

CONTRIBUCIÓN DE LA *CULTURAL EXPERTISE* EN EL DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Maria Giulia Bassan



LA CONTRIBUCIÓN DE LA *CULTURAL EXPERTISE* EN EL DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Maria Giulia Bassan

Febbraio 2020

ISBN 978-88-8443-890-4
Website: <http://www.jupls.eu/>



© Copyright 2020

Università degli Studi di Trento

Cover: photo by Alex Perez

CUANDO TENGA LA TIERRA

*Cuando tenga la tierra
Sembraré las palabras
Que mi padre Martín Fierro puso al viento,
Cuando tenga la tierra
La tendrán los que luchan
Los maestros, los hacheros, los obreros*

*Cuando tenga la tierra
Te lo juro semilla que la vida
Será un dulce racimo y en el mar de las uvas
Nuestro vino, cantaré, cantaré*

(MERCEDES SOSA, Argentina)

Prefacio

Conocimiento y comprensión para una «accomodation» razonable y empática entre monismo y pluralismo jurídico: la experiencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos.

La tradición jurídica occidental - en sus manifestaciones de *civil law* y de *common law*, así como en la de derecho socialista, la más hermética en reconocer instancias pluralistas - se construyó en un contexto caracterizado por un sistema de fuentes del derecho de natura monista. La producción de normas dotadas de juridicidad está reservada en manera exclusiva a las herramientas del sujeto público titular del uso legítimo de la fuerza - y, así que, de su aparato de coerción (fuerza armada, potestad punitiva, sistema judicial y penitenciario) - con contextual negación de legitimidad a maneras diferentes y alternativas de la producción de normas propias y distintas.

Por otra parte, el origen europeo del concepto de Estado y de Estado-nación - en la realización histórica y en su teorización - está conforme a un sistema de monismo jurídico y, alguna vez, el limitado reconocimiento de áreas del pluralismo jurídico representa una excepción a la regla general. El proyecto institucional *de quo* se refleja, además, coherentemente, en la noción - ésta también de índole ideológica occidental - igualitaria y uniforme de ciudadanía, con respecto a la cual diferencias de *status* de los individuos - potencialmente reproductivos de ordenes pre-modernos - están vistas con mucha reticencia, con mayor razón si, en caso, están reconducidas a formas de derechos colectivos y de relevancia pública de comunidades de origen pre-estatal.

Las raras áreas de un limitado pluralismo jurídico visibles en los ordenamientos occidentales están representadas por la vigencia circo escrita de derechos históricos (por ejemplo, el *derecho foral* en España) y por la aplicabilidad del derecho propio a protección de las minorías religiosas, pero exclusivamente si y en la forma que el Estado admite. Se quiere precisar, en propósito, que la existencia de normas del ordenamiento del mismo Estado emitidas en tutela de minorías nacionales y lingüísticas no corresponde tendencialmente a características típicas del pluralismo jurídico, entendido según los criterios tradicionales de la sistemología (tratando sobretodo de formas de pluralismo normativo estatal).

El fenómeno es uno de sistemas estatales territorialmente y culturalmente compuestos: consigue que fuentes jurídicas puntuales, diferentes de las producidas por el Estado, se apliquen en el ordenamiento si y solo si éstas resulten destinatarias de un reconocimiento explícito por parte del Estado - según la hipótesis de pluralismo jurídico débil expuesta por John Griffiths-, en

una perspectiva de racionalización directa a comprimir aún más cada forma de pluralismo jurídico en sentido fuerte que pueda mostrarse efectiva en los márgenes y en la ignorancia por parte del ordenamiento, así que se eluda el control y la represión.

El estado occidental, por otra parte, no dispone de ilimitada discrecionalidad en orden a la abertura plural del propio monismo jurídico: en este sentido, en efecto, se impone el sistema de valores fundamentales de un ordenamiento, solitamente formalizados en normas constitucionales y confiado no solo a evaluaciones de oportunidad política por parte de los órganos de dirección, sino también al juicio de legitimidad constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales investidos de tal función de control, así como de los jueces comunes en la hipótesis de la tutela del *public order* (o *public policy*) del derecho internacional privado.

Es conveniente, además, observar como, en propósito, se manifiesta una dinámica por la cual el objetivo político- si existente- de *accomodation* de algunas especificidades culturales de naturaleza religiosa choca con la incompatibilidad de valores constitucionales del ordenamiento. Se trata, en algunos casos, de una ocasión de interacción compleja con culturas y credos religiosos extraña al escenario histórico de formación y consolidación del Estado occidental, de su sistema de fuentes del derecho y de la ciudadanía de *western legal tradition*.

Es evidente, además, que el fenómeno de la movilidad humana - que necesariamente causa también la movilidad de las concepciones y de las relativas normas de conductas tradicionales y-o religiosas y, si existente, de los correspondiente cuerpos normativos - exige no solo un conocimiento adecuado sino también una seria comprensión de las especificidades de las cuales se está tratando, al fin de verificar en manera no superficial la relación de (no) conformidad con los valores constitucionales. En otras palabras, puede mostrarse como el contenido de la noción de libertad religiosa, quizás, tiene que ser reinterpretado a la luz de las diversidades que, hoy en día, está llamado a individuar, definir y tutelar.

Conocimiento y comprensión, por eso, son las premisas indispensables para una clasificación intelectual que se ponga el objetivo de una racionalización normativa crítica y empática de la materia del multiculturalismo en una dirección que mire a una perspectiva intercultural y ínter-jurídica.

Con el tema, ocurre observar como los problemas puestos por el reconocimiento del pluralismo jurídico sean aún más complejos en relación a un fenómeno análogo a lo hasta ahora tratado pero distinto, por lo que se refiere a los pueblos indígenas, los cuales llevan consigo una cosmovisión holística substancialmente alternativa a la de matriz europea, tal que acentúa en manera no solo cuantitativa, sino cualitativa las dificultades de la *accomodation* de la respectiva cultura en un contexto de matriz racionalista y secularizada como la occidental. Es una realidad que concierne África, Asia, Australia, Nueva Zelanda y también Canadá y Estados Unidos en la América del Norte - con

arreglo, respectivamente, a las *First Nations* y a los *Native Americans* - y, sobre todo, la América Latina. En esta última región del mundo, en realidad, se manifestó no solo un marcado activismo de las organizaciones de los pueblos indígenas para la promoción y la tutela de sus derechos identificados en base a la respectiva especificidad, sino también una significativa producción normativa constitucional, hasta a constituir un auténtico - y éticamente autoritario - cuerpo normativo *ad hoc*.

Entre las fuentes del derecho internacional - a lado del *Convenio No. 169 sobre poblaciones indígenas y tribales* de la *Organización Internacional del Trabajo* de 1989 y a la *Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 2007 - recordamos la reciente *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas* de 2016 que dió otro impulso a la actuación legislativa y jurisdiccional de aquel cuerpo normativo.

Se está hablando, sin embargo, de una actuación no fácil porque se hace referencia a un universo cultural por mucho tiempo ignorado y, todavía, extensamente desconocido.

Por un lado, de hecho, nos movemos en una área muy bien establecida, donde se afirma la titularidad de todo derecho por parte de los pueblos indígenas y de sus miembros, derechos a matriz liberal - incluidos en las fuentes de derecho internacional general (art. V de la Declaración) y se afirma- teniendo como norte el rechazo de las políticas de asimilación (cfr. art. X, 2° "*Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas*") – que "*los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación*" (art. X, 1°).

Por otro lado, pero, la Declaración formaliza una perspectiva en relación a la cual ocurre considerar importantes problemas de individuación del contenido de disposiciones generales y genéricas: en primer lugar, si bien la obligación de los Estados se construye sobre la tutela en virtud de la cual "*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*" (art. VI).

Y, en segundo lugar, donde se afirma el derecho a la identidad e integridad cultural: "*1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el*

histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres». 3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración» (art. X).

Es evidente que el texto de la Declaración requiere un importante compromiso interpretativo al fin de dotar de un significado concreto los principios y las disposiciones normativas, sobretodo teniendo en consideración la acentuada pluralidad de experiencias indígenas en el territorio del continente y la carencia de fuentes escritas de testimonios de culturas que por siglos han mantenido memoria de si mismas en forma oral. Y la interpretación requiere un serio conocimiento y una comprensión empática de tales culturas antiguas, por siglos marginadas y amenazadas de extinguirse, aún objeto de discriminación y solo recientemente – finalmente - destinatarias de normas de rango reparativo, de tutela, de promoción y reconocimiento de la respectiva dignidad. Con el tema, es bien llamar a la atención la lectura del Preámbulo de la Declaración Americana y, en particular, la afirmación sobre la coincidencia entre respecto de las civilizaciones indígenas y la tutela del ecosistema (*“el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”*).

Una vez más, entonces, conocimiento y comprensión, conocimiento serio y no superficial y comprensión empática, es decir no indiferente a los valores subyacentes y que sigue la perspectiva de la actuación efectiva de los mismos.

También en este contexto, la reflexión de jurista se enriquece del injerto de los instrumentos de conocimiento y de evaluación propios sobre todo de la antropología jurídica y, en particular, de la función del *cultural expert* en general y, más en particular, de tal función ejercitada en el curso del proceso. Es en esta dimensión, de hecho, que la controversia y sus antagonistas se mide con la generalidad y la abstracción de la norma que requiere conocimiento y comprensión que no pueden ser el resultado de una intuición o, peor, de la improvisación.

Es emblemático, entonces, que la citada Declaración Americana, en su art. XXII, establezca el derecho de recurrir a interpretes lingüísticos y culturales (*“los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la*

jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales”).

Se trata de la significativa formalización de una práctica que, con el aporte calificado de expertos de ciencias sociales y también a través del testigo de miembros de la comunidad indígena- cuyas declaraciones son así auténticas que expresan a través descripciones e imágenes toda la riqueza de la visión de la cual son portadores - la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en su jurisprudencia ha utilizado en tema de protección de derechos de los pueblos indígenas.

El volumen de Maria Giulia Bassan- que representa el primer resultado muy apreciable de su joven dedicación de investigación- ofrece una seria reconstrucción del amplio mapa conceptual relevante donde se procede al desarrollo del análisis jurisprudencial cuyo objetivo recae en la contribución de la figura del perito cultural. Es encomiable, a mi parecer, la aserción de la Autora según la cual la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha hecho una interpretación del artículo 21 de la *Convención Americana de los Derechos Humanos* aplicando como llave de lectura la diversidad cultural: en otras palabras, *“el juez, introduciendo la dimensión cultural en su argumentación y utilizando un método interpretativo interdisciplinar, pone la antropología en una posición primaria”*. De esto consigue una idea nueva e innovadora de derecho de propiedad, que tiene que mirarse desde el contexto suyo propio que sintetiza la integración de las culturas jurídicas y que respecta la dignidad de la comunidad indígena.

El volumen merece ser señalado y puesto a disposición de la comunidad científica, por supuesto, como obra original en un campo de investigación aun demasiado poco frecuentado y que se pone como una contribución en la perspectiva del conocimiento serio y de la comprensión empática que más de una vez se han evocado en esta sede como condiciones indispensables para gobernar el fenómeno complejo de la interacción multicultural.

Roberto Toniatti

Profesor de derecho constitucional comparado
Universidad de Trento

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I- EL PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA.....	7
1.BASES DOCTRINARIAS E HISTORIA DEL PLURALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO.....	7
1.1 Fundamentos doctrinarios del pluralismo jurídico.....	7
1.2 Antecedentes históricos que pusieron la senda para el pluralismo jurídico suramericano	9
1.3 Rasgos y características del nuevo constitucionalismo latinoamericano	10
2.MARCO JURÍDICO RELEVANTE	13
2.1 La adopción del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo y el proceso que condujo a su introducción.	13
2.2 La implicancia para los países de América Latina de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.	17
2.3 El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.....	21
3. LA CULTURAL EXPERTISE COMO INSTRUMENTO PARA EL PLURALISMO JURÍDICO PROCESAL .	23
3.1 La antropología en el campo de la justicia	23
3.2 La realización de la justicia indígena, a través de la figura del perito experto.	26
3.3 La cultural expertise y la protección de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas. El perito experto, elemento de fortalecimiento del pluralismo jurídico.	30
CAPÍTULO II- LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS GRACIAS A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	37
1. EL ARTÍCULO 21 CADH, ANTES DEL 2001.....	37
1.1 El Dato literal	37
1.2 La interpretación de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.	39
1.3 La posición de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos	41
2. EL CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI vs. NICARAGUA Y EL GRAN AVANCE	44
2.1 El caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	44
2.2 El fortalecimiento de la interpretación de la Corte.....	47
2.3 Saramaka vs. Surinam	54
3. EL FORMANTE CULTURAL COMO LA LLAVE PARA LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 21 CADH....	59
3.1 La interpretación cultural y el reconocimiento del Derecho a la tierra.	59
3.2 El derecho a una vida digna, a la luz del derecho a la tierra	65
CAPÍTULO III- EL PLURALISMO JURÍDICO EN OTROS ORDENAMIENTOS: PERSPECTIVAS, PROPUESTAS Y DIÁLOGOS ENTRE LAS CORTES INTERNACIONALES... 	69
1. LA APLICACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO POR PARTE DE LA CORTE AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.	69
1.1 El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos.....	69

1.2 Los actores del Sistema Africano: la Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos y la Corte Africana de derechos humanos y de los pueblos.....	71
1.3 Los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos	72
2. LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS RESPUESTAS AL CONTEXTO	
INTERCULTURAL	78
2.1 Diferencias y Similitudes entre la jurisprudencia europea e interamericana de Derechos Humanos	78
2.2 El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto europeo	80
2.3 El aporte significativo de la Corte Europea de Derechos Humanos en la construcción, por parte de la Corte Interamericana, de los derechos de los pueblos indígenas.	87
3. PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS: <i>EL TEST CULTURAL</i> COMO SUGERENCIA AL CONTEXTO	
PLURAL ACTUAL	90
3.1 El test cultural en la historia, su primera aplicación y las primeras críticas.	90
3.2 Ilenia Ruggiu y la propuesta del test cultural como instrumento de cultural expertise para los operadores del derecho en las cortes.	93
3.3 La urgencia de enfrentar este contexto multicultural y la necesidad de disponer de instrumentos válidos para realizar la justicia.	96
 CONCLUSIONES	 101
 BIBLIOGRAFÍA	 105

INTRODUCCIÓN

El crecimiento de la concientización sobre el tema de la existencia de una diversidad cultural colectiva entre varios grupos de una misma organización social ha originado, sin dudas, una realidad que corresponde en el mundo del derecho, a un fenómeno jurídico. Un símil contexto trae consigo una transición inevitable. A nivel constitucional, de hecho, se asiste a un pasaje de un paradigma de negación-exclusión a un nuevo parámetro de reconocimiento e inclusión.

Este mudamiento es evidente en aquellos países que han adquirido y aplicado en sus constituciones las teorías del neo-constitucionalismo. De hecho, esta sensibilización sobre el tema de la calificación del reconocimiento de las diversidades culturales como una cuestión de justicia social, ha llevado la mayoría de los países latinoamericanos a implementar la idea de pluralismo jurídico en las constituciones al fin de realizar un pleno reconocimiento de los pueblos indígenas. La tendencia, que se ha manifestado en los últimos diez años, en particular en países como Argentina, Bolivia y Colombia, ha sido ciertamente favorecida por la implementación a nivel estatal e internacional de fuentes que reconociesen el pluralismo jurídico, tanto en llave de derecho substancial, como en llave de derecho procesal. Entre estas fuentes, relevancia especial se atribuye a la Convenio OIT No.169, la Declaración ONU sobre los derechos indígenas y la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La cuestión indígena, entonces, ha representado la razón al origen de la implementación del concepto de pluralismo jurídico en el ordenamiento de muchos países de Sudamérica. Tal pasaje histórico encuentra su fuerza motriz en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que, a través de sus interpretaciones, ha puesto las premisas para la utilización del elemento cultural como lo principal de sus decisiones.

El análisis de lo que la Corte IDH ha producido, nos permite destacar, en sus formulaciones, la figura del “juez antropólogo”, esto es, un órgano jurisdiccional que, a pesar de una aplicación práctica y concreta del derecho legislativamente puesto, hace suya una interpretación estrictamente cultural para tutelar sus solicitantes. La antropología, entonces, entra en el mundo del derecho y a través de los expertos permite hacer una traducción de la cultura, permitiendo al juez de ir más allá de los límites, impuestos por la ley. El perito experto es el sujeto que se ocupa de establecer un diálogo entre derecho positivo estatal y el sistema normativo indígena, permite destacar costumbres y resaltar estructuras no manifiestas. Por lo tanto, la dimensión cultural entra en el proceso, a través la utilización de expertos culturales, como académicos, antropólogos o miembros de las diferentes comunidades. Esta figura, todavía, ha atraído y levantado algunas críticas sobre el tema de la precisión como ciencia de la antropología, sobre todo por lo que se refiere a la admisibilidad en el proceso de los informes y declaraciones de estos sujetos, los cuales llevarían como prueba algo muy parecido al testimonio indirecto. Para enfrentar esta situación, la Corte IDH ha

establecido algunas reglas propias en materia de derecho a la prueba. El sistema probatorio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana afirma como fin último la defensa de los derechos y la protección a todos los sujetos de las violaciones a la Convención. Para alcanzar este objetivo, la Corte necesita de todos los elementos posibles para entender y describir los hechos, entonces legitima una utilización de los medios probatorios más flexible y menos formal. Por ejemplo, sobre el tema del peritaje cultural, la Corte ha extendido el uso de peritos expertos de culturas indígenas hacia la audición directa de los miembros de las comunidades, como testigos.

La actividad pionera y vanguardista de la Corte IDH como juez antropólogo se puede ver en los trabajos de reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva frente a los pueblos indígenas. En sus fallos, en efecto, se manifiesta de manera clara el uso que la Corte hace del elemento cultural, considerando la cuestión indígena como el medio para ampliar el contenido de los derechos políticos y civiles.

