2013)), para luego encontrar que en las últimas providencias se les contempla nuevamente como sujeto colectivo. Por lo anterior se puede evidenciar que la Corte no se ha mantenido en una sola línea de reconocimiento o no de titularidad de derechos humanos a estas comunidades, y que aún es temprano para afirmar que su postura inicial fue indefectiblemente modificada.

Capítulo 3

Viabilidad y efectos del reconocimiento de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de protección en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es evidente que la Corte en sus primeras sentencias relacionadas con comunidades indígenas y tribales no ha reconocido a dichas comunidades la calidad de sujeto colectivo titular de derechos humanos convencionales, objeto de protección y por tanto beneficiario de las reparaciones ordenadas en sus sentencias, lo anterior, estaría de acuerdo con lo estipulado en el artículo primero de la Convención Americana el cual afirma que la garantía de respeto y ejercicio de los derechos por ella establecidos, se encuentran en cabeza de toda persona bajo su jurisdicción y aclara que para los efectos de la Convención “persona es todo ser humano”. Lo que impediría, en consecuencia, extender sus efectos a sujetos diferentes a los seres humanos. Sin embargo, a lo largo del análisis de la posición de la Corte en las sentencias contenciosas revisadas, se observa que ha existido y existe una tendencia hacia el reconocimiento de las particularidades que identifican a estas comunidades, lo cual se evidencia en diferentes afirmaciones o reflexiones hechas en sus providencias, de las que es posible destacar las siguientes:

- a) El reconocimiento de aplicación del derecho consuetudinario de las comunidades indígenas y tribales.
- b) La orden de crear mecanismos efectivos conforme a su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, para la delimitación de las tierras tradicionales.

- c) El reconocimiento del alcance del derecho de propiedad para los pueblos indígenas, ya que no solo tiene una dimensión material sino también espiritual, que afecta la misma existencia de la comunidad.
- d) La protección de la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales.
- e) El derecho de consulta reconocido a estas comunidades.
- f) El manejo de ciertos términos como “comunidad” y “pueblos indígenas”.
- g) La orden de ejecutar obras y servicios de interés comunitario en beneficio de la comunidad.
- h) El hecho de tener en cuenta que la víctima o víctimas pertenecen a una comunidad indígena o tribal, para dictar medidas colectivas o de carácter comunitario.
- i) La necesidad de buscar normas que soporten el derecho de propiedad colectiva por ejemplo en el caso Comunidad Moiwana vs. Surinam (2005).
- j) Destaca la relación existente entre la comunidad y la tierra ancestral, indicando que el concepto de propiedad “en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo” (Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, 2005, párr. 133 y 134).
- k) Resalta el reconocimiento que se hace en el derecho interno, ejemplo Paraguay, de la comunidad como sujeto de derechos.
- l) La necesidad de tener en cuenta que las víctimas pertenecen a comunidades indígenas o tribales, y por tanto deben tomarse medidas que permitan hacer realmente efectivos sus derechos dadas sus particularidades.

- m) Señala que “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general” al aplicar la normativa interna (Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr.60).
- n) El reconocimiento de la preexistencia de la comunidad en sí misma y no sólo a partir de que es reconocida por el Estado como persona jurídica.
- o) La alusión a los Convenios No. 107 y 169 de la OIT y otras normas internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007.
- p) La no exigencia de individualización de las víctimas en algunos casos como el caso Saramaka.
- q) Y el reconocimiento expreso realizado en sentencias como la de Ecuador (2012) y Panamá (2014).

Todas estas apreciaciones, realizadas por la Corte a lo largo de las sentencias estudiadas, permiten concluir que da trascendencia a las particularidades de estas comunidades. No obstante, la Corte IDH en sus decisiones se encuentra sujeta a los parámetros establecidos en la Convención Interamericana, en consecuencia no le es viable reconocer a sujetos titulares de derechos diferentes a los establecidos en ella yendo en contravía de sus disposiciones, las cuales fueron aprobadas por los Estados miembros que están sometidos a su jurisdicción.

De ahí que, en su voto concurrente a la sentencia del caso Yatama vs. Nicaragua (2005), el juez García Ramírez, afirme que la Corte al examinar los casos sobre integrantes de grupos o comunidades minoritarios,

ha tenido presente, en todo momento, el alcance subjetivo de su competencia a la luz del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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. El Tribunal no puede exceder esta frontera establecida por la Convención que fija su competencia. Pero tampoco debe prescindir del examen profundo de las cuestiones que se le proponen, a fin de precisar sus verdaderas características, raíces, implicaciones, consecuencias, etcétera, para comprender la entidad de las violaciones cometidas, en su caso, y resolver adecuadamente en torno a las reparaciones que pudieran corresponder a ellas. (párr. 6)

A partir de este razonamiento es dable entender que la Corte ha de dar trascendencia a las particularidades de estas comunidades, y no obstante se mantenga la titularidad de los derechos convencionales en beneficio de los miembros de las mismas como individuos.

Consecuente con lo anterior, cabe recordar que en los tratados internacionales de derechos humanos, a diferencia de los demás tratados, los Estados asumen obligaciones, no frente a otros Estados, sino respecto a los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción (Morales, 2015).

Por otra parte, es expreso el reconocimiento que se hace de la comunidad indígena como sujeto

colectivo de protección de la Corte, y por tanto de la Convención, en la sentencia proferida en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012); sin embargo, llama la atención el hecho de que en la sentencia posterior Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia (2013), cuyas víctimas también eran indígenas o tribales, no se haya tenido como parte lesionada a la comunidad. Así al momento de determinar las víctimas el Tribunal Internacional acoge las listas presentadas por las partes respecto a personas naturales determinadas (párr.431). De lo anterior, se observa que en este asunto, la Corte, no tuvo en cuenta a la comunidad o comunidades afectadas en calidad de sujetos titulares de los derechos establecidos en la Convención, dado que en su parte resolutive declara al Estado responsable por la violación del derecho a la “propiedad colectiva”, en perjuicio de los “miembros” de las comunidades afrodescendientes; a pesar de que la violación pudo haberse declarado en su favor-si se mantenía la línea del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012)- ya que se protegió el derecho colectivo a la propiedad. Posteriormente, en el Caso Kuna y Emberá vs. Panamá (2014) vuelve a reconocer a la comunidad como sujeto colectivo titular de derechos humanos.

Conforme a lo expuesto, se puede afirmar que la Corte no ha mantenido una sola línea de reconocimiento de las comunidades indígenas y tribales como titulares de los derechos humanos establecidos en la Convención y sujeto de su protección, puesto que no en todos los casos en que se vea involucrada una de estas comunidades, ni aun cuando se haya reconocido el derecho a la propiedad colectiva, se ha efectuado dicho reconocimiento.

Como se puede observar, aunque la Corte ha venido dando una clara importancia a las particularidades de estas comunidades y en consecuencia ha dictado medidas de reparación que benefician a todos sus miembros; no se le ha provisto desde el inicio protagonismo a la titularidad colectiva de derechos humanos en cabeza de las mismas, al parecer esto último se da a partir de la influencia que ha empezado a tener la jurisprudencia de algunos de los Estados parte (entre ellos Colombia), quizá se dio por los cambios normativos que se vienen introduciendo a nivel internacional, o por la insistencia ejercida por otras instancias (Comisión Interamericana) o por las comunidades afectadas. El principal fundamento de la Corte para otorgar titularidad de derechos a estas comunidades, lo encuentra en el convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ahora bien, la Corte no se encontraba en la obligación de tomar esa decisión, puesto que a la luz de las disposiciones de la Convención Americana los derechos y libertades reconocidos en ella se deben garantizar por los Estados miembros a toda persona entendida como ser humano, es decir, fueron creados para proteger sujetos individuales, lo que se reafirma con lo dispuesto en sus reglamentos. Por ende la normatividad que rige a la Corte no la autoriza para realizar tal reconocimiento, pues su decisión debe estar dentro de los límites de la Convención y su objetivo es proteger los derechos de la persona humana.

3.1. Sujeto individual (ser humano) o sujeto Colectivo (comunidades)

Como se mencionó al inicio de este texto, al revisar los antecedentes de aprobación del artículo 1.2 de la Convención es posible colegir que no hubo discusión respecto al sujeto titular de protección, puesto que el concepto de persona en tanto ser humano fue aprobado por unanimidad por los Estados partes.

Lo anterior se puede corroborar de una simple lectura al texto de la Convención pues se encuentra plagada de referencias atinentes a la persona humana: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, “Toda persona tiene derecho a ser oída”, “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”, etc.

Es dable concluir entonces que quienes tuvieron el honor de asistir a la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José (Costa Rica) en el año de 1969, nunca pensaron en incluir sujetos de protección diversos a la persona humana.

De acuerdo con, el doctrinante Francisco Córdoba Zartha (1995), la Corte IDH ha definido que los criterios de interpretación establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre el tema de derechos humanos. Siendo así, la Convención Americana, debe ser interpretada “de buena fe conforme al

sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena, artículo 31.1).

De manera que el “‘sentido corriente’ de los términos necesariamente no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado” (Córdoba, 1995, p. 47).

Así la Corte Interamericana, previamente en opinión consultiva, había señalado que el objeto y fin de la Convención es la “protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (Córdoba, 1995, p. 47). Y que “ha agregado que la función de intérprete está enderezada a dar eficacia a las disposiciones de un tratado en su sentido natural u ordinario dentro del contexto en el cual ocurren” (Córdoba, 1995, p. 47).