En particular, la Corte tiene como norte el concepto de cosmovisión indígena, el cual pone la relación que hay entre pueblos indígenas y su tierra, como base del reconocimiento del derecho de propiedad indígena: no sólo un vínculo de tipo real, sino también espiritual. Además, a través de las sentencias sobre el derecho de propiedad colectiva se permite el ingreso y el utilizzo, como fuente de prueba, de testimonios de peritos expertos y de miembros de la comunidad indígena. Los fallos reconocen, entonces, un derecho central y fundamental para toda vida y cultura de los pueblos indígenas y permiten entender cuales fueron los pasos que llevaron la Corte IDH a asumir una interpretación así importante.

El derecho a la tierra de los pueblos indígenas permite analizar el razonamiento que hace la Corte para legitimar las demandas de las poblaciones indígenas, ofrece el perfecto ejemplo de interpretación según cultura y muestra la importancia que asume la dimensión cultural en derechos tradicionalmente reconocidos en los sistemas de *civil law*, que toman todo otro enfoque gracias a las informaciones llevadas en el proceso a través los peritajes y las declaraciones.

Esta transición se pone en un plan casi contrario con respecto a la *western legal tradition*, es decir la tradición jurídica perteneciente a la Europa y al mundo occidental en un sentido más amplio. Esta diferente impostación parte de una idea de unicidad y exclusividad del ordenamiento jurídico, estrictamente relacionado a los conceptos de nación y ciudadanía en el sentido puramente de los códigos, que conduce a una total exclusión de la dimensión colectiva reconocida por base social. En estos ordenamientos, de hecho, la dimensión es firmemente individual: es el Estado que, con la propia Constitución, tutela las minorías de un punto de vista lingüístico, religioso e histórico. Un reconocimiento que, todavía, permanece parcial, condicionado y limitado a una tutela subjetiva, que no se concentra sobre la esfera objetiva de los derechos reclamados.

La figura central y que podría conectar estas dos maneras de interpretar los derechos indígenas es el perito experto, el cual realiza una valoración del sistema normativo propio del sujeto indígena, a partir de las informaciones suministradas. El perito, entonces, es una persona idónea para la realización del dictamen pericial, un auxiliar de los órganos de justicia. Esta figura está utilizada por muchas cortes nacionales, cuando los abogados piden al juez un análisis de la cultura para interpretar las acciones, dando aplicación a la *cultural defense*, pero también puede ser visto como la piedra angular del pluralismo procesal. De hecho, muchos autores apoyan la tesis según la cual este peritaje llevaría conocimientos especiales y objetivos que informan el juez sobre la cultura del sujeto, al fin de realizar una justicia concreta en los casos de conflictos culturales.

El perito experto, el enfoque cultural adoptado por la Corte Interamericana y la tendencia del estado a una abertura al reconocimiento del concepto de pluralismo no se encuentran sólo en los países de Sudamérica. Sin embargo, esta aplicación se destaca también en otros ordenamientos -como en Australia o Canadá- y en otras cortes internacionales, entre las cuales un rol particular está representado por la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en cuyas sentencias el reconocimiento del derecho de propiedad se justifica a través del derecho a un desarrollo de la vida tanto material cuanto espiritual.

Diferentemente, los países de la Unión Europea no han adquirido este paradigma de inclusión, eligiendo una dirección monista en tutelar las minorías. Si bien existen – y están reconocidos- pueblos indígenas en el territorio europeos, las instituciones supranacionales aún no quieren aplicar las normativas internacionales para proteger estas poblaciones, apelando la falta de ratificación -en el caso del Convenio OIT- o la carencia de obligatoriedad- en el caso de la Declaración ONU sobre los derechos indígenas. Sin embargo, el contexto cultural europeo está mutando y el encuentro de culturas así diferentes está originando conflictos culturales, que los jueces están llamados a resolver. Es importante ofrecer a los operadores del derecho instrumentos y mecanismos eficaces para la realización de la justicia. Por esta razón, el enfoque propuesto por algunos autores como Avigail Eisenberg, Lidia Holden e Ilenia Ruggiu podría expedir instrumentos para enfrentar este desafío.

CAPÍTULO I- EL PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

1.BASES DOCTRINARIAS E HISTORIA DEL PLURALISMO JURÍDICO LATINOAMERICANO.

1.1 Fundamentos doctrinarios del pluralismo jurídico

El pluralismo jurídico, desde una amplia perspectiva, supone la coexistencia de dos o más sistemas normativos en un mismo período de tiempo y espacio social o geopolítico. Su definición consiste en sistemas normativos que son el conjunto organizado y relacionado “de normas, prácticas, valores, procedimiento y autoridades/instituciones que sirven para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las normas, que tienen legitimidad y eficacia para determinados colectivos en un cierto contexto sociocultural e histórico”¹. Esto es, sistemas normativos-jurídicos distintos a los sistemas de orden social, como los usos y las costumbres, y de los religiosos, como la moral, sin olvidar que en algunos casos existen vínculos o interacciones con ellos o los límites de uno y otro son difusos². Esta distinción es importante, en especial por lo que se refiere a los ordenamientos normativos de pueblos indígenas o tribales, los cuales por mucho tiempo no fueron considerados como sistemas jurídicos, a causa de la visión etnocéntrica occidental, sino como usos y costumbres ligadas a la religión y a la magia. De hecho, una concepción pluralista del derecho disuelve la ecuación, típicamente occidental³, entre espacio jurídico y espacio territorial que quisiera que a un territorio determinado correspondiera un solo sistema jurídico y que a todo sistema jurídico correspondiera un territorio⁴. En un contexto de pluralismo jurídico, cada grupo social se organiza conforme a su particular cosmovisión y patrones culturales, para la realización de fines comunes entre sus miembros. Las comunidades que se crean, aumentando en el número de sus integrantes, contribuyen a crear una situación de convivencia en los sistemas normativos y

¹ YRIGOYEN R., Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino, en BERRAONDO M, (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 538.

² BERTINI CHIRIBOGA L., YAÑEZ FUENZALIDA N., *Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional*, Anuario de Derechos Humanos, No.9, 2013, p. 152.

³ Cfr. NUÑEZ AVILA M.D., El reconocimiento de “la justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico, ANIDIP, 6, 2018; la cual considera lo siguiente: la herencia del legado liberal y burgués trajo consigo el concepto de “monismo jurídico”, el cual fue uno de los principales retos para el desarrollo de distintos sistemas jurídicos paralelos al régimen dominante. Esto deriva del concepto de la identidad del Estado de Derecho en el marco de la teoría positivista de H.Kelsen, el cual afirma que a cada Estado corresponde un solo sistema jurídico, entonces no pueden existir sistemas paralelos al principal. Esta teoría se ha desarrollado en la idea de la Identidad de Estado Nación. Por lo tanto, se reconoce un solo pueblos, una sola cultura, un solo idioma y una sola religión: un conjunto social homogéneo. De esto se desprende que otros sistemas distintos al central no son visibles, se desconocen culturas, y se criminalizan ciertas prácticas.

⁴ SANCHEZ-CASTAÑEDA A., *Los orígenes del pluralismo jurídico*, en GONZÁLEZ MARTÍN N., *Estudios en Homenaje a Marta Morineau*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 483.

empiezan a interactuar entre grupos. La red de relaciones que se va creando permite a estos grupos modificarse y adaptarse en el tiempo a nuevos contextos y necesidades. Entonces, los distintos sistemas normativos no son inmutables.

Sin embargo, en la modernidad ha imperado una política hegemónica del sistema jurídico dominante sin incorporar otros complejos jurídicos subsistentes en la sociedad. Uno de estos era la teoría del constitucionalismo liberal, según la cual, el sujeto, considerado en su individualización, domina sobre lo colectivo. Una primera señal de cambio de la concepción positivista en el derecho se destaca en los años 20 del siglo pasado, cuando, el filósofo del derecho, Santi Romano⁵ extiende los confines de lo que es jurídico y rompe con la idea de considerar derecho solo a las normas e instituciones pertenecientes al sistema jurídico estatal⁶. Por primera vez, se establece que el derecho no está determinado en la noción de norma jurídica, sino en función de cada sistema jurídico. La norma jurídica, entonces, no está validada por el reconocimiento por parte del sistema dominante de otro complejo normativo, sino este último se desarrolla independiente dentro de su esfera y posee su autonomía: la primera teorización del pluralismo normativo. Esta teoría, hoy en día, encuentra su aplicación en el multiculturalismo. En particular, el pluralismo jurídico otorga un enfoque peculiar en la solución de los conflictos multiculturales. De hecho, las primeras utilidades jurisprudenciales fueron originadas por una nueva conciencia antropológica que el juez hace suya y lo lleva a buscar justicia de estos casos, en posición a la aplicación de reglas generales y abstractas. El derecho y la justicia, a través de esta visión, perciben algo celado hasta aquel momento: el punto de vista del otro.

En este mismo contexto, empiezan a desarrollarse teorías que pretenden poner la cultura en el razonamiento del juez, como una vía para el reconocimiento del derecho aplicable. Teorizaciones fundamentales para poner la cultura como tema central en el derecho constitucional, dotándola de un valor intrínseco y estableciendo las premisas para una conceptualización como derecho compatible con la tradición constitucional⁷. Al final del siglo pasado, se empieza hablar de derecho a la cultura, protegidos en algunos textos internacionales⁸ y en algunas constituciones. Este proceso empieza en 1971 cuando Canadá acuña el término *multiculturalismo*, y lo constitucionaliza en 1988 con el *Multiculturalism Act*; prosigue con las reformas constitucionales de

⁵ ROMANO S., L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto, Mariotti, Pisa, 1917.

⁶ RUGGIU I., Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali, Franco Angeli, 2013.

⁷ Cfr. RUGGIU I., *op. cit.* la cual, describiendo la teoría identitaria, afirma que el principio cultural es coherente con los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana. En particular se puede obtener este resultado, interpretando el texto constitucional según los parámetros de la teoría del liberalismo cultural, la cual afirma que el derecho a la cultura es 'no solo el derecho a identificar si mismo en el grupo, sino es el derecho a tener la propia identidad personal protegida'.

⁸ Como el artículo 27 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos del 1966.

algunos países iberoamericanos⁹ y europeos¹⁰ y está hoy vivo gracias a la llegada del nuevo constitucionalismo latinoamericano¹¹.

1.2 Antecedentes históricos que pusieron la senda para el pluralismo jurídico suramericano

En el continente americano en la época de la llegada de los europeos, habitaban muchos pueblos indígenas, pueblos soberanos que regían sus destinos libremente, algunas veces estos grupos tenían una forma de organización social compleja, otras veces más simple, como las sociedades silvícolas de la Amazonia. Cada uno de estos pueblos tenía un sistema normativo que regulaba la vida comunitaria y familiar entre sus miembros, así como una capacidad de formar alianzas con otros pueblos para distintos objetivos. Tenían una base territorial, dentro de las cuales las autoridades ejercían sus jurisdicciones. Los europeos, llegados en el continente, visualizaron, desde el principio, estos pueblos como inferiores y, a través de diferentes doctrinas¹², reclamaron soberanía sobre estos territorios, asentándose sobre dominios preexistentes y sometiendo los grupos que allí vivían. La ideología de la inferioridad natural de los pueblos originarios y la figura jurídica de la tutela indígena permitieron estabilizar el modelo de subordinación indígena. Esta situación no mejoró ni después de la independencia política. De hecho, durante los años independentistas no se reconocieron a estos grupos paralelos derechos propios e independientes de acuerdo con su cultura, instituciones y cosmovisión. Al contrario, empezó el proyecto asimilacionista, que buscaba hacer confluir todos los grupos a la cultura dominante. Estos nuevos estados que se venían creando estaban influenciados por un constitucionalismo liberal, que consagraba la idea del monismo jurídico, esto es, la existencia de un solo sistema jurídico dentro de un Estado, y una ley general para todos los ciudadanos¹³. Las políticas de asimilación de los pueblos originarios a las culturas dominantes se manifestaron en particular en el ámbito de la educación, donde los indígenas fueron progresivamente integrados a escuelas que negaban sus lenguas, culturas e historias o sus tradiciones religiosas, buscando cristianizar y “civilizar” a los indígenas por parte de los gobiernos de la época. Para algunos autores, esta situación en que se encontraban los indígenas en los nacientes Estados

⁹ Costa Rica, Chile, México han realizado enmiendas constitucionales de gran envergadura.

¹⁰ Los países europeos que demuestran esta característica del multiculturalismo en su Constituciones son Suiza, España, Montenegro, Finlandia, Noruega, Albania, Eslovenia y Rumania.

¹¹ Como la Constitución de Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). En esta ola de Neoconstitucionalismo, se encuentran también algunas constituciones de países africanos como la Constitución de Gambia y Sud-Africa (1996), Niger (1999), Ruanda (2003) y Sudán (2005), del Congo (2005) y Senegal (2001-2008), pero de las cuales no se hablará mucho, porque se prefiere hacer referencia al contexto americano.

¹² Con el término doctrinas se refiere a instrumentos jurídicos, que han permitido a los colonizadores apropiarse de la tierra. Por ejemplo, a través de la declaración de una tierra descubierta o mediante la doctrina de la *terra nullius*.

¹³ YROYEN FAJARDO R.Z., El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en RODRIGUEZ GARAVITO C. (curador), El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

puede ser definida como un “sistema de colonialismo interno”¹⁴. Como resultado de estas políticas, al final del siglo XX, empezaron a moverse diferentes movimientos indígenas en casi todos los países de la región. Estas demandas indígenas dan impulso a diferentes reformas constitucionales¹⁵.

1.3 Rasgos y características del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Al final de los 90s, gracias a las nuevas teorías que iban desarrollándose y gracias a la sensibilidad de algunos países, se siente la emergencia de reconocer el multiculturalismo y las nuevas demandas indígenas. Las constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, los debates jurídicos toman en consideración la idea antropológica de cultura y se busca el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad. Diversos y heterogéneos factores han legitimado el acceso de la cultura en los derechos: principalmente el fin del colonialismo y el surgimiento de los movimientos indígenas y secundariamente las nuevas teorías sobre la identidad, que quieren reconocer los derechos culturales no solo a minorías, sino a todos los sujetos del ordenamiento¹⁶.

El contexto latinoamericano¹⁷ fue el escenario perfecto para este cambio constitucional, que toma el nombre de neo-constitucionalismo¹⁸. De hecho, en el constitucionalismo latinoamericano se destaca una fuerte impronta revolucionaria, con un sentido de justicia social, con la idea de hacer del derecho en general y de la constitución en lo particular, un instrumento de emancipación y de reivindicación de derechos para los protegidos. Las constituciones se han vuelto un ideal a seguir y un modelo de transformación, que casi místicamente pareciera representar la promesa de una vida mejor. Se trata de un constitucionalismo comprometido, que trata de romper con el orden, las tradiciones y busca avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos. Se busca hacer algo diferente en la constitución. Desde la Constitución Mexicana de 1917 que estableció los derechos sociales (laborales) en su texto, el constitucionalismo latinoamericano ha buscado ser

¹⁴ STAVENHAGEN R., Siete tesis equivocadas sobre América Latina, en STAVENHAGEN R., sociología y Subdesarrollo, México, D.F, Nuestro Tiempo, 1981

¹⁵ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p.525

¹⁶ RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013.

¹⁷ Claramente, es difícil generalizar a todos los sistemas constitucionales latinoamericanos, ya que no se pueden pasar por alto las particularidades que tienen cada uno de los sistemas constitucionales de los distintos países latinoamericanos. Es evidente que hay diferencias sustanciales en lo jurídico, económico, político y social. Pero hay características sustanciales que se pueden encontrar en casi todos los países y estas serán tratadas.

¹⁸ Sin duda alguna, América latina no fue indiferente a las nuevas doctrinas y tendencias constitucionales surgidas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En esta concepción se ha tomado la idea de consolidar constitucionalmente Estados Constitucionales y Democráticos de Derecho, sustentados en la cuestión de Derechos Humanos como eje fundamental, buscando dar vigor y fuerza a la constitución a través de mecanismos diferentes de control constitucional y de protección de los derechos fundamentales.

innovador, mirando a otros sistemas y modelos, pero haciendo siempre ajustes, transformándolo en algo mucho más novedoso. La hibridación de modelos da lugar a un modelo distinto de aquellos que inspiraron las constituciones. Algo mucho más experimental, ya que se buscan soluciones a problemas particulares de aquellos países. Como por ejemplo la Constitución de Bolivia de 2009 que ha tentado introducir el concepto indígena del *bien vivir*, resultando una de las constituciones más novedosas. Otro elemento particular es la presencia de un catálogo de derechos fundamentales explícitos más o menos amplios y detallados que cohesiona con los Derechos Humanos individuales, colectivos y nuevos derechos, en particular de carácter social, o los derechos emergentes, como el agua, la cultura, el deporte o los llamados derechos a la naturaleza, de la madre tierra o Pachamama, plasmados en las constituciones de Ecuador y de Bolivia. En especial modo, el constitucionalismo latinoamericano no busca contraponer los derechos colectivos y derechos de los pueblos frente a los derechos individuales, sino plantear a los primeros como un *a priori* de los últimos y por lo tanto tratar de armonizar la convivencia, aplicación y goce de los diferentes tipos de derechos existentes.

El pluralismo jurídico, con las constituciones de Bolivia y Ecuador¹⁹ como inspiración, ya no radica solamente en su diversidad cultural, que es también recuperada a través del principio de interculturalidad, sino sobre todo en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas, la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, en donde se habla de constitucionalismo plurinacional. En esto no se reconoce a los pueblos indígenas en el derecho a ser culturas diferentes, sino que reconoce a estos pueblos como naciones, con capacidad política de definir sus destinos, libre de la tutela estatal y con capacidad política de hacer pactos con el Estado, configurando así Estados plurinacionales²⁰. Se reconocen nuevos mecanismos de organizaciones de poderes, basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos. Se adopta un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas, se pluraliza e intensifica la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder²¹. En el marco del desarrollo del pluralismo jurídico, el multiculturalismo es indispensable para afirmar el valor de la diversidad cultural y de su inclusión mediante políticas públicas. La teoría de la ciudadanía multicultural²² plantea que los individuos puedan elegir y dar significado a sus

¹⁹ Estos dos países en el contexto latinoamericano son caracterizados por sociedades pluriculturales o plurinacionales, compuestas por un gran número de pueblos originarios, tribales o indígenas diferentes. Este gran número se estima que representan el 60% de la población de Bolivia y en general un promedio de 8% a 12% de la población de cada país.