Ahora bien, es preciso traer a colación lo expuesto por la Corte en la mencionada opinión consultiva, así:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo(sic) de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien

común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (Corte IDH., opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29)

Es imperativo, entonces, que si el objeto y fin de la Convención Interamericana de Derechos Humanos es la protección del ser humano o individuo, su interpretación debe realizarse a la luz de dicho fin. De ahí que conforme al artículo 1 numeral 1.1 de la Convención, los Estados Partes se hayan sometido a la obligación de

respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Y que su numeral 1.2, haya determinado cómo debe ser entendido el término persona, señalando explícitamente que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

De igual manera, acorde a la Convención Americana de Derechos Humanos la Corte tiene unas competencias y funciones convencionales establecidas y que no puede modificar a su arbitrio, además, no existe en la Convención disposición alguna que le permita en ejercicio de su función contenciosa proteger a sujetos diferentes a individuos; en consecuencia, su interpretación debe estar sujeta al objeto y fin de la Convención, que como ya lo dijimos es la protección del ser

humano.

Una interpretación razonable de la Convención entonces no permite incluir, aunque se trate de casos donde se hallen involucrados miembros de comunidades indígenas y tribales, otros sujetos titulares más allá del ser humano o individuo.

Dentro de este contexto, es preciso recordar las palabras de Rafael Nieto Navia (1988), quien alude que los “derechos fundamentales de los seres humanos no son sino consecuencias de su propia naturaleza; la de ser hombres. De acuerdo con esa naturaleza el hombre es un ser racional” (p.12). De igual manera “El hombre es, ontológicamente, persona, en el sentido de que, de acuerdo con su razón, se pertenece a sí mismo y es capaz de dominar sus propios actos. Eso significa que persona es un ser libre. En ese sentido usamos persona como sinónimo de hombre” (p.13). Entonces, cabe señalar que si se toma a la “persona como sinónimo de hombre” y los derechos humanos nacen de los “atributos de la persona humana”, como se reconoce en el preámbulo de la Convención, es comprensible que la misma haya querido recordar que “persona es todo ser humano”.

Si ello fue así, no se ve cómo se pudo efectuar un cambio tan trascendental por vía jurisprudencial, la Corte IDH debió promover una enmienda a la Convención para introducir como sujeto colectivo titular de los derechos convencionales y por tanto como víctimas a las comunidades indígenas y tribales en sus asuntos contenciosos.

Precisamente, la Corte IDH al momento de determinar las personas que deben considerarse “parte lesionada” del caso y, por lo tanto, beneficiarias de las reparaciones, conforme al artículo 63.1 de la Convención Americana, ha afirmado que

...se considera parte lesionada a aquellas personas que han sido declaradas víctimas de violaciones de algún derecho consagrado en la Convención. La jurisprudencia de esta Corte ha indicado que las presuntas víctimas deben estar señaladas en la demanda y en el informe de la Comisión según el artículo 50 de la Convención. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de la Corte, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante este Tribunal⁵. (Corte IDH, Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, 2008, párr. 58)

Por otra parte, si la comunidad es admitida como sujeto colectivo titular de protección de la Convención, pasaría a ser reconocida como parte lesionada en caso de encontrarse que fueron vulnerados sus derechos y su vez se constituiría en beneficiaria de las medidas de reparación ordenadas, y como ya se mencionó perdería sentido cualquier exigencia de identificación o individualización de sus miembros, en los términos del artículo 35 del reglamento actual de la Corte IDH (2009) en concordancia con el artículo 2 del mismo reglamento y el artículo 63.1 de la Convención Americana. Y lógicamente, todo lo anterior, acorde con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Convención.

⁵ Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 98; *Caso Kimel vs. Argentina*, *supra* nota 12, párr. 102; y *Caso Bayarri vs. Argentina*, *supra* nota 17, párr. 229.

Conjuntamente, si se reconoce la titularidad en cabeza de un sujeto colectivo, el individuo pasaría entonces a gozar de sus derechos por “ser miembro de un grupo” (Fernández, 2003, p. 212), de ahí que existe el peligro inminente de que se niegue los derechos que el ser humano tiene como individuo; aquí, cabe tener en cuenta las ideas colectivas restrictivas a los derechos individuales, puesto que los derechos colectivos de la comunidad como sujeto podrían colisionar con los derechos humanos individuales de sus integrantes, y verse estos últimos sacrificados o limitados frente a los derechos del grupo⁶.

De esta manera, no resulta posible separar la idea de la dignidad humana como sustento de los derechos humanos en cabeza del individuo, ya que de no tener esta base, será difícil de justificar que los derechos humanos son universales e iguales para todos los seres humanos.

Ahora bien, si se acepta que no existen otros sujetos morales más allá de los individuos y que la dignidad humana solamente se puede proclamar de los sujetos individualmente considerados, es posible afirmar

... que una concepción individualista de la sociedad es un presupuesto necesario para hablar de

⁶ Al respecto Dante Palma (2014), quien hace un examen de los errores en que incurre Kymlicka en cuanto a la distinción entre restricciones y protecciones frente al tema de la titularidad, pues considera que ello no puede ser indiferente, ya que “la titularidad colectiva puede sin duda funcionar como protección externa, pero tiene como consecuencia inevitable la restricción de las libertades en el interior del grupo” (p. 205-206). Así, esboza “dos formas de derechos de las minorías que se pueden distinguir en “derechos de grupo intrínsecamente restrictivos”, y “derechos de grupo potencialmente restrictivos”. Los primeros los derechos son de titularidad colectiva, e implican necesariamente restricciones a los derechos individuales (p. 206). Pone como ejemplo el derecho a la propiedad colectiva como derecho intrínsecamente restrictivo, el cual conlleva a que los miembros de una comunidad vean reducida su libertad pues no pueden disponer de su derecho de propiedad como lo haría cualquier otro individuo. Los segundos su titular es el individuo, y no necesariamente implican restricciones a los derechos individuales, pone como ejemplo el currículum educativo y educación bilingüe y la representación política especial (p. 213).

los derechos humanos. No se trata de una opción ideológica, sino de un dato derivado del estudio de la historia de los derechos humanos. Por tanto, creo que no es desacertado defender que la existencia de derechos colectivos es una ficción. El derecho a la identidad cultural cobra valor como un derecho individual (universal), sin necesidad de proclamar la existencia de un derecho colectivo a la misma identidad (siempre de un grupo, es decir, parcial). (Fernández, 2003, p. 214)

Con base en esos argumentos, algunos consideran que no son necesarios los llamados derechos colectivos, ya que resultan parciales, y que derechos como la identidad cultural son individuales y deben ser protegidos al individuo o ser humano.

Prosiguiendo con el tema, el juez Alirio Abreu Burelli en un análisis muy interesante que hace sobre como el derecho a la identidad cultural se encuentra protegido por la Convención Americana, indica que aunque dicho derecho no se halla establecido expresamente, sí es protegido por ella “a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto”, aclarando que no siempre que se vulneren dichos artículos se afecta el derecho a la identidad cultural (voto parcialmente disidente del juez A. Abreu Burelli, Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 24). Para seguidamente, al delimitar qué podría comprender cada derecho enunciado lo hace radicando el reconocimiento del mismo en favor de los “miembros de los grupos étnicos y culturales”; es decir, reconoce la titularidad de dicho derecho en sus diferentes manifestaciones a los individuos que integran las aludidas comunidades o grupos.

3.2. Algunos votos razonados

Si se revisa en los votos razonados de los jueces de la Corte IDH conexos con el tema, y específicamente del juez Sergio García Ramírez, encontramos que desde un inicio se sostuvo la validez de la perspectiva de protección de los derechos indígenas desde el punto de vista de amparo al individuo o ser humano, así:

En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. En mi concepto, esta forma de analizar el tema, para los fines de la presente Sentencia, no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcance vinculados con aquéllos, como son los de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que he invocado en este voto. Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes --individuales y colectivos--, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas. (Voto Razonado Concurrente del juez Sergio García Ramírez, Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 14).

Ahora bien, en un voto posterior, define con precisión como la Corte tuvo en cuenta el artículo 1.2, para el análisis de los casos, afirmando que:

Cuando la Corte --y en todo caso yo mismo, como Juez en la Corte-- examinó los hechos acreditados y las pretensiones expresadas en el Caso Comunidad Mayagna, debió tomar en cuenta, para la definición de los temas planteados y el ejercicio de su propia competencia, los términos de la Convención Americana, y particularmente el artículo 1.2, que enfáticamente señala: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Desde esa perspectiva, que ciertamente es clara --y refleja las ideas y las decisiones que prevalecían al tiempo de formular la Convención--, se entienden las numerosas alusiones que el instrumento internacional contiene a propósito de los derechos de la persona. En varios preceptos se expresa: "Toda persona tiene derecho...", es decir, se reconoce al ser humano el derecho que ese precepto recoge. Tal es el caso, precisamente, del artículo 21, relativo a la propiedad, cuyo primer párrafo inicia con la reiterada fórmula: "Toda persona tiene derecho." Se alude, pues, a un derecho de la persona humana (Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, 2004, párr. 6 y 7).

Aquí es oportuno indicar que el juez García Ramírez, sin negar la existencia o importancia de protección de los derechos colectivos de estas comunidades, reitera la validez de protección que brinda la Corte IDH a los miembros de la comunidad en tanto seres humanos (Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez vs Guatemala, 2004,

párr. 13 y voto razonado, Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr. 11 y 25)

En su voto concurrente a la sentencia del caso Yatama vs. Nicaragua (2005), el juez García Ramírez, recalca que la Corte al examinar los casos sobre integrantes de grupos o comunidades minoritarios, ha tenido presente, en todo momento, el alcance subjetivo de su competencia a la luz del artículo 1.2 de la Convención, que define como titular de derechos y libertades al ser humano o el individuo, competencia que no puede ser excedida por la Corte (párr. 6).