²⁰ NUÑEZ AVILA M.D., El reconocimiento de “la justicia indígena” como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico, ANIDIP, 6, 2018, p.183.

²¹ Por ejemplo, Bolivia reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica, representativa, pero también la participación directa y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria, es decir formas de elección propias de comunidades indígenas.

²² Como afirman los teóricos liberales como Charles Taylor y Will Kymlicka. En particular, Kymlicka sostiene que es necesario el reconocimiento de la diversidad cultural por parte de los Estados, para que la ciudadanía pueda ejercerse desde diversas culturas, como también que se reconozcan los distintos derechos colectivos, para que sus miembros puedan ejercer sus

decisiones y a su vida, en el contexto de los valores culturales, dejando en claro que no existen Estados neutros y que el no reconocimiento de la cultura o idioma de una población implica una desventaja ante aquellos reconocidos²³.

Ejemplificando²⁴, la Constitución de Bolivia reconoce a los pueblos indígenas la potestad de otorgarse sus propias normas, esto es, la aplicación de sus principios, valores culturales y procedimientos propios²⁵. Este derecho aparece de modo específico en ciertos artículos, como el referido a los derechos colectivos y de modo transversal a todo el texto constitucional, de hecho, hay referencias al derecho propio indígena en casi todos los capítulos y secciones de la Constitución: la definición de formas democráticas, las formas de elección de autoridades, la gestión del agua, los conocimientos, la tierra, la educación, la salud, etc. y, más en general, un ejercicio de sistema jurídico de acuerdo a su cosmovisión. Bolivia reconoce la autonomía indígena: los pueblos eligen sus autoridades de acuerdo con sus mecanismos de elección propios. En cuanto a instituciones electivas, Bolivia busca garantizar que los representantes indígenas ante las mismas sean elegidos mediante sus formas de democracia comunitaria. En lo que toca a las nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional plurinacional, la jurisdicción agroambiental y la Corte Suprema, previstas en la Constitución de Bolivia, deben tener una composición plural o estar integradas de modo paritario y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo y la visión indígena y la ordinaria. En cuanto a la jurisdicción indígena o la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales, la Constitución de Bolivia se adscribe al principio del pluralismo jurídico²⁶, reconoce la libre determinación de los pueblos y las autonomías indígenas. En el artículo 179, II, la Constitución boliviana establece el principio de la igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria²⁷ y establece en su artículo 192 que en cuanto a los efectos

derechos liberales. KYMLICKA W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

²³ DE DIENHEIM BARRIGUETE C.M., Algunos apuntes sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en AA.VV., *La ciencia del derecho constitucional comparado en homenaje a Lucio Pegoraro*, vol. I, 2017, pp. 819-844.

²⁴ YROYEN FAJARDO R.Z, El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, en RODRIGUEZ GARAVITO C.(curador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.

²⁵ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 190: "I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución".

²⁶ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 1: "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país".

²⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia, Artículo 179: "I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía".

jurídicos, toda autoridad o persona debe acatar las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Un último aspecto fundamental en esta nueva ola de constitucionalismo suramericano es la particular apertura hacia el derecho internacional de los Derechos Humanos y la creación de un *corpus iuris* internacional común a Latinoamérica. Se busca establecer una nueva relación entre el derecho interno y el derecho internacional. A partir de los años ochenta, este sistema de normas internacionales estuvo en su auge, por la atención exclusiva y dedicada a los derechos humanos, por la evolución del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos gracias a la obra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸.

2.MARCO JURÍDICO RELEVANTE

2.1 La adopción del Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo y el proceso que condujo a su introducción.

Cuando se empieza el proceso de consagración jurídica internacional de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, los pueblos indígenas estaban en una condición de invisibilidad²⁹. De hecho, los derechos indígenas llegaron tarde en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: ni la Declaración de Bogotá, ni el Pacto de San José Costa Rica³⁰ mencionaban los pueblos indígenas. Esto muy probablemente porque tenían una mirada hacia los derechos universales, destinados a toda persona “*sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”. Esta fue una de las primeras señales de involucramiento de estos derechos en Cartas internacionales. Fue en 1948, cuando fue adoptada la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales³¹, enfocada principalmente como una Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, en esta se habla de la población aborígen, pero el problema fue el escaso seguimiento que obtuvo. El problema indígena, entonces, se le dejó al

²⁸ DE DIENHEIM BARRIGUETE C.M., Algunos apuntes sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en AA.VV., La ciencia del derecho constitucional comparado en homenaje a Lucio Pegoraro, vol. I, 2017, pp. 819-844.

²⁹ GÓMEZ ISA F., *Los pueblos indígenas y el derecho, prólogo*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 19.

³⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, también conocida como la Declaración de Bogotá, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 también llamada Pacto de San José Costa Rica.

³¹ En su artículo 39 dicho instrumento establece: “En los países en donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación. [...]”.

Congreso Indigenista³². También el Protocolo adicional a la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales de 1988 ignora a los pueblos indígenas. Esta situación estaba condicionada por la idea fundamental de estas fuentes internacionales: el reconocimiento de los derechos “individuales universales” de todos los individuos³³. Pero en lo material, los derechos de los pueblos indígenas no eran muy respetados.

La primera Organización Internacional en prestar una atención específica al tema indígena fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³⁴. En particular, la OIT afrontó la situación de discriminación laboral próxima a la esclavitud que estaban sufriendo estos pueblos y adoptó el Convenio No. 107 en 1957, famoso por ser el primer convenio internacional dirigido a proteger los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, este documento estaba marcado dentro de un enfoque asimilacionista: el objetivo era integrar a los indígenas a la sociedad dominante, pero para esto lo que tenían que hacer era renunciar a los aspectos básicos de su identidad. En las décadas de los 80 en el siglo XX se comienza un procedimiento inverso que busca alcanzar un reconocimiento de estas poblaciones, contestando a la llamada *emergencia indígena*. El proceso de concientización llevó a la sustitución del Convenio No. 107 de la OIT por el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, de la OIT³⁵, aprobado por consenso en la Comisión de Redacción de la OIT y adoptado por el pleno de la Conferencia General de la OIT en 1989.

El Convenio No. 169, hasta hoy, es el instrumento jurídico más relevante para la protección y la promoción de los derechos indígenas. Principalmente sus innovaciones fueron la renuncia al objetivo de la asimilación, para reconocerles como auténticos sujetos de derechos tanto individuales como colectivos, pero su importancia se debe, en especial modo, al número de países³⁶ de América Latina

³² El Congreso Indigenista Interamericano fue establecido en 1940 por el Primer Congreso reunido en Pátzcuaro, México. En esta primera reunión se establecieron los principios de una política indigenista continental y se afirmaban algunos puntos fundamentales, como el respeto a la personalidad y a la cultura indígena, así como el respeto de los valores positivos de la cultura indígena.

³³ STAVENHAGEN R., La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010.

³⁴ La Organización Internacional del Trabajo fue fundada en 1919, después la Primera Guerra Mundial, mediante el Tratado de Paz de Versalles y en 1946 se convirtió a ser la una agencia de la ONU. Fue la primera organización que se interesó directamente de pueblos indígenas, empezando su análisis ya en 1921. Para su trabajo, instituyó un Grupo de Expertos sobre el trabajo indígena.

³⁵ GÓMEZ ISA F., *Los pueblos indígenas y el derecho, prólogo*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 19.

³⁶ Son 15 los países latinoamericanos que ratificaron este Convenio: el primero fue México en 1990. Después, en 1991, Bolivia, Colombia, Paraguay y Costa Rica en 1993. Y, a partir de 1994, Perú, Honduras (1995), Guatemala (1996), Ecuador (1998), Argentina (2000), Brasil, República Dominicana e Venezuela (2002). Al final, después de muchas demandas por parte de movimientos indígenas, Chile en 2008 y Nicaragua en 2010.

que lo ratificaron³⁷. Desde su Preámbulo el Convenio afirma esta particular atención, que se ha modificado en los últimos años hacia estos pueblos.

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Se refleja, entonces, la nueva orientación de la OIT y sus innovaciones, como el referirse directamente a los pueblos indígenas como titulares de derechos reconocidos en el texto y al entregar una definición de los mismos, la cual recoge elementos histórico-objetivos y subjetivos³⁸. La principal novedad del Convenio No. 169 de la OIT fue el hecho de establecer como destinatarios de los derechos a sujetos colectivos, es decir a los pueblos indígenas. Afirmación que tuvo un impacto muy fuerte, pues no se trata de tradicionales derechos individuales. La noción de derechos colectivos es teóricamente compleja, pero, sin entrar en la profundidad del debate, se puede afirmar que la cuestión central es que las aspiraciones morales de los sujetos colectivos que no alcanzan a promover sus intereses por la vía electoral o la hegemonía cultural no pueden ser alcanzadas con el sólo ejercicio de los derechos individuales y sociales básicos de sus miembros³⁹. Entonces, es necesario el reconocimiento de los derechos colectivos que les permitan mantener su cultura, en cuanto esta constituye el sustrato que permite significar las decisiones individuales. A pesar de que el Convenio no define de manera clara lo qué entiende por pueblos indígenas, y éste entrega una descripción en orden a establecer sus características socio-culturales y particularidades históricas. El elemento objetivo, entonces, está dado por la existencia de estilos de vida tradicionales, diferenciados de las de otros sectores de la sociedad y por la conservación de

El elenco es disponible en el sito oficial de la OIT: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11001:8024862241152:::P11001_COUNTRY_SORT:2#Americas [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

³⁷ TOMASELLI A., Tutela dei popoli indigeni in America Latina: equilibri tra costruzioni costituzionali e standard internazionali, en POGGESCHI G. (curador), *Le iperminoranze*, Pensa Editore, 2012.

³⁸ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 340.

³⁹ CARBONELL M., *Minorías etno-culturales y Derechos Colectivos: premisas conceptuales*, en VALDÉS D. Y GUTIERRE RIVAS R., *Derechos humanos*, Memoria del IV Congreso Nacional e Derecho Constitucional, vol. III, UNAM, México.

instituciones sociales, culturales, económica y políticas propias⁴⁰. El convenio, además, establece como criterio copulativo para la determinación de los grupos destinatarios, un elemento subjetivo: “la conciencia de su identidad indígena o tribal”. La cuestión de la autoidentificación ha jugado siempre un rol importante en el reconocimiento de derechos a pueblos tribales, pero el Convenio ha elevado el criterio a un requisito común y necesario a cualquier forma de reconocimiento de la identidad indígena individual y colectiva⁴¹.

Con arreglo a las normas contenidas en el Convenio No. 169 de la OIT, se pueden distinguir cuatro macro principios. El principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, como afirma el artículo 2.2.a del Convenio, los gobiernos deben asegurar “a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”; además de “[permitir de] gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación⁴²” y para evitar que la asignación de derechos diferenciados sea utilizada maliciosamente, el Convenio establece en el artículo 4.3, que “El goce sin discriminación de los derechos generales de la ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”. El principio de participación, el cual es un principio que cruza todo el Convenio y tiene diversas aplicaciones prácticas, entre las cuales se encuentra la obligación de la consulta previa: una obligación dirigida al Estado en relación con todas las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas, cuyas reglas están fijadas en el artículo 6 del Convenio⁴³. Aún, el principio de integridad cultural, que refleja la

⁴⁰ Artículo 1 del Convenio No. 169 de la OIT: “1. El presente Convenio se aplica:

(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.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

⁴¹ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 340.

⁴² Artículo 3 del Convenio No. 169 de la OIT

⁴³ Artículo 6 del Convenio No. 169 de la OIT: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas

intención de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas, abriendo paso a una concepción plural del mundo que valora la diversidad en un marco de interacción entre formas de vida diversas y de respeto a los derechos fundamentales, lo que supone el reconocimiento de un derecho a la cultura propia y a la preservación cultural. Este principio explica también la protección especial que el Convenio otorga a las tierras y territorios indígenas y el reconocimiento y legitimación que hace a la institucionalidad propia de los indígenas. Al final, el principio de autonomía, es decir la aspiración de estos pueblos a controlar sus propias formas de vida y desarrollo, que por muchos años se reivindicó por parte de movimientos indígenas⁴⁴.

Las normas contenidas en el Convenio No. 169, entonces, imponen al Estado la obligación de respetar el derecho consuetudinario indígena, reconociendo a estos pueblos el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, disponiendo que al aplicar la legislación nacional deberán considerarse sus costumbres o su derecho consuetudinario. Además, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren en forma tradicional para la represión de delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que estas sean compatibles con los sistemas jurídicos nacionales y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos⁴⁵.

2.2 La implicancia para los países de América Latina de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Inicialmente, el derecho internacional de los Derechos Humanos de la ONU no consideró la situación de los pueblos indígenas, de hecho, en el comienzo de la década del 70, la atención de las Naciones Unidas estaba destinada a las minorías. Sin embargo, en 1971 se empezaron a encomendar estudios sobre la situación de los Pueblos Indígenas, entre los cuales mucha relevancia tuvo el *Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*⁴⁶, en el cual su autor José Martínez Cobo subrayó diferentes aspectos: las discriminaciones contra estas poblaciones, un análisis completo sobre las instituciones y normas relacionadas con estos pueblos y una definición del concepto de “pueblos indígenas” muy influyente⁴⁷. Sin lugar a duda, el desarrollo

llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

⁴⁴ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 345.

⁴⁵ BERTINI CHIRIBOGA L., YAÑEZ FUENZALIDA N., *Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional*, Anuario de Derechos Humanos, No.9, 2013, p154.

⁴⁶ *Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, encomendado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Consejo Económico-Social de la ONU al relator especial, José Martínez Cobo.

⁴⁷ La definición propuesta es la siguiente: “comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellas que, poseyendo una continuidad histórica con las sociedades pre-invasoras y pre-coloniales que desarrollaron en sus territorios, se consideran disimiles de otros sectores de las sociedades dominantes en aquellos territorios o parte de los mismos. Ellos componen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a conservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica

del derecho internacional de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas tuvo su punto culminante en la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2007 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI)⁴⁸. Esta declaración vino a la luz después de muchos años de debates, que empezaron en el año 1982 en el seno del Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, siguieron en la Comisión de Derechos Humanos y desde 2006 en el Consejo de Derechos Humanos. Su adopción fue un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y *“refleja el consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas, tal como son reconocidos progresivamente en numerosos países, así como en diversos instrumentos internacionales y en la práctica de los órganos internacionales de derechos humanos”*⁴⁹.

Este texto internacional fue objeto de profundos debates y hasta ahora se sigue discutiendo. Para algunos estados se trata de un documento de carácter no vinculante, sin fuerza jurídica que los obligue a ceñirse por sus disposiciones. Tradicionalmente una declaración internacional no tiene el mismo estatus de una convención o un tratado internacional, sus disposiciones no tienen el mismo efecto vinculante de los tratados, pero hay muchas consideraciones que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración⁵⁰. Según los promotores de esta declaración, en cambio, se trata de un instrumento fundamental que debe orientar la legislación y políticas públicas de los Estados que les conciernen. Según el artículo 42 de la DDPI, no sólo las Naciones Unidas, sus órganos de tratado y los órganos especializados tienen que respetar la Declaración, sino también es deber del Estado promover la plena aplicación de sus disposiciones⁵¹. Primariamente, hablando de la Declaración, es necesario distinguir entre el valor vinculante del instrumento “declaración” y el carácter vinculante de los derechos contenidos en él y, según algunos autores, la DDPI simplemente declara la aplicabilidad a los pueblos indígenas de los derechos

como base para su continuidad como pueblos en conformidad a sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales”. Disponible en: <https://undocs.org/sp/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 párr. 379> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁴⁸ Fueron 143 los estados que la aprobaron, 11 se abstuvieron y 34 no estuvieron presentes. Solo 4 estados votaron en contra y fueron Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda. Las principales objeciones eran relativas al derecho de libre determinación y a la cuestión del consentimiento previo. Sin embargo, al final, en los años siguiente, también estos cuatro, adhirieron a ella.

⁴⁹ STAVENHAGEN R. Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Dr. Rodolfo Stavenhagen, con motivo de la adopción de la Declaración sobre derechos de los pueblos indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.

⁵⁰ AYLWIN OYARZÚN J., La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina, en Cuadernos IDECA, Observatorio Pueblos Indígenas, 2010.

⁵¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, Artículo 42: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”.

humanos reconocidos a las demás personas y pueblos⁵². Por otra parte, el derecho internacional reconoce diversas fuentes además de los tratados y convenciones, por ejemplo la costumbre internacional o derecho internacional consuetudinario. En este sentido, hay varias disposiciones en la DDPI que pueden ser consideradas como derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, obligatorias para los Estados que han concurrido a su formación. Sin embargo, para considerarla como tal, es necesaria una amplia y representativa práctica de los Estados en apoyo de esta nueva regla, incluyendo la convicción que los Estados están obligados, la llamada *opinio iuris*⁵³. Con arreglo a las prácticas estatales, se denota que las políticas de asimilación han sido abandonadas a favor de la preservación y fortalecimiento de las culturas, lenguas y religiones indígenas. Lo mismo con el derecho de libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y con los otros derechos consagrados en la Declaración. Por otra parte, por lo que se refiere a la convicción, los veinticinco años de negociación de la Declaración son demostrativos de la existencia de una creencia por parte de los estados de haber estado buscando un estatuto para los pueblos indígenas que reconoce derechos que resultan obligatorios para los Estados⁵⁴. Teniendo presente lo anterior y el hecho que sólo una norma de *ius cogens* requiere la unanimidad para convertirse en derecho, se puede concluir que existen antecedentes suficientes para considerar los derechos contenidos en la Declaración como derecho internacional consuetudinario, generador de obligaciones jurídicas para los Estados⁵⁵.

⁵² Consejo de Derechos Humanos A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, párr. 86: "En consecuencia, la Declaración no se propone conferir a los pueblos indígenas una serie de derechos humanos especiales o nuevos, sino que ofrece una versión de los principios y las normas generales de derechos humanos contextualizada respecto de las circunstancias concretas históricas, culturales y sociales de los pueblos indígenas. Las normas proclamadas por la Declaración comparten un carácter básicamente reparador, ya que tratan de poner remedio a los obstáculos y la discriminación sistémicos a los que se han enfrentado los pueblos indígenas para disfrutar de sus derechos humanos básicos. Desde esta perspectiva, el contenido de la Declaración está vinculado a las obligaciones ya contraídas por los Estados en virtud de otros instrumentos de derechos humanos". Del mismo pensamiento Cfr. ANAYA J., *Why there should not be a Declaration on the Right of Indigenous People*, 52 Congreso de Americanistas, Sevilla 2006. CLAVERO B., *Cometido del Foro permanente para las cuestiones indígenas a la luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, 2008.