Por consiguiente, aunque no se comparte en su totalidad las apreciaciones realizadas por el juez García Ramírez, es posible decir que en lo fundamental para este trabajo, que es la titularidad de los derechos convencionales en cabeza de la persona entendida como ser humano, se acoge plenamente lo dicho por el Honorable Juez.

De la misma manera la titularidad de los derechos convencionales en favor de los seres humanos, en los casos de comunidades indígenas y tribales, es defendida por el juez A.A. Cançado Trindade, al afirmar que los “derechos protegidos revelan una dimensión individual y una colectiva o social; pero, son los seres humanos, miembros de esas minorías o colectividades, quienes son, en última instancia los titulares (sic) de esos derechos” (voto razonado juez A.A. Cançado Trindade, Corte IDH, caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, 2005, párr.10). Y por el juez Oliver Jackman, quien en los términos del artículo 1.2 asevera:

Es completamente irrelevante si ese requisito puede o no ser “cumplido por agrupaciones con diferente organización”, como por ejemplo, en el presente caso, YATAMA. Es el derecho individual del “ciudadano” individual el que se encuentra proclamado y debe ser protegido por la Corte. Me preocupa que al incluir cuestiones de cultura, costumbre y formas tradicionales de organización en su decisión sobre este tema, la Corte está corriendo el riesgo de disminuir la protección que debe estar disponible a todo “ciudadano” bajo la jurisdicción de cada Estado, independientemente de la cultura, las costumbres o formas tradicionales de asociación del ciudadano. (Voto separado concurrente juez Oliver Jackman, Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, 2005, párr. 13)

Por su parte, el juez Alberto Pérez Pérez, que al parecer sigue este mismo criterio, hace un fuerte reparo a la Corte respecto a la sentencia Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015), dada la indebida aplicación de algunos artículos hecha en ese caso y la insuficiente o nula fundamentación para ello. Se resalta lo dicho respecto al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, donde trae a recuento lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Convención, para afirmar que este “es uno de los “derechos y garantías que son inherentes al ser humano” (art. 29 c)), que no puede ser suspendido en los casos de emergencia (art. 27.2)” (párr. 4). Asevera que este derecho del artículo 3 es un derecho fundamental que únicamente se puede predicar de los seres humanos, y que no puede ser utilizado como sustento para el reconocimiento de “personería jurídica a grupos o entidades colectivas, sean o no comunidades o pueblos indígenas o tribales” (párr. 5). Manifiesta así, que es distinto el reconocimiento de la personalidad jurídica

a los seres humanos que individualmente componen el pueblo o comunidad (párr. 6); donde el artículo 3 es “interpretado y aplicado correctamente –es decir, como un derecho fundamental de los seres humanos...”, tal como se ha hecho en otros casos (párr. 7). Propone entonces que para el caso de las comunidades o pueblos indígenas o tribales debe hablarse de “personería jurídica”. Y en cuanto al fundamento del reconocimiento de la personería jurídica de estas comunidades, indica que debe buscarse, en relación con otras disposiciones de la Convención como lo es el derecho a la propiedad privada estipulado en el artículo 21 (voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, Corte IDH, caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015).

Así, aunque el voto del juez Pérez Pérez (2015), no resulta muy claro respecto a qué derechos Convencionales se aplica el artículo 1.2, su importancia radica en que recuerda a la Corte IDH la necesidad de su utilización para la interpretación y aplicación correcta de la Convención.

Por el contrario, el juez Eduardo Vio Grossi (2010), indica que la Corte ha venido mostrando una eventual nueva perspectiva, encaminada al reconocimiento que incluiría a las colectividades o comunidades, como los pueblos indígenas, como sujetos de protección de las Convención Americana. Lo anterior sustentado en que la Corte en algunas de sus providencias y especialmente en el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), hace referencia a las particularidades de estas comunidades, fundamentalmente a la importancia y significación que tiene la propiedad colectiva para las mismas. De igual manera alude que en el derecho internacional la tendencia se encamina hacia la protección de derechos a dichos pueblos.

Coligiendo entonces, que de la aplicación de lo previsto en el artículo 29 de la Convención, es posible concluir que, sería procedente, incluir en el término “persona” y por tanto como víctimas de violaciones a derechos consagrados en ella, no solo a los integrantes de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto colectividades o comunidades (voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010).

Como reparo a la posición que expone el Honorable juez Eduardo Vio Grossi, es posible afirmar en primer lugar que la mera alusión que hace la Corte IDH a la comunidad o a las características propias de estas o de sus miembros, no necesariamente llevan a la conclusión de que se está haciendo un reconocimiento aunque sea tácito de la comunidad como sujeto colectivo de derechos convencionales; ya que dichos aspectos fueron tenidos en cuenta en casos anteriores, tal como se observa del análisis de las sentencias revisadas en el capítulo 2, sin que ello lleve a inferir, por ese mero hecho, que la Corte había variado el sujeto de protección o a quien o quienes consideraría víctimas o parte lesionada para efectos de las reparaciones, puesto que siempre aludía a los miembros de comunidades indígenas o tribales, quienes generalmente han sido individualizados o identificados. Por otra parte, pretender dar aplicación al artículo 29 de la Convención para dar una interpretación al artículo 1.2 de la misma, con el fin de incluir sujetos diferentes al ser humano o individuo, resulta una deducción manifiestamente forzada a un artículo que no requiere mayor interpretación, ya que es explícito cuando define que “2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.2). No se corresponde interpretar aquello que no necesita ser

interpretado.

Al respecto, el juez Humberto Antonio Sierra Porto, en su voto concurrente a la sentencia de la Corte IDH Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras (2015), y en relación a las reparaciones colectivas ordenadas por la Corte en casos que tratan de pueblos indígenas y tribales, manifiesta que

La figura jurídica de la reparación colectiva corresponde con el entendimiento de que: i) las Comunidades indígenas son titulares de derechos humanos; ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la Comunidad y también a la sumatoria de aquellos, y iii) no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales. Asimismo, es necesario recordar que el daño sufrido por una Comunidad indígena o tribal es colectivo, pero no por ello es menos concreto. La diferencia con un daño sufrido por un individuo, es que el daño colectivo es causado a una colectividad como tal y no es equiparable a la suma de daños individuales. (párr.28)

Por lo tanto, podemos decir que si los derechos que se protegen a las comunidades no son asimilables a los que se protegen a los individuos y a los de otros grupos de personas; entonces, ello resulta contradictorio con lo dispuesto en las sentencias en que se ha acogido la tesis de la comunidad como sujeto colectivo, ya que al momento de resolver declaran la violación de los derechos establecidos en la Convención, los cuales son derechos universales y cuyo titular es toda persona (ser humano) sujeto a la jurisdicción de los Estados parte (Artículo 1 Convención

Americana).

También el juez Sierra Porto (2015) alude a que en la jurisprudencia del Tribunal Interamericano a pesar del “reconocimiento de las características especiales de la cultura indígena respecto de la propiedad de sus tierras”, en cuanto a los titulares del derecho a la propiedad comunal se estimaba que eran los miembros de la Comunidad indígena o tribal y no la Comunidad como tal. Y sostiene que esa posición correspondía con la idea que regía en esa época en la Corte, según la cual “los derechos humanos siempre y únicamente son derechos individuales, incluso cuando se trata de pueblos indígenas o tribales” (párr. 42).

Conviene decir que, disiento de lo expresado por el H. Juez, en cuanto a que la posición tradicional de la Corte de tener como titular de los derechos convencionales y a la par reconocer como parte lesionada a los miembros de la Comunidad indígena o tribal en caso de que los mismos se declaren violados, armonizaba con la idea que regía en esa época en la Corte, según la cual “los derechos humanos siempre y únicamente son derechos individuales”. Puede decirse que la Corte no necesariamente recogía dicha idea para determinar la titularidad de los derechos convencionales, sino que lo que hacía, lo cual se colige del análisis de las sentencias y de los votos razonados a las mismas, es acogerse a lo expresamente dispuesto en la Convención en su artículo 1.2, el cual como convenientemente dijo el juez Sergio García Ramírez “define como titular de derechos y libertades al ser humano o el individuo, competencia que no puede ser excedida por la Corte” (voto concurrente del juez García Ramírez, Corte IDH, caso Yatama vs.

Nicaragua, 2005, párr. 6).

Además, recuerda el juez Sierra Porto (2015) que dicha tendencia se modificó por primera vez en el Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), donde la Corte estableció que la violación de los derechos convencionales había sido perpetrada en perjuicio del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku como tal (párr. 48). Y que dicha posición ha sido sostenida en casos posteriores, asumiendo que la parte lesionada es el pueblo indígena o tribal y sus miembros (párr. 52). Y concluye “que ahora existe en la jurisprudencia de la Corte una congruencia entre el derecho a la propiedad colectiva y los titulares de dicho derecho, que son la Comunidad y sus miembros, los cuales son a la vez beneficiarios de las medidas de reparación” (párr.. 53).

Respetuosamente discrepo de lo antedicho, en cuanto que en los casos posteriores, a la sentencia Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la Corte ha repetido que “la parte lesionada es el Pueblo indígena o tribal y sus miembros”, para lo cual citó como uno de los ejemplos el Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (2013), punto resolutivo cuarto y párr. 257. Justamente cabe recordar lo dicho en el análisis de dicha sentencia, para precisar que aunque dice que declara las violaciones en “perjuicio de las comunidades del Cacarica”, no obstante la Corte remite a los listados anexos de las personas identificadas o individualizadas como víctimas, quienes a su vez fueron tenidos como la parte lesionada.

A continuación, es oportuno mencionar que través de los derechos humanos, vistos desde una perspectiva individual, no solamente se busca el bienestar individual, sino también el de los grupos (ancianos, niños, mujeres, minusválidos, etc.) o de las minorías étnicas o religiosas y en general de la sociedad. Puesto que si se brinda amparo al individuo de manera efectiva se le proporciona protección a la colectividad o grupo al que pertenece.

Adviértase que los derechos humanos nos enseñan el valor de la persona humana, el cual es superior a todos los intereses y lazos colectivos. Al fin de cuentas, con independencia de cómo se denominen los derechos, el verdadero beneficiario es el ser humano⁷, razón por la cual no se hace necesario hablar de sujetos colectivos en el ámbito de los derechos humanos y concretamente en el de la Convención Americana.

Pues bien, no se considera realmente esencial, a mi parecer, en el sistema interamericano de derechos humanos este tipo de titularidad de derechos, puesto que el sistema no está diseñado para sujetos diferentes al ser humano. A mi juicio, los mismos argumentos utilizados por la Corte IDH para descartar de la titularidad de derechos humanos convencionales a las personas jurídicas (Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá),

⁷ Así lo señaló el juez A.A. Cançado Trindade en su voto razonado a la sentencia Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname (2005, párr.10):“Los seres humanos, de forma individual y colectiva, han surgido como sujetos del derecho internacional. Los derechos protegidos revelan una dimensión individual y una colectiva o social; pero, son los seres humanos, miembros de esas minorías o colectividades, quienes son, en última instancia los titulares (sic) de esos derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó esta postura en la sentencia sin precedentes (el primer pronunciamiento de este tipo emitido por un tribunal internacional) en el caso de Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs.Nicaragua (2001), en la cual se protegió el derecho de propiedad de las tierras (conforme al Artículo 21 de la Convención de Derechos Humanos) de los miembros de la comunidad indígena”.

pueden ser esgrimidos para excluir a las comunidades indígenas y tribales, puesto que si se emplea los criterios hermenéuticos utilizados por la Corte IDH es indudable concluir que, al interpretar el artículo 1.2 de la Convención Americana, lo que dice expresa, explícita e inequívocamente es que las personas naturales son las titulares de los derechos convencionales, en consecuencia, no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano otro tipo de sujetos como son las comunidades indígenas y tribales o las personas jurídicas. No es posible afirmar que la redacción del artículo 1.2 sea ambigua y que por tanto pueda dar lugar a otro tipo de interpretaciones. Aunque estas comunidades no pueden ser consideradas como personas jurídicas, debido a que - como la misma Corte lo ha dicho- su reconocimiento es anterior a que los Estados les asignen personería jurídica, tampoco pueden ser catalogadas como personas humanas o seres humanos, que son los titulares de derechos ante la Corte Interamericana.

De igual manera, la jurisprudencia en favor de otorgar titularidad colectiva a estas comunidades no se puede considerar prolífera, por lo que no es viable sostener que son reiterados los pronunciamientos que admiten dicha titularidad. Como bien lo ha señalado el juez García Ramírez, para que se pueda hablar de “jurisprudencia constante” debe tratarse de “la orientación jurisprudencial razonablemente formada, ponderada, reiterada”, a tal punto que puede proyectarse en casos que presenten iguales contextos de hecho y de derecho (Voto concurrente juez García Ramírez, Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, 2005, párr. 3). No obstante, como se logra observar del cuadro que resume el análisis de las sentencias, el reconocimiento de la

comunidad como sujeto colectivo por parte de la Corte IDH no ha sido invariable, puesto que se han presentado casos en que a pesar de darse las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron tal reconocimiento en un caso anterior o posteriores, la Corte no lo efectuó y ni siquiera se pronunció al respecto. En el Caso Operación Génesis vs. Colombia (2013), por ejemplo, a pesar de que en Colombia se reconoce derechos a favor de las comunidades indígenas y tribales en tanto colectividades y que uno de los derechos que la Corte IDH encuentra violado es el derecho a la propiedad colectiva, y que dicho derecho a resultado protegido a la comunidad como sujeto colectivo en otros asuntos como Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012); en este caso fue declarada su vulneración en perjuicio de los “miembros” de las comunidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia y la doctrina mencionadas, se evidencia que lo que no funciona en la argumentación de la Corte IDH, creo yo, es no haber advertido que se incurre en un error al reconocer a la comunidad indígena y tribal como sujeto titular de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, pues la misma no lo autoriza. Esa decisión, cuya relevancia es manifiesta, resulta muy polémica, ya que ello puede conllevar a que otros grupos humanos empiecen a exigir este tipo de titularidad en tanto grupo, y, no resulta fácil justificar el favorecer la adjudicación de titularidad a unos en lugar de otros. La protección a una comunidad como sujeto titular desnaturaliza la clara competencia que tiene la Corte IDH y para la cual fue creada que es la protección de los derechos de la persona humana, no solo porque la Convención lo establece así, sino también porque los derechos respecto de los cuales se busca

protección son diferentes a los de los seres humanos que integran estas comunidades, los cuales en un determinado momento pueden verse en conflicto.

En consecuencia, se intentará sostener que el criterio de la Corte IDH en cuanto a la protección de las comunidades indígenas y tribales como sujeto colectivo, no se encuentra de acuerdo con las competencias claramente asignadas por la Convención Interamericana y por tanto debe mantenerse la titularidad de los derechos convencionales en cabeza del ser humano o individuo acorde a lo expresamente señalado por la misma. Con esto, no se busca dejar a los miembros o a las mismas comunidades sin protección, lo que se pretende es que ella esté adecuada a la Convención Americana, a la cual se encuentran supeditadas las decisiones de la Corte IDH.

3.3. Inviabilidad de un sujeto colectivo frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Dicho lo anterior, se considera que la Corte IDH debe precisar que ante la ocurrencia de una violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, y en los casos en que se hallen involucradas comunidades indígenas o tribales o sus miembros, deben tenerse como víctimas o parte lesionada a los miembros de la comunidad, aunque sean todos sus integrantes quienes se sientan o encuentren afectados por la violación a los derechos convencionales o se alegue que la comunidad en cuanto tal resultó lesionada en razón a los fuertes vínculos étnicos y

culturales que unen a sus miembros e independientemente de los derechos involucrados; lo anterior, por cuanto la misma Convención y sus reglamentos precisan que sólo puede ser víctima la persona en su calidad de ser humano, y que conforme al concepto de víctima “significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte”, no puede ser tenido como víctima ningún otro tipo de sujeto que no sea el ser humano, ya que es el único titular de los derechos convencionales. Ello en lugar de efectuar reconocimientos poco claros respecto de la comunidad indígena o tribal como sujeto colectivo titular de los derechos humanos establecidos en la Convención.

Como argumentos que permiten confirmar lo expuesto, tenemos que:

El origen de los derechos humanos no permite reconocer la existencia de un sujeto colectivo, puesto que se basa en conceptos liberales netamente individualistas.

Desde la creación de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados miembros discutieron la forma de proteger al ser humano, no a colectividades.

El preámbulo de la Convención Americana promueve el respeto de los derechos esenciales del hombre, los cuales tienen como fundamento los atributos de la persona humana y justifican una protección internacional complementaria a la que ofrecen los Estados miembros. Indica además que el ideal del ser humano sólo puede concretarse si se crean las condiciones que permitan a

cada persona gozar de sus derechos. Lo anterior, se fortalece cuando en el artículo 1.2 se precisa que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”. Es claro entonces que la Convención establece derechos y libertades que son propios de la persona humana. La Convención no permite que la titularidad de los derechos humanos esté en cabeza de otros sujetos diferentes al ser humano.

Al respecto, como se afirmó en precedencia, para la Corte IDH los criterios de interpretación establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), pueden considerarse reglas de derecho internacional sobre derechos humanos. Y por tanto, la Convención Americana, debe ser interpretada “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena, artículo 31.1). La Corte ha señalado que su “objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos” (Corte IDH., opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29). Es imperativo, entonces, que si el objeto y fin de la Convención Interamericana de Derechos Humanos es la protección del ser humano o individuo, su interpretación, en caso de que haya lugar a ella, debe realizarse a la luz de dicho fin.

El artículo 29 de la Convención Americana trata sobre las normas de interpretación que se deben aplicar a las disposiciones de la misma Convención, sin embargo, en lo que concierne al sujeto titular de derechos humanos no debe existir interpretación alguna, pues, como se afirmó en

precedencia, el único sujeto que indudablemente ostenta dicha calidad es la persona humana. No cabe ninguna interpretación al respecto y en consecuencia, la aplicación de dicho artículo en las sentencias de la Corte, para otorgar derechos a las comunidades indígenas o tribales, resulta innecesaria.

El artículo 29 sobre normas de interpretación de la Convención, expresa lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

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

En síntesis, el artículo 29 señala que no se puede interpretar una disposición de la Convención para suprimir o limitar derechos y libertades reconocidos en ella, en el derecho interno del Estado u otra convención en que éste sea parte.

La Corte utiliza el artículo 29 de la Convención para conceder derechos reconocidos en otros contextos normativos, tal es el caso del Convenio 169 de la OIT o el derecho interno de algunos Estados, que reconocen titularidad a las comunidades (indígenas o tribales) como sujeto colectivo y les otorgan derechos. En consecuencia, establece que las comunidades son víctimas y ordena su reparación.