⁵³ De acuerdo con esta afirmación, cfr. AYLWIN OYARZÚN J., *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010, el cual desarrolla las ideas de los juristas estadounidenses Anaya James y Siegfried Wiesser afirmada en un artículo interpretativo sobre el alcance jurídico de la Declaración, ANAYA J., *The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment*, disponible en: <https://www.jurist.org/commentary/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous-2/> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁵⁴ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013, p. 465.

⁵⁵ AYLWIN OYARZÚN J., *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento que tiene por finalidad principal reparar las injusticias históricas: *“lejos de establecer derechos especiales, la Declaración apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica del derecho a la libre determinación y de otros derechos humanos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de aplicación general”*⁵⁶. De hecho, estos derechos son una aplicación específica a los pueblos indígenas de los principios de igualdad y libre determinación que inspiran todo el derecho internacional de derechos humanos. La Declaración refleja el consenso internacional más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas. En su Preámbulo establece la igualdad que los pueblos indígenas tienen con los demás pueblos, subrayando su derecho a ser diferentes y a ser respetados como tales. Cuestión reafirmada en el artículo 2⁵⁷. Este texto internacional fue fundamental para América Latina, donde habitan casi 50 millones de indígenas⁵⁸, porque ha comenzado a modificar el escenario jurídico y político existente, para convertirlo en más favorable para los pueblos indígenas de la región. En todo modo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, esta declaración puede encontrar su fuerza jurídica vinculante, gracias a la jurisprudencia y a las interpretaciones de la Corte y de la Comisión Interamericana, que en sus sentencias más de una vez han mirado hacia los derechos establecidos en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio No. 169 de la OIT. Estos instrumentos internacionales, han contribuido también a dar el impulso para los trabajos conducentes a la adopción de una Declaración Americana sobre el mismo tema. De hecho, el 15 de junio de 2016, la Asamblea de la Organización de los Estados Americanos ha aprobado la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El texto es fuertemente novedoso: en particular, gracias a la particularidad del hemisferio americano, es el primer texto que reconoce el derecho de los pueblos y de las comunidades indígenas que se encuentra en aislamiento voluntario o en contacto inicial, de permanecer en aquella situación y de vivir libremente, según su cultura y visión del mundo. Esta declaración supera la Declaración de las Naciones Unidas de 2007, porque obliga los Estados a reconocer la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y la especial protección en caso de conflictos armados sobre todo porque afirma el derecho de estos pueblos a seguir y promover sus sistemas familiares tradicionales. Este instrumento regional no tiene fuerza jurídica vinculante, pero es muy probable que se aplique un instrumento importante para la definición de los derechos esenciales de la Carta de la

⁵⁶ Consejo de Derechos Humanos A/HRC/9/9, 11 de agosto de 2008, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, párr. 36.

⁵⁷ Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 2: “Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”.

⁵⁸ De hecho, todos los Estados latinoamericanos dan cuenta de la adhesión a sus contenidos centrales, con excepción de la Colombia. Y tres Estados, Perú, Guatemala y México trabajaron para la negociación y la promoción de su adopción.

Organización de Estados Americanos, como afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁹.

2.3 El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos

A pesar de que los derechos humanos tienen un carácter universal, su actuación, a menudo, encuentra una mejor solución en sistemas regionales. El Sistema Interamericano es uno de los sistemas regionales más desarrollados, sobre todo en materia de derechos de pueblos indígenas.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es una organización internacional creada por parte de los Estados del continente americano, para lograr que sus Estados miembro sigan “*un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia*”⁶⁰. Fue fundada en 1948 y, hoy en día, cuenta treinta y cinco estados miembros y constituye el principal foro gubernamental, político, jurídico y social del hemisferio. En el mismo año, durante la Conferencia Internacional de Bogotá, fueron aprobadas la Carta de la OEA y la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre⁶¹. En 1969, durante los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José en Costa Rica, fue adoptada la Convención Americana de los derechos Humanos (CADH)⁶². Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención creó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. En cambio, la Corte entró en función en 1979, un año después de la entrada en vigor de la CADH, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica⁶³. Este tratado regional es obligatorio para aquellos estados que lo ratificaron y representa la culminación de un proceso que empezó al final de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron y decidieron dotarse de una declaración sobre derechos humanos propios.

La Comisión Interamericana de derechos humanos tiene su sede en Washington y es un órgano autónomo de la OEA con la función de promover el respeto de los derechos humanos. Desde 1961 la Comisión IDH comenzó a realizar visitas in loco, para observar la situación general de los derechos humanos en un país, o para investigar una situación particular. En 1965 sus

⁵⁹ POSENATO N., La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali, DPCE online, 2018/1.

⁶⁰ Artículo 1 de la Carta de la OEA, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁶¹ Texto disponible en: <http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic2.American%20Declaration.htm> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁶² A la fecha, veinticinco naciones americanas ratificaron o adhirieron a la Convención.

⁶³ Informaciones disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/historia.cfm> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

funciones fueron ampliadas a través de una modificación de su estatuto y fue autorizada a recibir y procesar denuncias o peticiones sobre casos individuales en los cuales se alegan violaciones a derechos humanos que resuelve mediante sus informes anuales. Su organización fue ratificada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se convirtió en un órgano expresamente designado por la OEA⁶⁴. La Comisión IDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos en las Américas. De conformidad con el artículo 106 de la Carta de la Organización: “[h]abrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”⁶⁵.

El otro órgano del Sistema Interamericano es el órgano judicial. Tiene su sede en San José en Costa Rica y es un órgano autónomo de la OEA, en función desde 1979, pero ya instituido en la Convención americana de 1969. En su estatuto están previstas dos funciones de la Corte: una función jurisdiccional, ex artículos 61, 62 y 63 de la Convención, es decir de interpretación y aplicación de la Convención, y una función consultiva, esto es, la posibilidad de emitir opiniones⁶⁶. Esta última función es la que confirió a la Corte una especial importancia: los Estados miembros pueden consultar la Corte para interpretar la Convención y todos los tratados que conciernen la tutela de los derechos humanos en los Estados americanos. La particular función que compete a la Corte no tiene antecedentes, de hecho la misma Corte ha observado que la disposición del artículo 64 es única. Con arreglo a la función jurisdiccional, la Corte puede obrar solo con referencia a los Estados que reconocen su competencia contenciosa. La Corte es solicitada solo por la Comisión y no directamente por los Estados-partes. Concluyendo, la Corte puede adoptar medidas cautelares en situaciones graves y urgentes, con el fin de evitar daños irreparables a las personas⁶⁷.

⁶⁴ Informaciones disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁶⁵ Informaciones disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

⁶⁶ Artículo 2 del Estatuto de la Corte IDH, Competencia y Funciones: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

⁶⁷ Estas medidas derivan de la Convención y tienen efectos obligatorios para los Estados que, en conformidad al artículo 1, tienen que ser signatarios de la Convención y tienen que aceptar la jurisdicción de la Corte.

3. LA CULTURAL EXPERTISE COMO INSTRUMENTO PARA EL PLURALISMO JURÍDICO PROCESAL

3.1 La antropología en el campo de la justicia

Después de la Segunda Guerra Mundial, varios continentes y países como América, Europa y Australia empezaron a mirar a la diversidad social como un objetivo, cuya realización no fue fácil. En los sistemas legales de estos países, el conocimiento antropológico y las pericias culturales fueron adoptándose íntegramente al sistema, creando las bases para conferir un rol determinante a estas prácticas. Desde sus primeras aplicaciones, la antropología fue involucrada como conocimiento para resolver controversias, para crear leyes o políticas. Sin embargo, muchos autores reconocieron en estas prácticas muchos más problemas que beneficios. Las críticas fueron directas principalmente a la falta de ética y de objetividad de este. Además, los críticos individuaban un empleo de excesivo relativismo, sobretodo cuando se justificaban prácticas inaceptables⁶⁸.

Si se mira la historia, se puede notar como la antropología se aplica desde hace mucho tiempo como tentativa de mediación cultural. Al principio este rol de “antropólogo” era interpretado por viajeros, misionarios o administradores de colonias. Sólo a mitad del siglo XIX, se empezaron a crear instituciones estatales que se ocuparon de entender, en clave antropológica o etnológica, las situaciones de las culturas de las poblaciones indígenas. En particular, la antropología aplicada americana se desarrolló muy rápidamente sobre el tema de la “etnología de los salvajes”, esto es, la documentación y la catalogación de las poblaciones originarias, porque consideradas en vía de extinción. El mismo desarrollo de esta ciencia se observa en Inglaterra con la *London Ethnology Society*⁶⁹. En ambos países, la antropología, consolidando su aplicación, fue llamada a cooperar en los procesos decisorios coloniales⁷⁰. En esta época, a causa del involucramiento que las administraciones coloniales tenían con estos expertos, empezaron las críticas contra una colaboración incondicional⁷¹. La

⁶⁸ Cfr. GRILLO R., *Applied anthropology in the 1980's: Retrospect and prospect*, Tavistock, London, 1985 y GRILLO R., STIRRAT R.L., *Discourses and Development: Anthropological perspectives*, Oxford, Berg, 1997.

⁶⁹ En Inglaterra, solo al principio del siglo XX se empezó a involucrar los peritos expertos en la elaboración de políticas sociales. La primera vez fue cuando el 40% de voluntarios para el servicio militar fueron rechazados por motivos de salud, entonces una explicación fue preguntada a los antropólogos. La relación fue poco imparcial, de hecho, sostenía las políticas sociales del tiempo, afirmando que era un declino de capacidades colectivas momentáneo, en función de dietas deficientes y ejercicio físico. KULICK H., *A new history of Anthropology*, Malden, Blackwell, 2008, p. 58.

⁷⁰ HOLDEN L., *Beyond Anthropological Expert Witnessing: Toward an Integrated Definition of Cultural Expertise*, en SARAT A. (curador), *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies*, Special Issue, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 78, Emerald Publishing, 2019.

⁷¹ Diferentes autores entre 1930 y 1950 han criticados estas relaciones entre antropólogos y administración colonial, entre ellos KULICK H., *A new history of Anthropology*, Malden, Blackwell, 2008, afirma que los expertos llamado a colaborar en las colonias eran más fiel a la disciplina académica que los oficiales de gobierno y EVANS-PRITCHARD E., FIRTH R., *Anthropology and*

situación no mejoró. De hecho, los trabajos encargados a los antropólogos por parte del Estado fueron siempre considerados relativos y sin objetividad⁷².

El ingreso de la antropología en el campo de la justicia en Latinoamérica se alcanzó al fin de realizar un sistema de justicia plural. En términos de acción la antropología es el elemento que se ubica desde la lógica de las instituciones de procuración de justicia como instrumento para un diálogo con el derecho positivo⁷³. Al principio, muchos antropólogos visitaban las diferentes comunidades colonizadas para estudiar y recolectar los usos y las costumbres de estos, antes que la colonización los eliminara o modificara. Esta idea encontraba su raíz en el hecho de que el pasaje de una autenticidad cultural al contacto con la civilidad no era ni indoloro, ni natural⁷⁴. Muchas comunidades fueron destruidas, eliminadas y aniquiladas por la cultura occidental o a causa de la cultura de las mayorías, en algunos casos este proceso fue tan grave que fue puesta en peligro la misma integridad física de la comunidad. Por esta razón, hoy en día, existen luchas en la antropología para la conservación de las culturas y esto permite entender el porque se ha puesto la atención sobre el tema cultural en el derecho: si los procesos de culturalización no fueron fisiológicos, sino patológicos, entonces se pide al derecho proteger los derechos culturales. La protección solicitada al derecho pone como base la idea que la cultura es el referente que tienen las personas para desenvolverse dentro de una sociedad; la cultura no es la misma, sino existen diferentes grupos humanos y mayorías, cada uno con valores, costumbres, creencias y conocimientos diferentes, y cada

colonial affairs, Man, 49 (12), 137-138, lamentan que los administradores británicos nunca seguían los análisis y las demostraciones hechas por los antropólogos.

⁷² Durante la Segunda Guerra Mundial, la oficina de la Guerra de EE. UU. pide al antropólogo Benedict R. una relación sobre la cultura y los comportamientos japoneses, para entender y predecir sus estrategias. El trabajo final fue objeto de muchísimas críticas, substanciales, es decir, el hecho de que la sociedad japonesa fue representada en manera monolítica, sin lazos con la modernidad; y críticas de naturaleza ética: se rechazaba la idea que un antropólogo pudiera influenciar en decisiones así importantes, para las cuales sus capacidades específicas no son mayores de un ciudadano. Las mismas críticas de tipo ético fueron hechas contra el proyecto estadounidense Camelot. Estudiado por un grupo de científicos como un proyecto que miraba a realizar modelos de sistemas sociales que pudiesen influir en el cambio social en los países en vía de desarrollo. Este proyecto fue cancelado gracias a Chile que lo denunció y lo rechazó adelante la comunidad internacional. SOLOVEY M., *Project Camelot and the 1960s epistemologic revolution. Social studies of Science*, 31(2), 171-206.

⁷³ VALLADARES DE LA CRUZ L.R., *El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural*, Departamento de Antropología, UAM-Iztapalapa.

⁷⁴ Tan brutal era este desplazamiento que, en algunos casos, los procedimientos de transmisión intergeneracional fueron interrumpidos por la separación forzada de los niños de sus padres, al fin de educarlos a una nueva cultura. Esto pasó no solo en Canadá con las '*residential schools*', sino también en Europa con el caso de los niños groenlandeses que fueron separados por sus familias y llevados a vivir a Dinamarca, para educarlos y alejarlos de sus culturas de origen. En ambos casos, el sistema fue un fracaso. Los niños se sentían abandonados por los padres, vivían a mitad de dos culturas y al final, no se sentían parte de ninguna. Se registraron ciclos de violencia, alcoholismo, maltratamientos de menores y suicidios a causa del trauma que subieron estos niños, una vez regresados a sus comunidades. Las historias se pueden leer en: <https://www.lastampa.it/esteri/2017/04/06/news/danimarca-l-integrazione-fallita-per-il-popolo-degli-inuit-1.34613457> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019], MILLER J.R., *Skyscrapers hide the heavens a history of Indian-white relations in Canada*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 2000.

grupo desarrolla sus formas de vida, instituyendo normas y creando instituciones. De hecho, los valores y principios que fundamentan las normas en una sociedad difieren de los de otros grupos humanos⁷⁵. Todo esto nos hace preguntarnos si una visión monista de la sociedad es válida o si las autoridades, a largo plazo, serán obligadas a constatar que, incluso en el plano jurídico, existen diferencias que van tomadas en consideraciones⁷⁶, también desde un enfoque procesal.

El debilitamiento de los valores monistas-liberales, como se ha visto encontró tierra fértil en Suramérica. De hecho, a partir de los años 1990, el continente latinoamericano fue partícipe de una nueva ola de constitucionalismo, que ha visto muchos estados, entre los cuales Bolivia, Colombia y Ecuador, introducir en sus textos legales el reconocimiento de las formas de justicia en las sociedades indígenas. A través de esta toma de conciencia, se empieza a construir una justicia plural. Los estados alcanzan a responder a las preguntas de protección hechas por muchos años por las comunidades, es decir que tomaron en cuenta la diversidad cultural, en los aspectos estrictamente culturales (idioma o costumbres) y, sobretodo, en los aspectos normativos (derechos consuetudinarios, usos). En este contexto muy complicado se requiere al juez que se ponga como una figura en el medio de dos culturas: un juez mediador. Para facilitarle el trabajo, se buscan herramientas entre las ciencias que ya eran utilizadas en los procesos judiciales: lingüística, antropología física y la antropología jurídica⁷⁷. En este momento, el perito cultural obtiene su papel fundamental, porque es él que permite entablar una relación dialógica entre el derecho positivo y los sistemas normativos indígenas⁷⁸. De hecho, el derecho estatal no puede desarrollarse ni ir más allá de sus propios límites para interactuar con otros derechos, por eso, la antropología ofrece sus saberes para el análisis de un hecho como parte de una cultura específica. Este saber, después, tiene que ser confrontado al derecho estatal. Por esta razón, el perito tiene que contraponer dos saberes: lo del juez y lo del perito, y en esta relación, tal vez antagonista, discurren y abren el camino para la búsqueda de un conocimiento, para poder explicar y traducir estructuras no manifiestas. La prueba que ofrece la antropología no es la inocencia o la involuntariedad de un daño causado, sino que tiene como único objetivo explicar a la autoridad el significado que el hecho implica en la integridad de una cultura que le es ajena⁷⁹.

⁷⁵ MAYEN G., *Peritaje cultural*, en "Cuaderno Estado y Derecho", KAS, 2014.

⁷⁶ GIORDANO C., Las infracciones penales y las lógicas culturales: El antropólogo en los tribunales, en *Anuario del Derecho Penal* 2010, p. 272.

⁷⁷ LACHENAL C., Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, en "Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena", KAS, 2008.

⁷⁸ MAYEN G., *Peritaje cultural*, en "Cuaderno Estado y Derecho", KAS, 2014, p. 35.

⁷⁹ VALLADARES DE LA CRUZ L.R., El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural, Departamento de Antropología, UAM-Iztapalapa.

3.2 La realización de la justicia indígena, a través de la figura del perito experto.

La figura del perito en antropología tiene referentes de hace por lo menos una década, su trabajo consiste en proporcionar un medio de prueba que permita conocer un hecho o una circunstancia que, hasta aquel momento, se consideraba obscuro. El perito tiene varias funciones como “medio” entre un objeto desconocido y quien pretende entenderlo, como una “prueba” que supone mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho específico. Con estos instrumentos se busca demostrar una hipótesis propuesta, traduciéndola en una prueba plena. El perito se pone en las fronteras entre la juricidad positiva y las tradiciones indígenas y propone mostrar el camino para un entendimiento intercultural menos injusto entre pueblos indígenas y la sociedad⁸⁰.