Aquí se considera que la Corte está haciendo un uso indebido del artículo 29 pues en él se establece que ninguna disposición de la misma Convención debe ser interpretada para suprimir o limitar derechos reconocidos en ella, en el derecho interno de cada Estado miembro o en otras convenciones en que el Estado sea parte. Dicho artículo se refiere a derechos pero no ha sujetos (no se niega que deba reconocer derechos reconocidos en otros estamentos jurídicos, lo que no debe hacer es reconocer sujetos diferentes al que se encuentra estipulado expresamente en la Convención), por eso, a pesar de que es una interpretación bien intencionada, no es la más apropiada, la interpretación dada transgrede el artículo 1.2 y el preámbulo de la Convención.

De esta forma, no es viable otorgarles a las comunidades indígenas o tribales titularidad alguna en cuanto sujeto de derechos humanos. El reglamento de la Corte no lo permite, como previamente se indicó al hablar del sistema interamericano, si se revisa el reglamento actual de la Corte y los anteriores al mismo, encontramos que no existe una norma que le permita, reconocer derechos a sujetos diferentes a los seres humanos.

De igual manera, conforme al artículo 29 de la Convención, ésta no puede ser interpretada en el sentido de limitar la aplicación de otros derechos reconocidos en la misma convención, el derecho interno o en otros instrumentos internacionales en que el Estado sea parte, dicha prohibición va encaminada a no limitar derechos, pero eso no quiere decir que se deberían admitir otros sujetos titulares de derechos humanos.

Es así que, si en el ordenamiento interno de un Estado se otorgan derechos a las comunidades indígenas y tribales (derechos fundamentales en el caso de Colombia), no es posible limitar tales derechos porque se estaría contraviniendo el artículo 29 de la Convención, pero tampoco es dable conceder a dichas comunidades la calidad de titular de los derechos humanos del sistema interamericano, porque se estaría atentando contra el preámbulo y el artículo 1.2 de la Convención.

Cabe señalar que, al efectuar un examen, aunque somero, de los derechos declarados como vulnerados en las diferentes sentencias, se encuentra que a partir del Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), es cuando la Corte IDH empieza a reconocer aquellos que como la “propiedad colectiva”, es considerado como derecho colectivo concedido en favor de comunidades como las indígenas y tribales, no obstante, en la parte resolutive de dicha providencia la violación se declara en perjuicio de los miembros de la Comunidad y no se enuncia de manera explícita la vulneración a la propiedad colectiva sino simplemente al derecho de propiedad.

La Corte en los casos posteriores, de igual manera, declaró la trasgresión del derecho de propiedad (artículo 21) sin designarlo como “propiedad colectiva”. Ya en la sentencia Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay (2010), es cuando en su parte resolutive afirma quebrantado el derecho llamado en ese momento a la “propiedad comunitaria”.

Particularmente a partir de la sentencia Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012), es cuando la Corte de manera expresa al resolver entra a reconocer la violación de derechos considerados colectivos tales como: a la consulta, a la propiedad comunal y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma en perjuicio del Pueblo Indígena como sujeto colectivo.

Si bien las sentencias que fueron analizadas en el presente trabajo se seleccionaron teniendo en cuenta su cohesión con el derecho de propiedad estipulado en el artículo 21 de la Convención, ya que en dichos casos es donde se evidencia de mejor manera la evolución jurisprudencial de la Corte concerniente al tema en estudio, resulta también relevante su revisión respecto de otros derechos que resultaron protegidos por la Corte IDH a la Comunidad indígena o tribal en cuanto tal.

Así, la Corte se ha pronunciado respecto de la consulta previa en casos relativos a comunidades indígenas o tribales, tales como: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007); Caso Pueblo

Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012); Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015). En dichas decisiones se vincula la violación del derecho a la consulta en relación con el derecho a la propiedad artículo 21 de la Convención. No obstante, en la sentencia Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015), no exclusivamente se vincula su violación en conexión al derecho de propiedad (artículo 21), sino también con respecto a los derechos políticos reconocidos en el artículo 23 de la Convención Americana. Es preciso indicar que solamente en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) la Corte IDH declara violado de forma expresa el derecho de consulta en perjuicio del Pueblo Indígena.

En cuanto al derecho a la identidad cultural, este se menciona en la mayoría de sentencias concernientes con comunidades indígenas y tribales o de sus miembros, no obstante, en su dimensión colectiva, se declara su vulneración en contra de la comunidad de manera explícita solamente en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012) y en el Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015).

En suma han sido reconocidos a la comunidad en calidad de “sujeto colectivo” los siguientes derechos convencionales:

*Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos)

Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador (2012), Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014), Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno)

Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador (2012), Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014), Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*Artículo 8 (Garantías Judiciales)

Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador (2012), Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014), Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*Artículo 21 (Derecho a la propiedad privada)

Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador (2012), Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014), Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*Artículo 25 (Protección Judicial)

Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador (2012), Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs Panamá (2014), Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (2015), Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras (2015) y Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015).

*Artículo 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica)

*Artículo 23 (Derechos políticos)

*Artículo 13 (Libertad de pensamiento y expresión)

Estos tres últimos derechos únicamente han sido reconocidos a la comunidad como sujeto colectivo en la sentencia Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015). Encontrándose el

interesante voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, en el que hace una enérgica crítica a la Corte por haber declarado violados los artículos 3, 13 y 23, los cuales a su parecer fueron indebidamente invocados puesto que la aplicación hecha en este caso va en contra del sentido claro de dichas disposiciones. Referente al artículo 3, en esencia afirma que este es un derecho inherente al ser humano y por tanto no puede servir como fundamento para el otorgamiento de personería jurídica a colectividades, aunque sean comunidades indígenas o tribales. En lo que concierne a la violación del artículo 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y el artículo 23 (Derechos políticos), indica que dichos artículos buscan la protección de asuntos de “interés público” situación que no acaece en el caso bajo estudio, pues se busca la protección de un tema privado. Por tanto, concluye que, no era procedente declarar la inobservancia de los artículos 3, 13 y 23 de la Convención, siendo suficiente declarar quebrantado el artículo 21 (Derecho a la propiedad privada), “con los consiguientes derechos al reconocimiento de la personería jurídica y a la consulta y a la identidad cultural y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana” (Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, Corte IDH, caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, 2015, párr. 24).

No obstante, cuando se trata de la violación de derechos como Artículo 4 (Derecho a la vida) y Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), la Corte menciona a los miembros de la comunidad, aunque considere que todos los miembros de la misma resultaron afectados, tampoco alude a si en el derecho interno se protege o no esos derechos a la comunidad (Caso Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku vs Ecuador, 2012, declaración numero 3). Por otra parte en el

derecho interno, en países como Colombia la jurisprudencia ha reconocido a estas comunidades la titularidad del derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (CConst.Col, T-380 de 1993, SU-510 de 1998, entre otras). Es entonces que, para el hipotético caso en que se analice la violación del derecho a la vida de una comunidad indígena o tribal del Estado Colombiano, la Corte IDH, si sigue la línea de la titularidad de la comunidad como sujeto colectivo, se vería en el dilema de reconocer el derecho a la vida a la comunidad en cuanto tal y no solo de los miembros de la misma.

De ahí que, se advierte que la protección que cada Estado dispensa a las comunidades como sujetos colectivos es heterogénea, teniendo en cuenta que son diferentes las comunidades que de un país a otro reciben dicha protección, además existe una notoria dificultad para identificarlas por los nombres que se les asignan en cada Estado.

A la par la protección que se les otorga en el derecho interno no es igual para una comunidad que para otra, en Colombia, por ejemplo, las comunidades indígenas han sido las que mayor protección han recibido. Los factores que influyen en ello son variados, entre ellos, los derechos adicionales que se les reconocen (el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas; el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos), la organización que existe dentro de estas comunidades y la presión social ejercida por ellas.

De lo anterior, se evidencia que la Corte IDH al asumir concepciones que no corresponden con el claro entendimiento e interpretación que se debe dar a la Convención Americana está incurriendo en ciertos equívocos que pueden llevar a confusiones al momento de aplicarla. La Corte debe proteger a los individuos o seres humanos en sus derechos conforme a lo estipulado en el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cualquier posición en contrario degenerarían en controversias que no vendrían al caso en el ámbito interamericano, como el hecho de definir qué colectividades se considerarían como los sujetos colectivos, cuáles sujetos colectivos son susceptibles de protección por la Corte, qué derechos se debe proteger a este tipo de sujetos, si pueden ser titulares tanto de derechos individuales como colectivos y cómo se resolverán los conflictos entre los intereses de la comunidad y los de los sujetos individuales o miembros del grupo, etc. problemas que dentro de la doctrina y la jurisprudencia interna de los Estados, aún no han encontrado una solución unívoca.⁸

La Corte IDH no da un argumento que permita diferenciar claramente las características que tienen las comunidades indígenas y tribales respecto de otros grupos humanos, y que les permite a las primeras ser reconocidas como sujetos colectivos de derechos humanos a diferencia de los segundos y por tanto beneficiarias de sus reparaciones. Dicha dificultad de comprensión y determinación de las colectividades a los que se reconocería como sujetos colectivos, se tiene

⁸ Rodolfo Stavenhagen (2006) respecto a la dificultad de identificación y determinación de los grupos a los que se reconocería como sujetos colectivos expresó: “Queda abierta la cuestión, sin resolver todavía, de quiénes son esos pueblos en la práctica, cuáles son las unidades que han de ser reconocidas como sujetos del derecho (comunidad, tribu, grupo etno-lingüístico, territorio etc.), qué criterios son utilizados para definirlos y quiénes establecen estos criterios y con qué propósitos. El Convenio 169 de la OIT y el proyecto de Declaración de los Derechos Indígenas de la ONU reconocen que los indígenas tienen el derecho a la autodefinición, pero su ejercicio en la práctica es a veces problemático”. (p. 26)

como una cuestión sin resolver, puesto que el criterio de la autodefinición, en la práctica ha resultado problemático.