Desde el punto de vista jurídico-formal, el peritaje cultural es el medio de prueba por el cual la cultura indígena, brinda información fidedigna respecto del contexto de un caso donde se aplica el derecho a una persona indígena. A través del peritaje, el antropólogo realiza una valoración del sistema normativo propio del imputado indígena, a partir de las informaciones suministradas. El perito, entonces, es una persona idónea para la realización del dictamen pericial. Es necesario, por ende, interpelar a los pueblos indígenas. Un análisis de la práctica judicial en la mayoría de los países latinoamericanos en los cuales viven los pueblos indígenas, abogan por considerar al peritaje como una primera etapa necesaria para fomentar y desarrollar las capacidades hermenéuticas interculturales de los operadores de justicia⁸¹.

Los peritos expertos entraron en los procedimientos al principio de los años 50, el primer procedimiento donde la experiencia antropológica fue registrada y llamó mucha atención fue el caso estadounidense *Mashpee Tribe vs. New Seabury Corp.*⁸². Esta controversia tenía como objeto la posesión de una tierra, la cual dependía de que los *Mashpee* fueran considerados como una tribu. Entonces fue llamado un antropólogo que demostrara la identidad interna de los miembros como parte integrante del pueblo y una identidad externa, como cultura diferente de la dominante. En contra, la *Seabury Corp.*, llamó historiadores, los cuales demostraron que los *Mashpee* no tenían continuidad como tribu o nación. El veredicto se concluyó a favor de la sociedad y se negó la tierra reclamada a los *Mashpee*⁸³. En el siglo XX, en Australia, los

⁸⁰ VALLADARES DE LA CRUZ L.R., El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural, Departamento de Antropología, UAM-Iztapalapa, p. 8.

⁸¹ SOTO AGUILAR M.E., El peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas, Revista Jurídica IUS Doctrina, No.11, 2014, p. 11.

⁸² *Mashpee Tribe vs. New Seabury Corp.*, 592 F.2d 575 (1st Cir. 1979).

⁸³ La sentencia fue confirmada en apelación y el proceso se concluyó en 2007 con un acuerdo entre las partes. Solo en 2009 con la Sentencia *Bingham v. Massachusetts*, 2009, WL, los *Mashpee* fueron reconocidos y recibieron una parte de la tierra reclamada, en cambio de la renuncia a los demás derechos sobre la ciudad de Mashpee. En HOLDEN L., *Beyond Anthropological Expert Witnessing: Toward an Integrated Definition of Cultural Expertise*, p. 185.

antropólogos siguieron consolidando sus practicas de testigos expertos, sobre todo en los procedimientos que tenían como objeto los derechos de propiedad. La admisibilidad de la aportación antropológica en los juicios fue reconocida oficialmente con el caso *Milirrpum vs. Nabalco*⁸⁴, por el juez Blackburn, el cual enfrentó el problema de las declaraciones de los antropólogos, las cuales están basadas sobre los que escuchan por otras personas, es decir, los informadores indígenas. Se discute, entonces, la admisibilidad como prueba de un testimonio indirecto. Sin embargo, el juez concluyó, afirmando que los antropólogos pueden dar sus opiniones, basándose sobre sus investigaciones, según técnicas y practicas propias de este campo de estudio, como con cualquiera otra ciencia. Esto signó un importante paso adelante para la implicación de esta ciencia en el campo de la justicia.

Como ya se ha dicho, la discusión acerca de la existencia de peritos es muy reciente y desde su principio se encuentra muy vinculada al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El primer paso hacia esta abertura se vio con la firma de Convenio n°169 de la OIT, en 1990, y sucesivamente con la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, aprobada en 2007. A través de estas primeras regulaciones, se empieza a introducir en el proceso algunas novedades por lo que se refiere a las pertenecientes comunidades indígenas, por ejemplo, se ha puesto fin a la práctica de procesar a los indígenas en un idioma que no entendían y sobre hechos que no tenían sentido, o a los cuales estos pueblos suelen atribuir una valoración diferente⁸⁵.

Algunos autores, entre los cuales Cécile Lachenal⁸⁶, distinguen entre perito cultural y perito jurídico-antropológico. Esta distinción no se basa tanto en la necesidad del elemento cultural en un proceso donde parte es un indígena, sino que se concentra en el destinatario de esta prueba. En primer lugar, no todos los indígenas involucrados en un proceso necesitan un perito, cultural o jurídico-antropológico, porque no siempre en el proceso revela un elemento que tiene a que ver con la cultura o con un elemento normado por la comunidad. De hecho, según Lachenal, es el defensor que tiene que solicitar el tipo de perito que más se conforma a su caso. En el caso en que destinatario es un individuo cuya conducta tiene que explicarse bajo un esquema cultural o una perspectiva propia del sujeto, entonces se convocará el perito cultural. Por otro lado, cuando en el proceso se razona sobre un sistema normativo perteneciente a una comunidad,

⁸⁴ *Milirrpum vs Nabalco Pty Ltd* (1971) 17 FLR 141, 161.

⁸⁵ El perito cultural traduce las practicas culturales bajo esquemas y referentes cognitivo de la cultura de donde emergen, con el objetivo de significar lo que ellas mismas expresan. Por ejemplo, en 2001 un hombre *comca'ac* fue detenido por violar una ley ambiental al pescar en el mar una tortuga caguama siete filos, para celebrar la venida del año nuevo Seri. Los *Seris* conocen la ley ambiental y por eso piden un permiso para poder pescar y cumplir con sus tradiciones. Sin embargo, aquel año no recibieron el permiso en tiempo útil y decidieron salir a pescar igualmente. El perito, en el presente caso, demostró la importancia simbólica y ritual de esta tradición, pidiendo de tener en cuenta la diferencia cultural en la decisión del caso.

⁸⁶ Doctora en Derecho Público por el Instituto de Altos Estudios de América Latina-Universidad de la Sorbona Nueva, Paris. Especialista en pluralismo jurídico, derechos de los pueblos indígenas y derechos de las mujeres. Desde 2005, se ha desempeñado como investigadora y consultora en temas de derechos de los pueblos indígenas y de las mujeres.

en el cual no sería suficiente analizar la perspectiva de un individuo sólo, por que se está discutiendo sobre una cultura creada y sostenida por una colectividad, entonces sería más correcto solicitar a un perito jurídico-antropológico⁸⁷. A nivel procesal, Lachenal sostiene que el perito cultural explica puntualmente los contextos culturales por los que un indígena tiene un determinado comportamiento⁸⁸. El perito cultural, en estos términos, se puede definir como un instrumento que analiza los hechos que se examinan en un proceso judicial, dentro del marco cultural al que pertenece un supuesto infractor, con el objeto de ofrecer este conocimiento al juez, que no comparte o no conoce la cultura de aquel⁸⁹. Mientras, el perito jurídico-antropológico hace un salto cualitativo en la argumentación de la defensa: de la discusión sobre la culpabilidad, se pasa a la antijuricidad de la conducta objeto del proceso, llevando el enfoque a la discusión sobre las causas de justificación para la exclusión del delito⁹⁰.

Según Mayén⁹¹, la distinción resulta innecesaria, considerando que el objeto de ambos peritajes es ubicar y comprender dentro de un contexto cultural diferente una conducta. Por lo tanto, ambos peritos tienen que conocer los principios, los valores, las costumbres, las creencias de una comunidad. Estos son los elementos que fundamentan tanto las normas culturales de convivencia como la que pertenece al campo jurídico. Los dos tipos de peritaje no buscan probar inocencia o culpa, ni quieren comparar los sistemas normativos, su función es entender el contexto social en que se registran los hechos y dar respuesta a preguntas que permitan explicarlos⁹².

Los estudios australianos sobre los derechos de los pueblos indígenas han demostrado la importancia para el antropólogo de conocer los requisitos legales relevantes en los casos en que tienen que hacer declaraciones. Entonces, nace la idea de crear una cooperación entre abogados y antropólogos. En especial modo, porque si bien con el juez Blackburn, se puso un poco de claridad sobre la admisibilidad de la declaración antropológica, el problema de la utilización

⁸⁷ LACHENAL C., Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso caso de México, en "Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena", KAS, 2008.

⁸⁸ El perito cultural tiene que explicar situaciones que, desde el punto de vista legal, están clasificadas como ilícitas por que ponen en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, estas mismas situaciones, desde el punto de vista del sujeto indígena, no son contra la ley, por que según su cosmovisión la conducta hecha responde a una razón de supervivencia o a formas sociales funcionales a la vida del grupo. Además, el perito cultural tiene que comparar las costumbres sin presentar datos etnográficos, puesto que objeto de discusión no es la cultura entendida como producto social. En fin, este tipo de perito puede ser llamado a apurar si el sujeto pertenece a una comunidad y, por consiguiente, indígena, pero solo constatando que la actitud del sujeto se explica a través de la comprensión de la cultura de su comunidad.

⁸⁹ MAYEN G., *Peritaje cultural*, en "Cuaderno Estado y Derecho", KAS, 2014.

⁹⁰ El peritaje jurídico-antropológico es el instrumento más importante para conocer el sistema normativo de las comunidades, el cual corresponde a un sistema propio de representaciones, valores y principios. Este tipo de perito nos permite entender el carácter jurídico de ciertos discursos o practicas indígenas y además es él que determina si el sujeto indígena imputado pertenece o menos a su colectivo.

⁹¹ MAYEN G., *Peritaje cultural*, en "Cuaderno Estado y Derecho", KAS, 2014.

⁹² En el mismo sentido, VALLADARES DE LA CRUZ L.R., *opera citada*, p.1.

como prueba de la opinión permanece, sobre todo en aquellos países donde los rumores y opiniones son inadmisibles. Rummery afirma que, a pesar de que las reglas probatorias en los procedimientos sobre los derechos autóctonos sean menores, se pone el problema de la demarcación entre deducciones de los hechos y hechos mismos y además el problema de la imposibilidad que testigos indígenas puedan hacer declaraciones. Una posible solución podría ser establecer cual es la valoración de esta “prueba judicial antropológica” y subrayar, a través una deontología en la ciencia antropológica, la posición neutral del perito en relación con las partes⁹³.

Con arreglo a la primera solución, en la teoría de la prueba, el peritaje está clasificado como medio de prueba complementario o accesorio, distinto de los medios fundamentales o básicos como son las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de los terceros llamados testigos. El peritaje es diferente de un testimonio, porque al perito se pide un criterio, una apreciación y no un simple relato. El perito se pone en concreto como un auxiliar de los órganos de justicia, porque a él se solicita desarrollar aspectos técnicos-científicos materia del proceso y es por esta razón que cada vez que en un procedimiento hay una persona indígena, la presencia de esta figura es indispensable⁹⁴. La pericia, entonces, es una herramienta utilizada por la Justicia como medio de prueba para dirimir un conflicto. Se trata de una consulta a una persona que posee competencia para explicar un fenómeno o una conducta. Quien la realiza puede ser un científico, un académico o un técnico o una persona cuya experiencia o práctica profesional lo reconoce como experto en la materia. La pericia antropológica, o cultural, aporta conocimientos sobre la cultura de un grupo, su manera de pensar o comunicar, describiendo la relación intergrupala y el respecto de los miembros a las normas. Buscando definir un comportamiento, diferente al dominante, aceptado o rechazado por un grupo. Las pericias antropológicas se presentan mediante informes y documentos que establecen un contexto y responden cuestiones puestas a la luz de estándares diferentes a los aceptados por la sociedad hegemónica. Algunas veces, pero, los conocimientos periciales pueden ser insuficientes para la certeza del derecho, porque a veces los datos que el perito lleva en el proceso pueden poseer ambigüedad. Cuando el juez pide una pericia cultural, no se refiere solamente a una traducción de la cultura, sino que necesita un informe que defina y explique un comportamiento tenido en una comunidad⁹⁵.

⁹³ HOLDEN L., *Beyond Anthropological Expert Witnessing: Toward an Integrated Definition of Cultural Expertise* en SARAT A. (curador), *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies, Special Issue*, Studies in Law, Politics and Society, vol. 78, Emerald Publishing, 2019.

⁹⁴ LACHENAL C., Las pericias antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso caso de México, en “Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena”, KAS, 2008, p.198.

⁹⁵ JESÚS MOREIRA M.A., *La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios*, disponible en: <https://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropológica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-origarios> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

En el contexto judicial, entonces, el tema de la cultura necesita un tratamiento multidisciplinar, la pericia antropológica, es importante, porque se juzga una persona que pertenece a otra cultura, un estilo de vida diferente, prácticas y costumbres propias y aceptadas por un pueblo originario: lo que permite afirmar que los valores y la cosmovisión es diferente a los impuestos por la ley. Por ejemplo, la idea de propiedad colectiva que conservan todos los pueblos originarios establece un paradigma claramente opuesto a la idea de propiedad privada del Derecho estatal. Sin embargo, se trata todavía de una prueba experimental para los nuevos paradigmas que se ponen en juego. Este debate ideológico prepara y alienta un campo litigioso, porque los recursos etnográficos, utilizados por el perito, no son considerados de la misma manera que el resultado de otras pericias aceptadas en las causas⁹⁶.

Otro aspecto importante para contestar las críticas sobre la presencia procesal del perito experto es la dotación de esta ciencia de una deontología, esto es, requisitos procedurales para hacer las pericia y los límites para una utilización eficaz de la conciencia de los peritos. Sin entrar en la discusión, es crucial que las metodologías de los antropólogos sean neutrales, muchas veces los peritos fueron acusados de no ser imparciales, sino armas en las manos de abogados. Esto, a mayor razón, por el hecho de que, hoy en día, el modelo antropológico está aplicado en las cortes, siguiendo una senda jurisprudencial, en lugar de un camino legislativo. De hecho, en muchos países, también donde aún no es claro el fundamento teórico del argumento cultural y donde no hay reconocimientos legales de esta práctica, los jueces utilizan este instrumento. Esta herramienta no mira tanto al aspecto objetivo, esto es, incidir sobre la antijuridicidad del hecho, sino sobre el aspecto subjetivo: los motivos, la motivación que ha llevado al sujeto a realizar una determinada conducta. Las teorizaciones sobre la *cultural defense*, en efecto, utilizan este esquema en el ámbito penal, sobretudo en la determinación de la pena. Sin embargo, esta aplicación no satisface la necesidad de construir una técnica que reconozca el multiculturalismo y pueda resolver los conflictos culturales, al fin de proseguir con el proceso de creación de un modelo constitucional que garantice la cultura como un valor que tiene que ser preservado⁹⁷.

3.3 La cultural expertise y la protección de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas. El perito experto, elemento de fortalecimiento del pluralismo jurídico.

Sin lugar a duda, el fundamento del peritaje cultural se encuentra en los derechos humanos. Efectivamente representa una verdadera cuestión de acceso a la justicia, de igualdad, de dignidad de todos los seres humanos y de todos los pueblos y culturas. Teorización que tiene un primer núcleo en el documento constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas, donde se invocan los principios de no discriminación o “*distinción por motivos de raza*,

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ RUGGIU I., Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali, Franco Angeli, 2013, p. 248.

*sexo, idioma o religión*⁹⁸. El principio de supervivencia étnico cultural puede ser reconocido en diferentes textos legales internacionales. Por ejemplo, el Convenio No. 169 reconoce la diversidad cultural y el respeto de las costumbres de los pueblos y se encarga de proteger estas comunidades. Los artículos 8 y 9 del Convenio piden que se tomen en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario de estos pueblos y que se proceda en el respeto de los métodos represivos utilizados tradicionalmente por estos pueblos. A esta regla se pone un sólo límite de exclusión acumulativo: la compatibilidad del derecho indígena con los derechos humanos reconocidos y con el sistema jurídico nacional, este criterio establece que el Estado no puede afirmar la incompatibilidad con su derecho, si la practica indígena es conforme al derecho internacional⁹⁹. Pero, también en caso de conflicto entre estos dos sistemas jurídicos, la OIT pide el reconocimiento de una solución de compromiso. Es decir, la necesidad que se considere siempre el aspecto cultural de estos pueblos¹⁰⁰. A la luz de esta precisión, se puede interpretar también el artículo 12 del mismo Convenio, el cual afirma que en los procesos judiciales *“deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”*. Este principio está afirmado también en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en sus artículos 34 y 35, los cuales respectivamente establecen el derecho de estos pueblos a *“promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”* y el derecho a perseguir sus miembros según sus propias reglas.

⁹⁸ Carta de las Naciones Unidas, Artículo. 1 párrafo 3.

⁹⁹ Este pasaje está bien explicado en el texto “los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica” publicado por la Organización Internacional del Trabajo sobre la interpretación del Convenio No. 169, donde se afirma: *“En consecuencia, no podrán emplearse aquellas disposiciones legales nacionales que sean incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos para justificar el desconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas en la aplicación de la legislación nacional. Por otra parte, no pueden justificarse las costumbres indígenas si transgreden los derechos humanos fundamentales”*.

¹⁰⁰ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, No. 169 de la OIT. Artículo 8: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes” y Artículo 9: “1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Entonces, se puede concluir que ambas fuentes afirman que la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas necesita un reconocimiento de las costumbres, de las leyes constitucionales, de los sistemas propios de estos sujetos. En particular la aceptación de costumbres o derechos especiales como los derechos colectivos son de particular relevancia para el desarrollo de un sistema que, informado a los principios del pluralismo jurídico, pueda constituir una contribución válida en la reglamentación de la coexistencia del multiculturalismo¹⁰¹.

En el contexto de América Latina, donde conviven varias culturas, donde el pluralismo jurídico ha obtenido sus máximas teorizaciones y donde las costumbres indígenas están bajo continuas amenazas, la necesidad de establecer reglas concretas en el acceso de la justicia de estos pueblos es un objetivo central. Sobre este aspecto, un aporte significativo fue realizado por la Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁰², la cual ha elaborado “Las reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”¹⁰³, esto es, un conjunto de 100 reglas propuestas y reconocidas en el sistema judicial iberoamericano que forman estándares básicos para garantizar el acceso a la Justicia. Entre estos sujetos más desfavorecidos, en la Regla (9), encontramos también las comunidades indígenas:

Las personas integrantes de las *comunidades indígenas* pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

Además, estas mismas normas establecen la participación de los miembros de los pueblos en sus propios procesos, al fin de utilizar un sistema de compromiso de resolución de conflictos. Y, en el caso en que la resolución sea de tipo ordinario, es deseable utilizar a un perito cultural:

(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de

¹⁰¹ ROY, R.D., Challenges for Juridical Pluralism and Customary Laws of Indigenous Peoples: The Case of the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh, 2004.

¹⁰² La Cumbre Judicial Iberoamericana es una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, que se articula a través de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana. Su misión es la “adopción de proyectos y acciones concertadas, desde la convicción de que la existencia de un acervo cultural común constituye un instrumento privilegiado” que contribuye al fortalecimiento del Poder Judicial.

¹⁰³ Este texto fue elaborado por la Cumbre Judicial iberoamericana, con la participación de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, así como asociaciones de abogados. Fue aprobado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia entre el 4 y el 6 de marzo de 2008.

justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Ademásserán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

Las reglas establecidas en el texto permiten la defensa efectiva de sujetos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, como afirmando en los motivos, estas reglas no son programáticas o simplemente una base de reflexión, sino se quiere que puedan ser una guía para los operadores del derecho. Se pide la introducción en el proceso del perito cultural que, a través de sus declaraciones, puede arrojar luz sobre los hechos y facilitar el entendimiento de una cultura diferente, para interpretar el derecho sin discriminaciones.

Si queremos definir la actividad del perito cultural podemos tomar la definición ofrecida por Livia Holden, la cual afirma: "el peritaje cultural es el conocimiento especial que permite a los estudiosos socio-jurídicos, antropólogos o, en términos más generales, a los mediadores culturales, los llamados "intermediadores culturales", localizar y describir hechos relevantes a la luz de los antecedentes particulares de los demandantes, litigantes o acusados, y en algunos casos de las víctimas¹⁰⁴.

La participación de los antropólogos en los procesos ha visto una fuerte aplicación en la protección de los derechos humanos, encontrando el apoyo del mundo académico. Si bien hasta 1987, los antropólogos no publicaron investigaciones en el campo de los derechos humanos, se destacan muchas contribuciones de estos últimos en la creación de derechos colectivos o en el activismo para la protección de los pueblos indígenas. Esta sensibilidad hacia las situaciones desfavorecidas y la marginalización de la antropología de las teorizaciones de derechos humanos han permitido un gran desarrollo sobre las medidas y los mecanismos útiles para la defensa de los derechos indígenas, ignorados por mucho tiempo. A través de estos estudios antropológicos, se alcanzó la demostración que cada pueblo tiene una cultura propia, entonces se teoriza la necesidad de proteger derechos que en aquellos años no estaban en discusión en el campo de los derechos humanos¹⁰⁵. La preocupación por la cuestión indígena ha mostrado el verdadero potencial del pluralismo jurídico. Los antropólogos demostraron que la relación entre estos diferentes sistemas legales es de interdependencia y contingencia y que las personas que viven en este contexto de multiculturalismo no consideran el pluralismo legal como una forma de organización social, sino una forma de identidad social. Así los resultados de

¹⁰⁴ HOLDEN L., *Cultural Expertise and Litigation: patterns, conflicts, narratives*, New York and London: Routledge, 2011.

¹⁰⁵ GOODALE M., *Toward a Critical Anthropology of Human Rights*, *Current Anthropology*, Vol. 46, No. 3, June 2006, pp. 485-511.

estas consideraciones han consignado una concepción radicalmente distinta de la clásica relación entre ley y derecho¹⁰⁶.

El termino peritaje cultural, o más conocido en su traducción inglesa como *cultural expertise*, está concebido para dar relevancia a la contribución de la antropología en la construcción de la verdad jurídica en el proceso legal y en la definición de resoluciones de controversias. Es importante subrayar, cuando se habla de este tema, la distinción existente entre *cultural expertise* y *cultural defense*. De hecho, el peritaje cultural, como un cualquier otro tipo de peritaje, tiene como finalidad la de introducir en el proceso informaciones útiles al juez para decidir la controversia. Como ya se ha visto, es fundamental que esta sea neutral y objetiva, porque sobre este elemento se distingue la *cultural defense*. La defensa cultural, como el mismo termino hace entender, se refiere a la utilización del elemento cultural por parte de los abogados, que piden la ayuda de un experto cultural para sostener sus defensas¹⁰⁷. Se puede afirmar, entonces, que la *cultural defense*, puede ser vista como una especie de la *cultural expertise*. El nacimiento de esta teoría del peritaje cultural fue favorecido por el terreno muy fértil que el pluralismo ha determinado en el mundo jurídico. De hecho, a la luz del principio de no discriminación e igualdad delante a la ley, se empezó a entender que delante un caso donde las partes eran de dos culturas diferentes, la simple aplicación mecánica de la norma no era suficiente. Fue necesario, entonces, introducir una interpretación alternativa, que considerara elementos diferentes de los clásicos, como el elemento cultural¹⁰⁸. Para seguir con esta teorización de la interpretación cultural, es importante, entonces, poner en el centro el concepto de cultura y, consecuentemente, conceder un rol clave a la antropología en la resolución de los conflictos en contextos multiculturales. En particular, se ha observado una importante evolución en las cortes de derechos humanos, las cuales a menudo están llamadas a decidir sobre situaciones de coexistencia cultural en el mundo del derecho. Si se mira a las principales cortes internacionales, se puede ver cómo algunas cortes, sobre todo la Corte Europea, delante estas situaciones no actúan solas, sino recurren a expertos nacionales, traductores, mediadores y académicos para ayudarlos a decidir y, en cualquier caso, muestran desconfianza sobre esta interconexión entre cultura y derecho; mientras que otras, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se convierten en pioneras de una interpretación cultural, cuya base está representada por declaraciones objetos de los peritajes culturales¹⁰⁹.

Ya afirmado en el curso de este capítulo, el contexto latinoamericano es un ejemplo patente de multiculturalismo, de una sociedad donde coexisten

¹⁰⁶ GOODALE M, *Anthropology and Law: A critical Introduction*, NYPress, 2017.

¹⁰⁷ HOLDEN L, *Cultural Expertise and Socio-legal studies. Special Issue*, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 78, 2019, p. 2.

¹⁰⁸ HOLDEN L., *La cultural expertise contro il rischio del populismo giudiziario*, transcripción del discurso (editado por Paola Iofrida) pronunciado el 2 de marzo de 2019 en el XXII Congreso Nacional de la Magistratura Democrática, en el marco de la Mesa Redonda «Le regole sotto attacco. Stato di diritto e pulsioni demagogiche».

¹⁰⁹ HOLDEN L, *Cultural Expertise and Socio-legal studies. Special Issue*, *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 78, 2019, p. 3.

diferentes poblaciones, cada una con su cultura y su sistema jurídico. Por esta razón, no parece raro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fuese la primera corte que aplicó de manera clara, simple y directa el aspecto cultural en sus fallos. En particular, esta aplicación jurisprudencial de la *cultural expertise*, se fija en las sentencias sobre los derechos a la tierra de los pueblos indígenas, de las cuales se discutirá en el segundo capítulo. Decisiones que ganaron admiraciones internacionales. Desde un enfoque del derecho procesal, la introducción de los peritajes culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana fue más simple. De hecho, las normas probatorias que regulan los procesos internacionales son pocas y menos rígidas con respecto a las normas aplicadas en los tribunales internos. Tal es el régimen que se quiere dejar un margen más amplio de prueba a las partes y al juez. La actividad probatoria delante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basa no sólo sobre la experiencia del Tribunal como órgano creador de derecho, sino también sobre la jurisprudencia de las cortes internacionales y las teorías del derecho procesal moderno. Si se observa el título sobre la prueba del Reglamento de la Corte, se constata que son muy pocas normas, porque la Corte estableció muchos de sus principios cardinales en su jurisprudencia. La regla principal, cuando se habla del sistema probatorio in seno a la Corte IDH, es que el proceso tiene que aspirar a la tutela de los derechos humanos¹¹⁰. El proceso es teleológicamente orientado a obtener más elementos probatorios posibles, para determinar los hechos. Esto determina más flexibilidad y menos formalidades en el proceso, porque la única demostración relevante es la violación denunciada. La finalidad intrínseca a los tribunales de derechos internacionales justifica la amplitud de los poderes probatorios que tiene la Corte IDH¹¹¹; de hecho, como establecido por el artículo 44 del Reglamento, la Corte, en cualquier estado de la causa, podrá procurar de oficio toda prueba que considere útil y en la práctica esto se demostró con la admisión de la presentación de un video, la declaración de un perito-testigo o la declaración de la víctima. Además, la Corte tiene que aplicar el principio de igualdad de las partes, que no es de fácil realización en caso de violaciones de derechos humanos. Principalmente la falta de paridad entre las partes está relacionada al hecho de que la víctima se pone en una posición inferior con respecto al Estado y por eso la Corte ha creado la categoría de las “pruebas indirectas”, es decir unas pruebas *ex officio* que la Corte pide para reconstituir un equilibrio en el proceso. Por ejemplo, puede procurar pruebas que considere útil, escuchar un sujeto como testigo o perito, autorizar un juez miembro a hacer investigaciones *in loco*¹¹². Las facultades por iniciativa propia de la Corte están intensificadas por los mecanismos de valuación de la prueba que se funda en la teorización doctrinaria de la “sana crítica”, esto es, un mecanismo que permite a la Corte de admitir toda prueba que se consideren útiles para la revelación de la verdad. Es un método no rígido, que establece orientaciones generales, propias del

¹¹⁰ ABREU BURELLI A., La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México.

¹¹¹ BOVINO A., La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sur Revista internacional de Derecho, ed. 3, 2005.

¹¹² ABREU BURELLI A., La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México.

razonamiento lógico. Es imprescindible que la Corte justifique su decisión, mencionando los elementos a la base de su convicción que pueden ser racionales, lógicos, psicológicos y de experiencia¹¹³.

Estos principios se observan en la mayoría de todas las sentencias sobre el derecho a la tierra de los pueblos Indígenas, delante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una vez que la Corte declara el principio del contradictorio y establece su libertad en la valoración de las pruebas por el principio de la sana crítica, la corte admite los medios probatorios que considere útil a la decisión. Entre estos medios, hay declaraciones de peritos, testigos y, a menudo, estos son de las mismas víctimas de la supuesta violación. La aceptación de declaraciones por parte de testigos que tienen interés en la causa, como puede ser un miembro de la comunidad, parte del proceso, o la misma víctima excede totalmente de la idea de un testimonio establecido por los códigos procesales de la tradición romanista. Sin embargo, la Corte, cada vez que el Estado pone en duda la admisibilidad de estas declaraciones, afirma y subraya la necesidad de obtener más informaciones posibles para entender las causas, la posibilidad que tiene de admitir toda prueba que considere determinantes y la seguridad de la valoración según el principio de la sana crítica. Todos estos elementos han permitido a la Corte ingresar en el proceso elementos que antes eran desconocidos en el mundo del derecho, como la cosmovisión indígena o la relación espiritual que vincula los miembros de las comunidades indígenas con la tierra. Elementos que permitieron al Juez de San José de interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos mediante una interpretación cultural y permitir una justicia diferente de lo que establece el sistema normativo dominante. La Corte Interamericana, a través de su obra tan novedosa, ha resuelto conflictos culturales, aplicando la idea de la teoría de la *cultural expertise*. Se hizo cargo de las diferencias culturales, existentes en la realidad, pero reveladas durante el proceso a través de sujetos a conciencia de esta diversidad.

¹¹³BOVINO A., La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sur Revista internacional de Derecho, ed. 3, 2005

CAPÍTULO II- LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 21 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS GRACIAS A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

1. EL ARTÍCULO 21 CADH, ANTES DEL 2001

1.1 El Dato literal

Artículo 21

Derecho a la Propiedad Privada

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.*

La protección del derecho a la propiedad no tiene una simple regulación. Este es un derecho complejo que depende de una multiplicidad de factores estrechamente conectados con la realidad de los diferentes países. Esto porque la regulación puede variar en función del sistema jurídico o del sistema económico-social o según las diferentes corrientes doctrinarias. Sin embargo, el derecho de propiedad está relacionado a numerosos derechos humanos y, en relación con estos, puede ponerse en una posición de complementariedad o instrumental. Pero siempre ocupa una base del sistema económico y social de cualquiera sociedad. Por estas razones, en el momento en que fue necesario establecer por escrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y la Declaración americana de los derechos y de los deberes del hombre, también conocida como la Declaración de Bogotá (DADDH), ambas en 1948, en donde se decidió reconocer el derecho a la propiedad como derecho humano¹¹⁴. La introducción de este derecho no fue pacífica, sino que fue objeto de muchísimas discusiones que llevaron los redactores a escribir una formula

¹¹⁴ RUSSO A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

más genérica y amplia en el caso de la DUDH¹¹⁵ y uno de los compromisos en la DADDH¹¹⁶. Si, por un lado, estas declaraciones son las primeras que dieron un paso hacia el reconocimiento de este derecho, por otro lado, ninguna de estas declaraciones logró el resultado de establecer la conexión entre el derecho de propiedad y la dignidad humana.

En 1969, cuando se abrieron los trabajos preparatorios de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) en Washington, el artículo 21 fue uno de los más debatidos¹¹⁷. En los trabajos preliminares se reconocen diferentes posiciones. Hay los que no quieren una regulación porque querían repetir lo que establece el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, otros, en donde se establece la mayoría de opiniones, que querían esperar a los artículos que regulan derechos económico y sociales pero sin emendar la propuesta inicial y una tercera posición, la más pionera, es la que requería una atención más social del derecho a la propiedad, que tenía que mirar al desarrollo integral de la personalidad de todos: unos estándares mínimos que todos los estados adoptarían y podrían ampliar¹¹⁸. Al final de este cambio de opiniones, el artículo 21 que resulta en la Convención fue incorporar en el texto, el derecho de propiedad de una forma tradicional¹¹⁹.

El artículo 21 de la CIDH es la demostración de un cambio que ya estaba poniendo sus raíces fundamentales. Si se analiza el dato literal, dos elementos son innovadores para el lector. El primero, es la sustitución del “derecho a la propiedad privada” con el “derecho al uso y goce de sus bienes”¹²⁰ y el segundo es el “interés social” como elemento que legitima la intervención de la ley en la limitación del mismo derecho. Esta operación de modificación de los términos utilizados por la Carta ofrece una clave de lectura sobre la concepción de fondo de este artículo. Si tomamos un enfoque más lejano, el derecho de propiedad en la CIDH, aparece como una solución de compromiso, conciliadora, una afirmación amplia en la cual el legislador estatal puede entrar y ampliar los

¹¹⁵ La inclusión de este artículo en la DUDH fue discutida sobre todo sobre el *an* y *quomodo*. El artículo 17, hoy en día, reconoce el derecho de propiedad en el sentido estricto: adquirir, gozar y disponer de bienes y en un sentido más amplio: están reconocidas las garantías jurídicas del derecho de propiedad.

¹¹⁶ En la Carta de Bogotá la protección del derecho de propiedad se divide en una dimensión privada y una dimensión colectiva. En el artículo 23 de la DADDH se busca una posición intermedia entre los diferentes sistemas económicos.

¹¹⁷ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

¹¹⁸ En la sesión del 15 noviembre 1969, Ecuador y Uruguay presentan la siguiente propuesta: “toda persona tiene derecho al uso y goce de los bienes que sean necesarios para el desarrollo integral de su personalidad. La ley garantizará a todas las personas el acceso a la propiedad subordinado al interés social”.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, vs. Nicaragua*, nota a sentencia n. 57.

¹²⁰ No tiene alguna explicación la presencia del término ‘*property*’ en la traducción en inglés de la Convención.

márgenes, pero también consagra la idea que el derecho es estrictamente conectado a la persona humana, así se limita la discrecionalidad estatal¹²¹.

El derecho de propiedad ex artículo 21 CIDH no es absoluto. De hecho, existen límites a su pleno goce. El conjunto del 1° y 2° párrafo determina su ámbito de aplicación. En el primer párrafo se establece la posibilidad de una injerencia estatal que se justifica por un interés social. En el segundo, se hace referencia a los casos de expropiación estatal por razones de utilidad pública o en caso de interés social, siempre ponderado por una indemnización justa, legal y conforme a la Convención¹²². A pesar de la estructura del artículo, en la aplicación concreta de este, no existe una distinción entre justificativos. Las restricciones, para que sean compatibles con la Convención, tienen que ser previamente establecidas por ley, necesarias, proporcionales y orientada a lograr un objetivo legítimo de una sociedad democrática¹²³.

La innovación aportada al sistema internacional por el artículo, objeto de este análisis, no fue clara y perceptible hasta cuando no fue aplicado en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en la construcción del *derecho al territorio*.

1.2 La interpretación de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana fue un elemento importante en el desarrollo y aplicación del derecho de propiedad como un elemento de innovación, establecido por la CIDH. Inicialmente, en los primeros años de trabajo, el planteamiento de la Comisión era prudente e influenciado por el indigenismo que busca una asimilación. Este exceso de cautela se explicaba en el contexto suramericano de aquellos años: muchos países estaban bajo dictaduras militares y el sistema interamericano necesitaba mayor apoyo por los estados, para no comprometer la legitimidad de la Convención. Los primeros pasos hacia el cambio de pensamiento de la Comisión fueron en el año 1970, cuando la Comisión empezó a acusar las prácticas asimilacionistas de los estados que se apoderaban de tierras indígenas, pero que no fue suficiente para alcanzar una condena. En los años '80, la actitud de la Corte y de la Comisión se puso más incisiva, sobre todo en dos resoluciones amistosas adoptadas en aquellos años¹²⁴. Al final de los ochentas, en 1989, la Organización Internacional del

¹²¹ RUSSO A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiquez v Ecuador*, 2007, par. 174 in Russo A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017, p.547.

¹²³ STEINER C., URIBE P., (a cargo de), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, KAS, 2014., p.509.

¹²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución n°12/85, Caso n. 7615, Brasil*, 5 de marzo de 1985, en el cual la Comisión fue llamada a decidir sobre la violación de los derechos de los indios Yanomami, a causa de la imposibilidad de esta comunidad de seguir adelante en un proyecto de creación de un Parque Indígena Yanomami, porque chocaba con un proyecto económico del estado. La comisión establece que la protección de las poblaciones indígenas constituye por razones históricas, por principios morales y humanitarios, un sagrado

Trabajo (OIT) emite la Declaración No. 169, la cual pasa a ser una piedra angular en el Sistema Interamericano en la tutela de los derechos indígenas. La introducción de este texto, junto a los movimientos indígenas, estructuró las bases para el fortalecimiento de la opinión de la Comisión, que desde el 1990, con la institución de la Relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas¹²⁵, creó el piso mínimo para la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹²⁶ y, más en general, del Sistema Interamericano en relación con el tema de los derechos indígenas¹²⁷.