De la misma manera, si bien se resalta por la doctrina el hecho de que en la actualidad en el derecho internacional, las víctimas han empezado a tener voz al momento de considerar si las reparaciones son ajustadas a sus aspiraciones; mejorando su capacidad procesal como parte. Se considera que, esto se evidencia de forma efectiva si la víctima es tomada como sujeto individual, puesto que poner de acuerdo a toda una colectividad puede resultar problemático en tanto que los proyectos de unos individuos no necesariamente pueden coincidir con los de los demás, en consecuencia las pretensiones pueden variar de unos a otros.

Así, al hablar de reparaciones no pecuniarias en la jurisprudencia de la Corte IDH, se señala que así como tienen sus ventajas también existen desventajas, afirmando que por ejemplo “los programas de desarrollo comunitario invitan controversia, puesto que son caros, bastante amplios e invasivos” (Antkowiak, T.M. p. 315). De lo que se puede desprender también que en muchos casos resulta difícil poner a la comunidad de acuerdo para determinar cuáles serán los proyectos o programas en los que se invertirán los recursos, la forma en que se harán y a quienes beneficiaran, si solo a las víctimas directas o a toda la comunidad en su conjunto. Por lo que se considera pertinente que dichas medidas sean más concretas.

La cuestión, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son colectivos será la comunidad

la titular de los derechos reconocidos por la Convención, en consecuencia, la comunidad por medio de sus representantes actuará en nombre de sus integrantes. Cabe señalar que, aunque sean del mismo grupo no garantiza que el derecho sea defendido, ni que el representante sea representativo de todas las diferencias en el interior de los grupos que nunca son ineludiblemente homogéneos.

En el ordenamiento jurídico colombiano y particularmente en el derecho Constitucional se reconoce a las comunidades indígenas o tribales como sujetos colectivos y se les otorga la titularidad de derechos fundamentales. Y aunque la pretensión de este trabajo no es realizar una comparación entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y la de la Corte Interamericana, es importante hacer alusión al tratamiento que da la Corte Constitucional a las comunidades indígenas y tribales, teniendo en cuenta que conforme a su jurisprudencia (la Constitución y la ley no lo limitan) es viable el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a estas comunidades e incluso a personas jurídicas. La Corte Constitucional colombiana ha sido pionera en dicho reconocimiento, haciendo viable su protección a través de la acción de tutela, dado que la norma constitucional establece que “toda persona tendrá acción de tutela”; es decir, no impone límites.

Es preciso señalar que, acorde a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la titularidad colectiva de derechos que se otorga a las comunidades indígenas o tribales, no puede ser confundida con los derechos colectivos que tienen otros grupos humanos; teniendo en cuenta

que mientras estas comunidades como sujeto colectivo pueden acceder por medio de la tutela para la defensa de sus derechos colectivos, los otros grupos deben hacerlo por otras vías constitucionales o legales como es la acción popular para proteger sus derechos o interés colectivos (CConst. Col, T-380 de 1993). También, ha insistido en que tales derechos fundamentales son de suyo diferentes a los que radican en cada uno de los integrantes de estas comunidades individualmente considerados o de los que son titulares las personas jurídicas. Es así que resulta claro que se trata de derechos especiales para estas comunidades y que no pueden ser confundidos con los derechos individuales de sus miembros o los colectivos de otros grupos.

En suma, para la Corte Constitucional de Colombia la comunidad indígena y tribal, en cuanto sujeto colectivo, existe como grupo humano dotado de una singularidad particular, es titular de derechos fundamentales propios, tales derechos son adicionales a los derechos que individualmente se predicen de sus miembros y que tampoco pueden ser confundidos con los derechos de carácter colectivo que les pueden ser atribuidos a otros grupos sociales (CConst. Col, T-380 de 1993, T-282 de 2011); y como corolario de ello, pueden hacer uso de la acción de tutela para su protección.

Sumado a lo anterior tenemos que, como desarrollo de los postulados de pluralismo y diversidad étnica incorporados en varias Constituciones especialmente latinoamericanas y a manera de ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia los llamados pueblos y naciones indígenas originario campesinos son reconocidos como sujetos

colectivos titulares de derechos colectivos propios de estos pueblos.

Al mismo tiempo, la Corte Constitucional del Ecuador respecto a lo que se debe entender por derechos colectivos y los titulares de los mismos, indica que estos se reconocen a un segmento específico de la población y que recaen sobre un grupo humano considerado como un sujeto colectivo autónomo. Asevera que se diferencian de los derechos de otros grupos, a los cuales les atribuye la posibilidad de ejercer otro tipo de acciones como las populares, de grupo, o afirmativas, sin reconocerles la calidad de sujetos colectivos titulares de derechos. Para la Corte Constitucional del Ecuador los sujetos legitimados por activa para reclamar estos derechos, están claramente definidos, y por tanto, no pueden ser exigidos por otro tipo de grupos o colectividades de personas humanas. En síntesis, dichos derechos se otorgan de forma exclusiva a una parte delimitada de la población, su objetivo es alcanzar la igualdad material y su titular es un sujeto colectivo independiente de los individuos que lo componen.

El reconocimiento de derechos colectivos a sujetos colectivos ha generado serios conflictos en Estados donde han sido incorporados. Es así que, para algunos países donde las reformas son muy fuertes, como Bolivia, el reconocimiento de derechos a sujetos colectivos pone en conflicto intereses o incluso derechos individuales, reconocidos en tratados internacionales como el derecho de propiedad. De ahí que la defensa de sujetos colectivos o grupos específicos resulte confusa y problemática, tanto al momento de definir cuáles son los sujetos colectivos a proteger, como que derechos van a primar, los individuales o colectivos.

Cabe precisar que, aunque en el constitucionalismo de varios países del continente americano, se reconoce derechos a colectividades como las comunidades indígenas y tribales en calidad de sujetos colectivos; se advierte que, estos derechos son diferentes a los derechos humanos individuales o a los derechos colectivos tradicionales; ya que se trata de derechos colectivos cuyo sujeto titular debe contar con unas características específicas, sino se cuenta con los requisitos exigidos bien sea por la normatividad interna del respectivo país o por la jurisprudencia; la comunidad o grupo de personas no puede ser reconocido como sujeto colectivo, ello se puede evidenciar del listado de derechos realizado tanto en la Constitución de Bolivia como en la del Ecuador y en su jurisprudencia. Por el contrario, habría que decir que de los derechos humanos son titulares todos los seres humanos, con independencia de su origen o cualquier otra circunstancia. Y no podría ser de otra manera, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos llamados colectivos varían de país a país y se extienden sólo a los sujetos que el respectivo Estado considera como sus titulares. Dicho escenario puede causar una protección desigual de los derechos humanos dependiendo de cada país, afectando en consecuencia una de sus aspiraciones esenciales que es la universalidad.

De ahí que, resulte incongruente cuando la Corte IDH protege derechos individuales convencionales a las comunidades indígenas y tribales, ya que debe tenerse en cuenta que los derechos sobre los cuales se les ha reconocido titularidad son derechos específicos para estas comunidades y que en su mayoría se derivan de las prerrogativas reconocidas en el Convenio

169 de la OIT. En consecuencia, como previamente se manifestó, aunque el artículo 29 de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma debe ser interpretada para suprimir o limitar derechos reconocidos en ella, en el derecho interno de cada Estado miembro o en otras convenciones en que el Estado sea parte, lo que la Corte IDH ha debido hacer es proteger a los seres humanos en sus derechos, sean estos individuales o colectivos especiales o en “en función del grupo”; sin asignar la titularidad de los derechos convencionales a comunidades o grupos de personas, independientemente de que estos sean miembros de comunidades indígenas o tribales, ya que el objeto y fin de la Convención es la “protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

En cuanto al enfoque de Kymlicka de “derechos diferenciados en función del grupo”, el autor en suma señala que lo que se pretende es la protección de grupos minoritarios respecto de otros grupos, y no la protección del grupo respecto de sus integrantes. Aplicando este concepto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se observa que no existe claridad si lo que se pretende es la protección del grupo como sujeto minoritario, o la protección de los derechos de los individuos de forma colectiva. No ocurre lo mismo con la Corte Constitucional colombiana, donde los derechos fundamentales reconocidos a estas comunidades son claramente diferenciables de los derechos reconocidos a sus individuos.

Guardando las proporciones, es factible afirmar que sustituir al sujeto titular de derechos humanos, es una dificultad jurídica equivalente a sustituir al Estado como responsable de las

violaciones a los mismos. El sujeto titular o el responsable de las violaciones a los derechos humanos se encuentran tan bien definidos en la Convención que cualquier intento de modificación, genera confusión, como evidentemente ha sucedido.

Conclusiones

- A. El único sujeto titular de los derechos humanos en el sistema interamericano es el ser humano individualmente considerado, por tanto, no es posible afirmar que las comunidades indígenas y tribales sean sujetos colectivos titulares de derechos humanos convencionales. Ello se corrobora si se tiene en cuenta que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos tienen como finalidad el reconocimiento y protección de los derechos de los seres humanos; que se manifiesta una evidente incompatibilidad entre los principios que sustentan los derechos humanos y la existencia de un sujeto colectivo; de igual manera, si se revisa los antecedentes de aprobación de la Convención se evidencia que el concepto de persona en tanto ser humano fue aceptado por unanimidad por los Estados parte, pasando por su texto ya aprobado en el que su articulado hace referencia a la persona humana, esto junto con la jurisprudencia inicial de la Corte IDH, llevan a concluir que no hubo intención de otorgar dicha calidad a la comunidad indígena o tribal.