Sin embargo, el verdadero avance en este tema se realiza en el año 2001, cuando en la Comisión se presenta la oportunidad de realizar la transformación que en los años antecedentes se estaba planeando. Por supuesto, el 4 de junio de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado de Nicaragua. Esto representa el *leading case* en materia de derecho de propiedad colectiva indígena y establece el momento en que la Comisión asume completamente su rol activo y vanguardista

compromiso de los estados y reconoce la violación de derechos colectivos como la vida, la seguridad y el bienestar. *Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*- Caso Nº 7964 (Nicaragua) 16 mayo 1984. La Comisión, llamada a emitir un informe sobre una situación conflictiva con repercusiones internacionales, denuncia diversas y graves violaciones a los derechos humanos, configurando un estado de tensión social. La Comisión reconoce los reclamos de la población *miskita* en relación a sus tierras ancestrales por considerar que el Gobierno esta violando sus derechos a las mismas. De hecho, recomienda de solucionar el problema del desplazamiento forzado con una medida transitoria que permita de regresas a sus lugares originales, además de la repatriación voluntaria de los miskitos que se encuentren refugiados en otros países, al fin de respetar de esta forma el derecho de residencia y tránsito de esa población. Se reconoce, entonces, un derecho de propiedad a los miskitas, pero sólo pide al Estado de solucionar el problema, sin encontrar ella misma una solución.

¹²⁵ Como se puede leer en el sito oficial <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019], la Relatoría fue creada por la Comisión Interamericana de derechos humanos en 1990, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América, que se encuentren especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad. En sus actividades, la Relatoría puede promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en particular promover y facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano. Participa en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares, apoya la realización de visitas in loco a los países miembro de la OEA, elabora informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Realiza y participa en conferencias, seminarios, reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, academia, sociedad civil y pueblos indígenas. En fin, presta colaboración permanente a la presidencia y al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA.

¹²⁶ La Comisión con respecto al artículo 106 de la Carta de la Organización, tiene el mandato de ponerse como filtro a las decisiones de la Corte IDH. En particular, ésta recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado o han violado derechos humanos, presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos, solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana. Además de realizar visitas in loco, observar la situación general de los derechos humanos, hacer recomendaciones a los estados Miembros de la OEA.

¹²⁷ TOMASELLI A., Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibrismi tra costruzioni costituzionali e standard internazionali, en G. POGGESCHI, *Le iperminoranze*, Lecce, 2012, pág.21 e ss.

en el sistema interamericano, esto gracias a su función de fuente interpretativa mucho más progresista y dinámica que se dotó la Corte IDH¹²⁸.

1.3 La posición de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

En los primeros años, después de la aprobación de la Convención, la Corte IDH fue muy cautelosa en la interpretación del artículo 21. De hecho, la lectura lata de la Convención Americana de los Derechos Humanos deja la sensación que los derechos consagrados en la misma sean insuficientes, como por ejemplo la simple lectura del artículo 21 no abarca el conjunto muy amplio de realidades que la región presenta. Sin embargo, la Corte IDH y la Comisión IDH, tomando en cuenta el contexto social y cultural de aquellos años, han requerido accionarse, separándose de las interpretaciones más tradicionalistas en un sentido diferente de lo natural¹²⁹. En esa toma de conciencia de estos dos actores podemos ubicar la importancia del Sistema Interamericano de los derechos humanos en el desarrollo de la región y en la óptica interpretativa innovadora, sobre todo por lo que se refiere la dimensión cultural en la reflexión sobre los derechos indígenas¹³⁰.

En particular, con el artículo 21 la Corte empieza su directriz innovadora en ese campo. Su razonamiento empieza de una simple argumentación: la obligación primaria de la Corte es conocer y resolver los derechos contenidos en la Convención Americana. Para ejercer este deber, la Corte ha elaborado el concepto de 'progresividad', es decir, la afirmación que los derechos humanos están en constante progresividad, en constante cambio y mutan en sus manifestaciones¹³¹. Sobre la base de este concepto, se creó también un método interpretativo que tiene su raíz en tres pilares.

En primer lugar, la Corte establece la necesidad de reconocer una polisemia a los términos jurídicos. Estos tienen un sentido propio, autónomo y diferente de lo que el derecho de los Estados signatarios atribuye en su normativa interna. Así, la Corte, analizando el artículo 21 CADH, sobrepasa la mirada individualista del derecho civil clásico y hace caber en el mismo, el derecho colectivo de propiedad. Para realizar eso, necesitó una larga jurisprudencia, pero los primeros pasos se pueden reconocer en 2001, cuando la Corte empieza a extender el concepto de propiedad. Ante todo, ve la posibilidad de ampliar el esquema del artículo 21, a través las palabras "el derecho al uso y goce de sus bienes", donde, según la Corte no se habla sólo

¹²⁸ RUSSO A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

¹²⁹ Por lo que se está tratando, es decir el derecho a la propiedad, con la expresión se entiende el destaque entre la interpretación de la Corte y el sentido que le atribuye el derecho civil, es decir una propiedad privada plena, un derecho *erga omnes*, que está en cargo del propietario, es decir el que tiene un título, válido, efectivo y legítimo sobre sus cosas.

¹³⁰ MELO M, Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, en SUR- Revista internacional de derechos humanos, ed. IV, 2006.

¹³¹ Ibidem.

de propiedad privada, sino de algo más extendido¹³². A continuación, tiene que razonar sobre la definición de ‘bienes’ y ampliándola, los reconoce “*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 valor*”¹³³. Finalmente, trabajando en el plano subjetivo del derecho, la Corte IDH quiere ampliar la posibilidad que titular del derecho pueda ser una persona jurídica¹³⁴. La Comisión, por mucho tiempo, había negado el acceso a la Corte en los casos en que la violación de un derecho estaba reclamada por una persona jurídica. Principalmente este obstáculo estaba justificado por la idea que la Convención Interamericana de los Derechos Humanos fue destinada a los individuos, seres humanos, personas físicas, no incluyendo excepciones¹³⁵. La Corte se opone a esta interpretación, afirmando que los seres humanos, protegidos por la Convención, pueden ser de forma colectiva e individual como revelan los derechos protegidos¹³⁶. Esta postura reconoce en los derechos una dimensión individual, una colectiva o social, y los titulares son, en última instancia, miembros, minorías o colectividades¹³⁷.

En segundo lugar, el razonamiento de la Corte se mueve hacia una afirmación particular. Esta considera los instrumentos de derechos humanos como ‘instrumentos vivos’. Según el juez interamericano¹³⁸ los tratados son instrumentos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos, coyunturas y condiciones de vida actuales. Estos no pueden ser

¹³² Esto, aunque en el título del artículo 21 de la CIDH, aún se indica con los términos ‘propiedad privada’.

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ivcher Bronstein vs Perú*, 2001, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122.

¹³⁴ Con clara inspiración al contexto convencional europeo, el cual en el artículo 1 del Protocolo Adicional No.1 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagra el derecho de propiedad explícitamente a “cada persona física o moral”.

¹³⁵ Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.2: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

¹³⁶ En su argumentación la Corte analiza no sólo el contexto internacional, poniendo atención al sistema universal, europeo y africano, sino también el contexto interno: la normativa de los países miembros de la OEA, los cuales reconocen comúnmente a las personas jurídicas el derecho de propiedad, la libertad de expresión, petición o asociación. Pero, la Corte observa que no todos esos derechos están siempre garantizados. En materia de pueblos indígenas sólo algunas constituciones reconocen estos derechos, entre otras: Bolivia (artículos 30 y 32 entre otros de la Constitución Política); Brasil (artículos 231, y 232 de la Constitución Política); Colombia (artículo 329 de la Constitución Política); Nicaragua (artículos 121 y 103 de la Constitución Política); Panamá (artículos 124 y 127 de la Constitución Política), y Paraguay (artículos 62-67 de la Constitución Nacional).

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, voto razonado del juez AA. Cançado Trinidad.

¹³⁸ Y como se establecerá en 2016 en el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se afirma “*que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución*”.

interpretados en manera estática o rígida, sino tienen que armonizarse a las condiciones de vida que ha referido la atención de la Corte¹³⁹.

La tercera columna de esta argumentación tan innovadora es la integración del *corpus iuris*¹⁴⁰ del derecho internacional de los derechos humanos. Es deseable y útil recurrir a otros tratados u otros instrumentos que el derecho internacional ofrece, al fin de considerar las demandas que necesitan una atención de la Corte. Efectivamente, la Corte en sus sentencias interpreta el artículo 21 de la Convención Americana a la luz de lo que está establecido en el Convenio No. 169 de la OIT¹⁴¹.

Para fundamentar jurídicamente estas piedras angulares de su jurisprudencia, la Corte pone atención sobre el artículo 29 de la Convención Americana y el artículo 31.1 de la Convención de Viena¹⁴², la cual afirma “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”¹⁴³. Entonces el objeto y el fin de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos se concentran en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas¹⁴⁴.

A través de estos simples pasos, el Juez Interamericano logra desarrollar el sentido y el alcance del derecho de propiedad privada, ex artículo 21 CADH. Se llega a un derecho tan amplio que abarca también la propiedad colectiva, el concepto de territorialidad, de ancestralidad, de identidad cultural. Conceptos y dimensiones insoslayables para la plena garantía de este derecho en el contexto de los derechos indígenas. En ese pasaje la Corte IDH muestra su genio

¹³⁹ MELO M, Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, en SUR, Revista internacional de derechos humanos, ed. IV, 2006.

¹⁴⁰ Tal como la misma corte ha señalado, este *corpus iuris* <<está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)>> en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99 párr.115.

¹⁴¹ Como se profundizará en el análisis de las diferentes sentencias, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tomado en consideración no sólo el artículo 14 del Convenio No.169, sino también la interpretación que los órganos de la OIT han hecho de su alcance. En efecto, se puede ver una visión coincidente entre estos órganos.

¹⁴² MELO M, Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos, en SUR, Revista internacional de derechos humanos, ed. IV, 2006.

¹⁴³ Este concepto ya fue elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-1/82, en su párrafo 41: <<En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que "han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional". Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo)>>.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez.

creativo. Utilizando los derechos a su disposición, observando y considerando vigente y necesaria una tutela en el sector indígena, la Corte crea un *corpus iuris* de los derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas¹⁴⁵. Su razonamiento no se para al simple dato literal, sino, a través de las fuentes de derecho internacional y a través de una interpretación integral del derecho nacional con el sistema supranacional, llega a una extensión del derecho de propiedad, legitimando a la persona jurídica, cual es la comunidad o el pueblo indígena o tribal, para poder levantar sus demandas y pedir tutela ante el sistema interamericano¹⁴⁶.

2. EL CASO MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI vs. NICARAGUA Y EL GRAN AVANCE

2.1 El caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua

Este caso¹⁴⁷ que en el año 2001 la Corte Interamericana de los Derechos Humanos tiene que resolver, es lo que consagra la capacidad creativa e innovadora del sistema Interamericano. Por primera vez, el juez de San José expresa su visión sobre los derechos desde una realidad socio cultural y establece criterios jurisprudenciales para la comprensión del fenómeno¹⁴⁸. Este fallo dispone y comienza con un periodo de sentencias sobre el tema de la demarcación y titulación de la tierra, con el cual la Corte IDH reconoce la existencia de un derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas¹⁴⁹.

Por primera vez, por medio de esta sentencia, el sistema Interamericano reconoce las sociedades indígenas y les otorga derechos políticos, sociales y culturales colectivos. En primer lugar, establece el concepto de “bienes” que ya hemos visto, y hace su razonamiento sobre el término que se seleccionó en lugar de ‘propiedad privada’, es decir ‘uso y goce de los bienes’. A continuación, la

¹⁴⁵ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Derecho en Democracia, Observatorio ciudadano, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2013.

¹⁴⁶ RUSSO A.M., SIMON A.W, *Il diritto alla proprietà comunal indigena*, DPCE, 2017, p. 556 y RUSSO A.M, *articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

¹⁴⁷ El caso Serie C No. 79 (2001) origina por el hecho de que desde hace 10 años la comunidad Awas Tingni, comunidad indígena Mayagna que vive en la Región de la RAAN en Nicaragua, pide al gobierno de Nicaragua empezar la demarcación y la titulación de las tierras que están tradicionalmente ocupadas por esta comunidad. La solicitud está legitimada por muchas normas internas y por la constitución nicaragüense, en materia de derechos indígenas. Sin embargo, el estado de Nicaragua nunca contesta a las solicitudes de la comunidad, sino además decide conceder a una empresa la posibilidad de explotar el territorio en que viven los Awas Tingni. A pesar de los tentativos por parte de la comunidad, a través de remedios internos, y aunque algunas asociaciones internacionales intervinieron, la reclamación de la comunidad fue negada. Por eso, se decidió proponer el recurso a la Comisión Interamericana, que propuso el caso a la Corte.

¹⁴⁸ CASTRILLÓN ORREGO J.D., *La COIDH y los Derechos de los pueblos indígenas*, UNAM, México.

¹⁴⁹ RUSSO A.M., SIMON A.W, *Il diritto alla proprietà comunal indigena*, DPCE, 2017, p.811.

Corte hace un razonamiento complejo y evolutivo de los instrumentos internacionales, utilizando como base jurídica el artículo 29.B de la Convención, el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Utilizando este artículo en donde hace suyo un nuevo parámetro teleológico, mucho más adaptado a realizar el fin propio de la Corte: el mayor grado de protección garantizado a los seres humanos que están bajo su tutela. Aunque la Convención americana no tutela en manera explícita el caso en objeto, la Corte a través de su interpretación, amplía el confino del artículo 21 y concede vida a los instrumentos jurídico de los cuales dispone. Su trabajo es sólo el principio de una obra de vivificación del derecho¹⁵⁰.

148. [...] esta Corte considera 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 Nicaragua¹⁵¹.

El argumento que la Corte utiliza en su razonamiento es la estrecha relación existente entre tierra, su posesión y utilización, y la particular dimensión que el pueblo indígena le atribuye.

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

Esta relación, en el curso de la sentencia, tuvo diversas demostraciones y descripciones por los diferentes testigos que hicieron declaraciones. Los peritos y los miembros de las comunidades que intervinieron en la audiencia manifestaron esta conexión que existe entre pueblo y tierra.

Los cerros ubicados en el territorio de la Comunidad son muy importantes. Dentro de ellos viven los “espíritus del monte”, jefes del monte, que en Mayagna se dice “AsangpasMuigeni”, que son quienes controlan los animales alrededor de esa región. Para aprovechar esos animales hay que tener una relación especial con los espíritus. En muchas ocasiones es el cacique, que es una especie de “chaman”

¹⁵⁰ RUSSO A.M., SIMON A.W, *Il diritto alla proprietà comunal indígena*, DPCE, 2017, CASTRILLÓN ORREGO J.D., *La COIDH y los Derechos de los pueblos indígenas*, UNAM, México, p.151, AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Derecho en Democracia, Observatorio ciudadano, LOM ediciones, Santiago de Chile, 2013.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad (Mayagna Sumo) Awastingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 agosto de 2001, párr. 149.

llamado Ditelian, quien puede mantener esa relación con los espíritus. Entonces, la presencia de animales y la posibilidad de aprovecharlos mediante la cacería, se basa en la cosmovisión y tiene mucho que ver con las fronteras, porque según ellos esos amos del monte son dueños de los animales, especialmente del puerco de monte que se desplaza en manadas alrededor de las montañas. Así, hay un vínculo muy fuerte con el entorno, con estos sitios sagrados, con los espíritus que viven dentro y los hermanos miembros de la Comunidad¹⁵².

La prueba testimonial y pericial es el elemento que permite apreciar a la Corte las costumbres y las tradiciones indígenas. De hecho, en el caso fueron recibidas las declaraciones de ocho testigos y cuatro peritos propuestos por la Comisión y un testigo fue convocado por la misma Corte. Leyendo las declaraciones se puede destacar la importancia de estos peritajes en el razonamiento de la Corte. De hecho, las declaraciones de los miembros del pueblo indígena, parte en el caso, llevan en el proceso informaciones y circunstancias sobre el estilo de vida, las prácticas, la “economía” de la comunidad *Awás Tingni*, describiendo todos los aspectos de su cultura, desde el valor atribuido a la familia hasta la gran importancia del aspecto religioso. Los testimonios de los antropólogos, en cambio, tiene otra manera de redacción, es un análisis más neutral y objetivo, más como un informe científico. Hay descripciones del territorio, de la forma de organización de la comunidad, de las técnicas de sustento que la comunidad tiene. Sin embargo, los expertos culturales, sociólogo o antropólogos, no dejan de lado el aspecto más importante relacionado al derecho a la tierra: el vínculo espiritual que la comunidad tiene con su territorio y la importancia del aspecto religioso en su cultura. La tierra es parte integrante de la vida de los pueblos indígenas, la esencia misma de la comunidad depende de la tierra y la relación que se establece es “*esencial para la autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra*”¹⁵³. Las informaciones que entran en el proceso, entonces, son fundamentales para entender la vida y la especial relación con la tierra de la comunidad que está reivindicando sus derechos ancestrales. Los peritos y los miembros llevan al juez un conocimiento nuevo, diferente del simple derecho o de la mera aplicación de una ley. Se introduce entre los hechos y las pruebas también características de un sistema jurídico y de vida diferente de lo de la mayoría, que tienen un rol central para la evolución de las sentencias que se están analizando.

Esta es la clave de lectura de la Corte, la tradición de la Comunidad es contraria a una visión civilista del derecho de propiedad. Los indígenas atribuyen una dimensión comunitaria a la tierra, que no puede comprometerse a dinámicas de privatización, comercialización o venta de los recursos naturales. La tierra es un lugar físico, donde el pueblo vive, pero también un lugar espiritual. La

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad (Mayagna Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 agosto de 2001, Testimonio de Theodore Macdonald Jr., antropólogo.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad (Mayagna Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 agosto de 2001, Testimonio de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo.

presencia de ellos en aquel territorio es una vinculación que no necesita de un título escrito, porque integra su vida cotidiana. El derecho de propiedad, según la Corte, tiene una dimensión cultural.