B. Del análisis realizado a las sentencias en el presente trabajo, se puede observar que la tendencia tradicional de la Corte se orienta hacia el primer supuesto, es decir no ha realizado ninguna clase de reconocimiento a la comunidad (indígena y/o tribal) como sujeto colectivo titular de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana ya que protege sólo a las víctimas, en forma individual. Únicamente a partir del año 2012 (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador) se manifiesta un cambio de dirección y es cuando se hace un reconocimiento expreso de la comunidad indígena como sujeto colectivo titular de derechos humanos. No obstante, luego se profiere otra sentencia que nuevamente se circunscribe en el primer supuesto (Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, 2013). Para finalmente mencionar que las cuatro últimas sentencias de la Corte se encuentran dentro del segundo supuesto, es decir ha hecho un reconocimiento expreso a la comunidad como sujeto colectivo.

Adviértase que el Tribunal internacional no ha sido uniforme en sus últimas decisiones, razón por la cual resulta apresurado afirmar que es posible hablar de la existencia de “jurisprudencia constante” respecto al reconocimiento de la comunidad como sujeto colectivo. Y que por el contrario, sí es posible hablar de jurisprudencia constante o reiterada, respecto a la orientación jurisprudencial tradicional que ha venido manejando la Corte IDH y que se encamina a solo asignar titularidad de derechos convencionales al individuo o ser humano.

C. La Corte utiliza el artículo 29 de la Convención para conceder titularidad de derechos a las comunidades (indígenas o tribales) como sujeto colectivo, los cuales son reconocidos en otros contextos normativos que no hacen parte del sistema interamericano como el Convenio 169 de la OIT y que en algunos casos carecen de carácter vinculante como la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, también se fundamenta en la legislación y jurisprudencia interna de algunos Estados parte en las que se conceda derechos en favor de éstas comunidades como colectividad. En el presente trabajo se determinó que la Corte está haciendo un uso indebido del artículo 29 pues en él se establece que ninguna disposición de la Convención debe ser interpretada para suprimir o limitar derechos reconocidos en ella, en el derecho interno de cada Estado miembro o en otras convenciones en que el Estado sea parte. Por lo tanto, dicho artículo se refiere a derechos pero no ha sujetos (no se niega que deba reconocer derechos reconocidos en otros estamentos jurídicos, lo que no debe hacer es reconocer sujetos diferentes al que se encuentra estipulado expresamente en la Convención y que es el ser humano), por eso, a pesar de que es una interpretación bien intencionada, no es la más apropiada, la interpretación dada transgrede el artículo 1.2 y el preámbulo de la Convención.

D. La Corte IDH inicialmente en ninguno de los asuntos estudiados (antes del Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, 2012), reconoce a la comunidad indígena o

tribal como sujeto titular de los derechos humanos convencionales, parte lesionada y por tanto beneficiaria de las reparaciones, pues siempre y de alguna manera se refiere a los miembros de la misma. No obstante, se ordenan en la mayoría de providencias, medidas que van encaminadas a favorecer a la comunidad como un todo; los casos en que más se reflejó fueron aquellos en se protegió el derecho de propiedad (Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 2010). Empero, ello no implica que la Corte esté reconociendo a la comunidad como sujeto colectivo, sino que se toma “en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 63)⁹ para tomar algunas medidas que benefician “a los miembros de las comunidades en su conjunto” (Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, 2004, párr. 86); al respecto el juez Sergio García Ramírez afirmó que las reparaciones colectivas ordenadas en la sentencia, no son más que una parte de la reparación integral que por virtud de la Convención Americana debe hacerse a los individuos víctimas de las violaciones. Lo cual no implica un reconocimiento de la titularidad de Derechos “Humanos” a favor personas morales o colectivas. Las reparaciones que en principio pueden favorecer a una colectividad, se ordenan en beneficio de las víctimas directas. (Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez, 2004)

⁹ Lo anterior se afirma también, entre otros, en casos como: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párr. 83; y Caso del Pueblo Saramaka. vs. Surinam, 2007, párr. 178.

E. No resulta admisible que las comunidades indígenas y tribales deban ser reconocidas como sujetos colectivos titulares de derechos humanos en el marco de la Convención Americana, en razón a que estas comunidades aunque no pueden ser consideradas como personas jurídicas, debido a que la misma Corte lo ha dicho su reconocimiento es anterior a que los Estados les asignen personería jurídica (Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 82), tampoco pueden ser catalogadas como personas humanas o seres humanos, que son los titulares de derechos ante la Corte Interamericana (artículo 1.2 de la Convención). El sistema interamericano no está diseñado para sujetos diferentes al ser humano; de ahí que, los mismos argumentos utilizados por la Corte IDH para refutar la titularidad de derechos humanos convencionales en cabeza de las personas jurídicas (Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá), pueden ser esgrimidos para excluir a las comunidades indígenas y tribales, puesto que si se emplea los criterios hermenéuticos utilizados por la Corte IDH es indudable concluir que, el artículo 1.2 de la Convención Americana, lo que dispone expresa, explícita e inequívocamente es que el ser humano es el titular de los derechos convencionales, en consecuencia, no pueden ser considerados como beneficiarios y por tanto parte lesionada en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano otro tipo de sujetos como son las comunidades indígenas y tribales o las personas jurídicas. No es posible afirmar que la redacción del artículo 1.2 sea ambigua y que por tanto pueda dar lugar a otro tipo de interpretaciones.

F. La concesión de titularidad a la comunidad como sujeto colectivo desnaturaliza el sentido de la Convención y con ello del sistema interamericano, ya que el objeto y fin de la Convención son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Corte IDH., opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 2, párr. 29), por consiguiente resulta clara la competencia que tiene la Corte IDH no solo porque la Convención lo establece así, sino también porque, al parecer, los derechos respecto de los cuales se busca defensa por parte de los sujetos colectivos son diferentes a los de los seres humanos que integran estas comunidades o de los individuos en general, los cuales en un determinado momento pueden verse en conflicto. En contraste, habría que decir que de los derechos humanos son titulares todos los seres humanos. Y no podría ser de otra manera, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos llamados colectivos varían de país a país y se extienden sólo a los sujetos que el respectivo Estado considera como sus titulares. Dicho escenario puede causar una protección desigual de los derechos humanos dependiendo de cada Estado, afectando en consecuencia una de sus aspiraciones esenciales que es la universalidad.

G. Ciertamente no es acertado que la Corte IDH reconozca a colectividades como las comunidades indígenas y tribales como sujetos titulares de los derechos humanos convencionales porque en un futuro otras minorías o grupos empezaran a reclamar dicha protección, notando que no resulta fácil justificar el por qué se favorece la adjudicación

de titularidad a unos en lugar de otros. Detrás del reconocimiento de un sujeto colectivo se encierran variados dilemas para la Corte, entre ellos encontramos que es necesario definir qué son los sujetos colectivos, cuáles sujetos colectivos son susceptibles de protección por la Corte, qué derechos se debe proteger a este tipo de sujetos, si pueden ser titulares tanto de derechos individuales como colectivos y cómo se resolverán los conflictos entre los intereses de la comunidad y los de los sujetos individuales o miembros del grupo. Discusiones a las que la Corte IDH no debería verse avocada, pues la Convención delimita su competencia a la protección de los derechos convencionales a los individuos o seres humanos.

Referencias Bibliográficas

Acosta Alvarado, P. A. (2005). *La persona ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C. Colombia.

Antkowiak, T.M. (2011). La Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus reparaciones centradas en la víctima. Perspectiva Iberoamericana Sobre La Justicia Penal Interacional, Vol. 1, 2011. Recuperado del sitio web: http://app.vlex.com.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/#WW/search/*/%22La+Corte+Interamericana+de+Derechos+Humanos+y+sus+reparaciones+centradas+en+la+v%C3%ADctima%22/WW/vid/510991102

Carbonell, M. (2003). La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: Una aproximación teórica. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, (año XXXVI- 18, 839-861). Recuperado del sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22955.pdf>

Constitución Política de Colombia. [const]. Julio 07 de 1991 (Colombia).

Constitución Política del Estado de Bolivia. [const]. Febrero 07 de 2009 (Bolivia). Recuperado en el sitio web: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

Constitución de la República del Ecuador. [const]. Octubre de 2008 (Ecuador). Recuperado en el sitio web: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/Libros_importantes/constitucion_2014.pdf

Córdoba Zарtha, F. (1995). *La Carta de Derechos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Editorial Temis S.A., Bogotá D. C. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-704 de 22 de agosto de 2006. (MP. Humberto Antonio Sierra Porto; agosto 22 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-380 de 13 de septiembre de 1993. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; octubre 14 de 1993)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. (MP. Antonio Barrera Carbonell; febrero 03 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 18 de septiembre de 1998. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; septiembre 18 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 de 17 de marzo de 2003. (MP. Eduardo Montealegre Lynett; marzo 17 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003. (MP. Álvaro Tafur Galvis; mayo 13 de 2003).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-282 de 12 de abril de 2011. (MP. Luis Ernesto Vargas Silva; 12 de abril de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-680 de 27 de agosto de 2012. (MP. Nilson Pinilla Pinilla; agosto 27 de 2012).

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N. ° 000S-09-SAN-CC, Caso N. ° 0027-09-AN de 9 de diciembre de 2009. (JCS. Dra. Nina Pacari Vega; diciembre 9 de 2009). Recuperado en el sitio web: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/0027-09-AN-res.pdf

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N. ° 0 001-10-SIN-CC, CASOS N. ° 0008-09-IN y 0011-09-IN (ACUMULADOS) de 18 de marzo de 2010. (JCP. Dr. Patricio Pazmino Freire; marzo 18 de 2010). Recuperado en el sitio web: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_BAJA3/Sentencia_mineros.pdf

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia N. ° 004-14-SCN-CC, CASO N. ° 0072-14-CN de 6 de agosto de 2014. (JCS. Dr. Manuel Viteri Olvera; agosto 6 de 2014). Recuperado en el sitio web: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/004-14-SCN-CC.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. (Fondo). (Sentencia del 4 de diciembre de 1991). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 8 de octubre de 2015). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 29 de marzo de 2006). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 17 de junio de 2005). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 8 de octubre de 2015). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 24 de agosto de 2010). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia del 28 de noviembre de 2007). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tzuc vs. Nicaragua. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 31 de agosto de 2009).

2001). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). (Sentencia de 15 de junio de 2005). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 20 de noviembre de 2013). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 14 de octubre de 2014). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. (Reparaciones y Costas). (Sentencia de 21 de julio de 1989). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_08_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. (Reparaciones). (Sentencia de 19 de noviembre de 2004). Recuperado en el sitio web:
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_116_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu vs. Ecuador. (Fondo y Reparaciones). (Sentencia de 27 de junio de 2012). Recuperado en el sitio web: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 25 de noviembre de 2015). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. (Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 26 de noviembre de 2008). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). (Sentencia de 23 de junio de 2005). Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Historia de la Corte IDH*. San José, Costa Rica. Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982). El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), *Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, serie A, núm. 2*. Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.a y b del protocolo de san salvador), *Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22*. Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1980). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/1980.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1991). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/1991.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado en XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000. Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2000.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado en LIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003. Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/2003.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Aprobado en XXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. Recuperado en el sitio web: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Reglamentos Anteriores*. San José, Costa Rica. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/reglamento/reglamentos-antteriores>

Chinchilla, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*. Bogotá, Colombia: Temis.

Fernández García, E. (2003). *Acerca de si la historia de los derechos humanos tiene algo que decir sobre el individualismo moral y los derechos colectivos*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. p. 205-215. Recuperado en el sitio web: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3719/DyL-2003-VIII-12-Fernandez.pdf>

Gentile, J. (2007). *Derechos humanos*. En Pluralismo y derechos humanos: encuentro conmemorativo de los 70 años de la visita del filósofo francés Jacques Maritain a Córdoba / Compiladores Gonzalo F. Fernández, Jorge Horacio Gentile. Córdoba [Argentina]: Alveroni, 2007. p. 32-41. Recuperado en el sitio web: http://app.vlex.com/bdatos.usantotomas.edu.co:2048/#WW/vid/495541786/graphical_version

Grijalva, A. (2009). *Introducción, ¿Qué son los Derechos Colectivos?*. En Ávila Ordóñez María Paz y Corredores Ledesma María Belén (eds), Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección. Serie justicia y derechos humanos: Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador Recuperado en el

sitio web: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2011/08/LIBRO-LOS-DERECHOS-COLECTIVOS.pdf>

Jáuregui, G. (1998, 12 de agosto). *¿Derechos individuales o derechos colectivos?* EL PAÍS (Madrid). Recuperado del sitio web: https://elpais.com/diario/1998/08/12/opinion/902872802_850215.html

Kimlicka, W. (2009). *Derechos individuales y derechos colectivos*. En Ávila Ordóñez María Paz y Corredores Ledesma María Belén (eds), *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*. Serie justicia y derechos humanos: Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador. Recuperado en el sitio web: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2011/08/LIBRO-LOS-DERECHOS-COLECTIVOS.pdf>

Mazariegos Rodas, M. (2014). *Derecho a la consulta y disenso. Por el uso contrahegemónico del derecho*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, España. Recuperado en el sitio web: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19134/monica_mazariegos_tesis.pdf?sequence=1

Méndez, D. (2012). *Sistemas de protección internacional de los derechos fundamentales: ¿son los sistemas regionales más efectivos que los órganos de Naciones Unidas?* En *Revista de Derechos Fundamentales - Universidad Viña del Mar - N° 7* (2012), pp. 29-57. Recuperado del sitio web: http://www.fbioyf.unr.edu.ar/evirtual/pluginfile.php/109002/mod_resource/content/1/Sistemas%20de%20Proteccion%20DDHH.pdf

- Morales, J. (2015). *Derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno: complejidades de una relación evidente*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado del sitio web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3984/37.pdf>
- Murillo Cruz, D. A. (Junio, 2016). *La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista de Derecho Público, (36). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08>
- Natán, L. (1991). *Minorías y Grupos en el Derecho Internacional. Derechos y Discriminación*. México D. F.: Comisión Nacional de Derechos Humanos, Serie Folletos 1991/17. Primera Edición en Inglés, 1990, por Martinus Nijhoff Publishers bajo el título: *Group Rights and Discrimination in International Law*. Edición Especial, 1991.
- Nieto Navia, R. (1988). *Introducción al Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos*. (Primera Edición). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D. C., Colombia. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.
- Organización de Estados Americanos. (1969). Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos. Recuperado en el sitio web: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Recuperado en el sitio web: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Organización de Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado en el sitio web: <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

Organización de Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Recuperado en el sitio web: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Organización de Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Recuperado en el sitio web: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

Organización de Naciones Unidas. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen - Misión a Bolivia*. (A/HRC/11/11). Recuperado en el sitio web: <http://ohchr.org.bo/docs/Informe%20del%20Relator.pdf>

Organización de Naciones Unidas. (2011). *Protección jurídica internacional de los derechos humanos durante los conflictos armados*. (HR/PUB/11/01). Recuperado en el sitio web: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_SP.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Recuperado en el sitio web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_100910.pdf

Palma, D. (2014). El sujeto de derecho de las minorías. Nuevas categorías y una crítica a la concepción de los derechos diferenciados en función de grupo de Will Kymlicka. *Ideas y Valores*, 63(155), 191-217. doi:<https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v63n155.37503>.

Recuperado en el sitio web:

http://revistas.unal.edu.co/index.php/idval/article/view/37503/pdf_25

Peces Barba, G. (2001). *Los derechos colectivos*. VVAA. VVAA. Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid, IDHBC; Dykinson. Recuperado en el sitio web:

http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9768/derechos_Peces_2001.pdf?sequence=1

Pérez Luño, A.E. (Feb-oct 1993). *El concepto de los derechos humanos y su problemática actual*. Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. p. 179-198.

Recuperado en el sitio web: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1416/DL-1993-I-1-Luno.pdf>

Pizarro, A. & Méndez, F. (2006). Manual de derecho internacional de los derechos humanos.

Recuperado en el sitio web: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22950.pdf>

Ruiz Chiriboga, O. & Donoso, G. (2014). Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones. *Convención Americana de Derechos Humanos* Comentario. Recuperado

en el sitio web: http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826

Sánchez Botero, E. (2007). *Derechos Propios. Ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. (Segunda Edición). Procuraduría General de la Nación, Bogotá D. C., Colombia.

Santos, Boaventura de Sousa. (2010). *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Recuperado en el sitio web:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Refundacion%20del%20Estado_Lima2010.pdf

Savater, F. (1998, 4 de octubre). *¿Humanos o colectivos?* EL PAÍS (Madrid). Recuperado del sitio web: https://elpais.com/diario/1998/10/04/opinion/907452002_850215.html

Sociedad de Naciones. (1919). *Pacto de la Sociedad de las Naciones*. Recuperado en el sitio web: http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf

Stavenhagen, R. (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*. En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Mikel Berraondo (coord.), Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, Serie Derechos Humanos, vol. 14, p. 21-28. Recuperado en el sitio web: <http://www.olacom.org/wp-content/uploads/2016/04/pueblosIndigenas.pdf>

Torbisco Cassals, N. (2009). *La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos*. En Ávila Ordóñez María Paz y Corredores Ledesma María Belén (eds), *Los derechos colectivos: hacia su efectiva comprensión y protección*. Serie justicia y derechos humanos: Neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, Ecuador. p. 61-100. Recuperado en el sitio web: <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2011/08/LIBRO-LOS-DERECHOS-COLECTIVOS.pdf>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0014/2013-L Sucre, 20 de febrero de 2013. (Magistrada Relatora: Dra. Carmen Silvana Sandoval Landívar; 20 de febrero de 2013). Recuperado en el sitio web: <http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14277>

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0698/2013 Sucre, 3 de junio de 2013. (Magistrada Relatora: Soraida Rosario Cháñez

Chire; 3 de junio de 2013). Recuperado en el sitio web:
<http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=14002>

Uprimny, R., Uprimny, I. E. & Parra, O. (2008). *Módulo de formación autodirigida en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Recuperado en el sitio web:
<http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a6/3.pdf>

Yrigoyen Fajardo, Raquel. (Junio, 2004). *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. El otro derecho*. Recuperado en el sitio web:
<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr030/elotrdr030-06.pdf>

Zambrano, G. (julio, 2011). *Sobre los pueblos indígenas. Construcción del sujeto en un contexto adverso*. Artículo publicado en la revista de análisis especializado de jurisprudencia RAE jurisprudencia No. 3, julio, 2011. Recuperado del sitio web:
http://www.academia.edu/4080253/pueblos_indigenas_1_sujetos_de_derecho_internacional