Este parámetro interpretativo de la Corte está bien desarrollado en el voto razonado de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, los cuales explican esta relación entre comunidad y tierra. Ellos consideran necesario ampliar la discusión sobre la *dimensión intertemporal* que caracteriza esta relación¹⁵⁴. La Corte haciendo suya una óptica cultural del derecho y poniendo la cosmovisión indígena como punto central de esta sentencia, logra el resultado de reconducir en este artículo 21 de la Convención Americana también el concepto de propiedad sobre la que se está discutiendo. Por esta razón, la interpretación que hace la Corte es tan innovadora en el contexto de los derechos indígenas.

El reconocimiento por la Corte Interamericana de la validez de la posesión de tierra basada en la costumbre indígena, aún a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ella y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, hace que esta sentencia revista una extraordinaria trascendencia para el Sistema Interamericano y no sólo¹⁵⁵. Con este fallo, la Corte IDH marcó un parteaguas en el derecho internacional indígena¹⁵⁶.

2.2 El fortalecimiento de la interpretación de la Corte

En 2005, a distancia de pocos días, la Corte Interamericana pronuncia dos sentencias importantes para el desarrollo de esta teoría, de las cuales se hace portadora. El 15 de junio será publicada la sentencia *Moiwana vs. Surinam*¹⁵⁷ y el 17 de junio la sentencia *Yakie Axa vs. Paraguay*.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad (Mayagna Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 agosto de 2001, voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez Y A. Abreu Burelli: “Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro”.

¹⁵⁵ CASTRILLÓN ORREGO J.D., *La COIDH y los Derechos de los pueblos indígenas*, UNAM, México, p.151 y AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Derecho en Democracia, Santiago de Chile, p.547-548.

¹⁵⁶ STAVENHAGEN R., La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos indígenas, en Cuadernos IDECA, Observatorio Pueblos Indígenas, 2010 p.69.

¹⁵⁷ El caso Serie C No. 145(2006) se origina en una denuncia de la Comunidad Moiwana en Surinam. En 1986 las fuerzas armadas de Surinam atacaron la Comunidad N'djuka Maroon de Moiwana, masacrando a más de 40 hombres, mujeres y niños. Algunos lograron escapar, huyeron y fueron exiliados o desplazados. Después de la operación militar del 1986 la tierra quedó abandonada y a los miembros les fue imposible recuperar sus familiares y han sido incapaces de proveer los ritos mortuorios apropiados requeridos por los principios fundamentales

El fallo contra Surinam, a raíz del *leading case* del año 2001, marca un elemento nuevo y ulterior. Esta vez la Corte tiene que proteger el derecho de propiedad de las comunidades demandantes en un estado que, diferentemente a Nicaragua, en su legislación no establece ningún reconocimiento a los pueblos indígenas. Además, el Estado negaba la necesidad de reconocer derechos a estos pueblos, puesto que los miembros no eran indígenas de la región. Sin embargo, teniendo como norte el elemento central de su tesis, la Corte reconstruye la misma relación existente entre pueblo Moiwana y tierra.

132. Los miembros de la comunidad no son indígenas de la región; según los hechos probados, la aldea de Moiwana fue fundada por clanes N'djuka a finales del siglo XIX (*supra* párr. 86.11). Sin embargo, desde ese momento hasta el ataque de 1986, los miembros de la comunidad vivieron en el área con estricto apego a las costumbres N'djuka. El perito Thomas Polimé describió la naturaleza de su relación con las tierras en la aldea de Moiwana y sus alrededores de la siguiente manera:

[los] N'djuka, al igual que otros pueblos indígenas y tribales, tienen una relación profunda y omnicomprendiva con sus tierras ancestrales. Se encuentran intrínsecamente ligados a esas tierras y a los sitios sagrados que ahí se encuentran, y su desplazamiento forzado ha cortado esos lazos fundamentales. Muchos de los sobrevivientes y sus familiares señalan su lugar de origen en, o cerca de, la aldea de Moiwana. Su imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y con sus sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Sin una comunión regular con esas tierras y sitios, son incapaces de practicar y gozar sus tradiciones culturales y religiosas, en mayor detrimento a su seguridad personal y colectiva y a su sentido de bienestar¹⁵⁸.

En este caso, aún más, se muestra la utilidad y la contribución que los peritos y los testigos ofrecen en la individuación de la cosmovisión indígena. Es esta figura de sujeto externo, el que manifiesta delante la corte las particularidades que las comunidades indígenas tienen con su territorio, por ejemplo, respecto a los rituales funerarios¹⁵⁹ o sus pensamientos respectivos a

de la cultura N'djuka. La corte, como antecedentes, toma la descendencia del pueblo N'djuka Maroon de los esclavos africanos que escaparon en el siglo XVII a la parte oriental del país. En un tratado del 1837 con Holanda se permitía que la comunidad pudiese continuar residiendo en el territorio donde se había establecido y se determinaron los límites de esa área. Después la Independencia de Holanda, Surinam considera ese tratado no válido y no reconoce tal comunidad como entidad jurídica. Igualmente, no se le reconoce el derecho colectivo a la propiedad.

¹⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, párr.132.

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, Testimonio del antropólogo Kenneth M. Bilby: "Es extremadamente importante poseer los restos mortales del fallecido, dado que la forma en que se trata el cadáver refleja el grado de respeto que se tenía a la persona durante su vida. Más aún, es necesario que los restos mortales sean colocados en el lugar apropiado de entierro del grupo familiar. Por otro lado, en todas las sociedades Maroon, la idea de la cremación es repugnante; por esta razón, el hecho de que los cadáveres de muchos residentes de Moiwana hayan sido quemados se consideraría muy ofensivo".

la familia¹⁶⁰. Los peritos, entonces, confieren a la Corte los elementos para legitimar el reconocimiento del derecho de propiedad. Demostrando la existencia de esta estrecha relación con la tierra, la Corte atribuye a la comunidad el mismo efecto de un título formal para obtener y reivindicar derechos sobre la tierra¹⁶¹.

Pocos días después, la Corte IDH emanó otro importante fallo, la sentencia *Comunidad indígena Yakie Axa vs. Paraguay*¹⁶². Esta decisión se introduce otro importante elemento, en el discurso sobre el artículo 21. De hecho, en este caso, a diferencia de los que la Corte había tratado, hasta el momento, la tierra reclamada por los indígenas, no está en poder del Estado, sino por propietarios privados que la habían adquirido. Entonces el juez Interamericano tiene que solucionar el problema que surge del choque entre propiedad privada y propiedad colectiva.

Analizando la situación de la comunidad Yakie Axa, con respecto al artículo 21 de la Convención americana de derechos humanos, la Corte reitera su interpretación del derecho de propiedad, a la luz del parámetro teleológico de los tratados y de las reglas establecidas por el artículo 29.B de la misma Convención. Además, considera “útil y apropiado” utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones, teniendo como norte la evolución del sistema interamericano y el desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶³.

Luego, la Corte busca demostrar la efectiva lesión del ‘uso y goce de los bienes’, siempre considerando estos términos jurídicos de manera polisémica. Para alcanzar su finalidad, en la audiencia escucha a los diferentes testigos, entre los cuales hay líderes y miembros de la misma comunidad. Estos

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia del 15 de junio de 2005, Testimonio del antropólogo Kenneth M. Bilby: “Para que la comunidad N’djuka funcione normalmente, los miembros deben tener una patria. Aún si viajan a otras partes, hay ritos vitales que deben ser llevados a cabo en su aldea de origen, lo cual les permite continuar expresando su continuidad como comunidad. Sin un hogar tradicional al cual regresar, la sociedad se desintegraría, porque sería difícil mantener su identidad cultural y sus obligaciones sociales”.

¹⁶¹ RUSSO A.M., SIMÓN A.W, *Il diritto alla proprietà comunal indigena*, DPCE, 2017, P. 556 y RUSSO A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

¹⁶² El caso serie C No. 125 (2005) se origina un retraso por parte de Paraguay a la solicitud de reivindicación territorial por parte de la Comunidad indígena Yakie Axa de la extensión del Chaco paraguayo, tierras que fueron vendidas en la bolsa de Londres. Esta falta de reconocimiento ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, medica y sanitaria, que amenaza los miembros de la Comunidad y la integridad de esta. Si bien Paraguay es signatario del Convenio No. 169 de 1989 y en su constitución reconoce el derecho de propiedad comunitaria en su ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros amenazando el libre desarrollo y transmisión de su cultura y practicas tradicionales.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 129.

demuestran y hacen notar las dificultades que encuentran en el desarrollo de su vida cotidiana.

[l]as celebraciones que hacemos en la Comunidad, pero no en nuestras tierras, no las podemos hacer siguiendo del todo la tradición, no las podemos hacer completas. [...] En nuestras tierras, en las tierras Yakye Axa, al este del casco de la Estancia Loma Verde, se encuentra el cementerio de nuestros antepasados, donde la Comunidad enterraba a los ancianos que vivieron y murieron ahí. De recuperar nuestras tierras, allí seguiríamos enterrando a nuestros muertos. Para cambiar y mejorar toda esta situación necesitamos nuestras tierras. Sin nuestras tierras sufre el maestro, sufren los niños y las niñas y sufren sus padres. [...] En nuestras tierras podríamos también mantener nuestro idioma y nuestra cultura tradicional y enseñarlos en la Escuela¹⁶⁴.

La Corte, a través de las declaraciones, resalta la estrecha relación que los indígenas mantienen con su tierra. Esta relación tiene que ser reconocida y entendida como la base de su cultura, de la vida espiritual, de la integridad y su preservación y transmisión a las generaciones futuras. La corte reconoce los recursos como elementos integrantes de la cosmovisión, de la religiosidad y de la identidad cultural de los indígenas¹⁶⁵. En este sentido, se reiteran los planteamientos realizados por el tribunal interamericano en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* pero, en el presente caso, no se discute la existencia del derechos de los miembros de las comunidades a sus territorios, lo que se discute es la realización efectiva de estos derechos, que no ha podido alcanzarse porque están en dominio de otros dueños privados¹⁶⁶. La Corte se enfrenta con otro problema: si es cierto que el artículo 21 obliga a los Estados a respetar los derechos de los pueblos indígenas, y a mayor razón es verdad que también los derechos de los particulares están protegidos por esta norma; entonces, ¿Qué derecho predomina en el caso de contradicción entre los dos? Concordando con la posición del Estado, la Corte afirma que tanto la propiedad de los particulares, como la propiedad comunitaria de los miembros tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana, pero reconoce que en caso de contradicción, aparente o real¹⁶⁷, es necesario

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, Declaración del señor Albino Fernández, maestro y miembro de la Comunidad Yakye Axa.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135: <<Los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural>>.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005 párr. 142: <<El Estado alegó que el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad no ha podido efectivizarse porque los representantes de la misma han mantenido una actitud “intransigente en la obtención de 18.000 [hectáreas] de la Estancia Loma Verde” y porque el Congreso “ha considerado la productividad o la utilización económica de la tierra” como criterio para negar la expropiación de los territorios reivindicados, haciéndose imposible que el Estado confisque tierras en desconocimiento del derecho a la propiedad privada de sus actuales dueños>>.

¹⁶⁷ La Corte subraya la falta de sentido que tiene el reconocimiento de la tierra a los indígenas, porque el Estado no ha establecido o delimitado físicamente la propiedad.

determinar unas pautas para legitimar una limitación al goce y al ejercicio de este derecho.

144. Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. 145. El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.

Con esta interpretación la Corte IDH introduce un ‘juicio de proporcionalidad’, evaluando los diferentes intereses en juego, de hecho, se apela a las limitaciones que ya están expresadas en el mismo artículo 21 de la Convención “*La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*”. Para hacer este balance, la Corte fija criterios precisos para la legitimidad de esta limitación. Primero, *la legalidad de las medidas restrictivas*, la restricción tiene que poner su base en una ley; luego, *la necesidad de la restricción*, esta para ser legítima debe condicionar en el menor grado posible el derecho colectivo; en tercer lugar es necesario considerar *la finalidad y la proporcionalidad* de estas medidas, que debe mirar hacia la realización de un objetivo legítimo en una sociedad democrática y pluralista¹⁶⁸. Este razonamiento es interesante, porque la Corte aplicando criterios convencionales y jurisprudenciales establece un cuadro particular¹⁶⁹: el derecho a la propiedad comunitaria y el derecho a la propiedad individual poseen la misma jerarquía en la Convención, pero es necesario tomar en cuenta que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría afectar otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural o la supervivencia misma de las comunidades¹⁷⁰. Mientras, la restricción del derecho a la propiedad privada podría ser útil para un objetivo colectivo de preservar las identidades culturales

¹⁶⁸ RUSSO A.M., *Articolo 21-diritto di proprietà*, en Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

¹⁶⁹ CASTRILLÓN ORREGO J.D., *La CoIDH y los derechos de los pueblos indígenas*, UNAM, México, p.182.

¹⁷⁰ Los derechos territoriales, en opinión de la Corte IDH, son de diferente naturaleza pues están íntimamente relacionados con la supervivencia de los pueblos indígenas y sus miembros, su identidad, la reproducción de su cultura, sus posibilidades de desarrollo y el cumplimiento de sus planes de vida.

en una sociedad democrática y pluralista como está consagrada en la Convención Americana. Sin embargo, esta conclusión no es sin excepciones. De hecho, la Corte advierte que hay casos en que para los Estados es imposible restituir las tierras o los recursos reclamados, entonces es necesario que las partes lleguen a un acuerdo, conformemente a la interpretación del Convenio No. 169 de la OIT¹⁷¹ y de la Convención Americana.

En conclusión, al final de este conjunto de sentencias, la Corte IDH hace un resumen cuando tiene que juzgar el *Caso de la Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*¹⁷² y establece los puntos sobre los cuales su jurisprudencia se consolida.

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto¹⁷³.

Una vez que la Corte expresa los puntos claves de sus decisiones, introduce el elemento novedoso que en esta sentencia quiere resolver: la limitación temporal del derecho de recuperación. La solución que se ofrece empieza del mismo punto, es decir de la relación única que los miembros de las comunidades indígenas tienen con sus tierras tradicionales. Según la Corte siempre y cuando esta relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, en caso contrario, se extinguirá. Es una relación que tiene diferentes maneras de manifestación, puede ser distinta para cada comunidad, según el tipo de vida que conducen, según el uso que hacen de los recursos, en

¹⁷¹ Al respecto del Artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT: “Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

¹⁷² El caso Serie C No. 146(2006) trata la cuestión de la Comunidad Sawhoyamaya y sus miembros, que desde 1991 se encuentran en tramitación para la reivindicación de sus tierras, sin obtener una respuesta por parte del Gobierno paraguayo. Eso ha causado a la Comunidad la imposibilidad de acceder a su propiedad, poniéndola en una grave situación alimenticia.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 128.

función de los lazos espirituales o ceremoniales que los miembros tienen con su tierra. Sin embargo, esta relación tiene que ser posible.

El caso en objeto, que da a la luz este razonamiento, tiene condiciones distintas. De hecho, los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa están impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad. Esto implica un obstáculo real de mantener esta relación, entonces la valuación de este lazo con la tierra debe tener premisas diferentes¹⁷⁴.

133. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados del presente fallo (*supra* párr. 73.70), los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación, continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias. Así lo señalan los propios miembros de la Comunidad que presentaron sus declaraciones mediante *affidavit*:

“[N]osotros no podíamos cambiar las tierras donde vivieron nuestros padres, nuestros abuelos así porque sí, nosotros sentíamos una identificación plena con Sawhoyamaxa, eso sostenemos hasta ahora [...] Las tierras que solicitamos eran las que nuestros ancestros usaban para cazar y son las únicas que todavía tienen monte y otras cosas [...] que son importante para nosotros, para que podamos vivir, como agua. Tiene mucho significado para nosotros porque antes eran nuestras. Ahí también están enterrados muchos de nuestros antepasados. [...] Esas tierras son las mejores para que nosotros podamos vivir, no es que pidamos porque sí, sino porque son las únicas que todavía tienen rastros de nuestros abuelos”. “En esa forma también nos afecta la falta de tierra, nosotros no queremos enterrar así nomás a nuestros muertos en la calle, pero como no tenemos tierra propia lo hacemos en un cementerio que está en Loma Porâ, pero nos gustaría que se nos restituya nuestra tierra de Sawhoyamaxa para que esto ya no pase y podamos dar sepultura a nuestros seres queridos en las tierras que estamos pidiendo”. “Muchas veces queremos recurrir a nuestros conocimientos de medicina tradicional, pero no podemos acceder a la recolección de hierbas medicinales porque se encuentran dentro de las tierras alambradas y debemos resignarnos a las enfermedades y las muertes”.

Con esta sentencia, la Corte IDH se pronuncia sobre la persistencia en el tiempo de los derechos de propiedad sobre las tierras ancestrales de pueblos indígenas cuando estos han perdido la posesión sobre las mismas. Dicha Corte

¹⁷⁴ Con esta interpretación, la Corte IDH se hace portadora de un cambio radical en el derecho procesal de matriz romanística. De hecho, desde hace el derecho romano, en materia de prueba de posesión, para obtener la propiedad se requería un grado de dificultad probatoria muy grande: la que se suele llamar *probatio diabólica*. Con este caso, la Comisión Interamericana recordó a la Corte IDH su rol de medio para realizar la justicia. Eso significa que tal justicia no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin perjuicio de la seguridad jurídica y del equilibrio procesal de las partes. Según el Juez Interamericano, recurrir a la *probatio diabólica*, equivaldría a incurrir en el equivoco de gravar la parte más débil una carga excesivamente gravosa. Con esta sentencia, por fin, la Corte establece la admisibilidad de este *onus probandi* en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

afirma que el derecho a la reivindicación de las tierras de propiedad ancestral reclamadas por los pueblos indígenas no se extingue mientras estas mantengan su relación, material o espiritual con dichas tierras¹⁷⁵: “mientras que esta relación exista, el derecho de reivindicación permanecerá vigente”¹⁷⁶.

Por lo tanto, se puede llegar a la conclusión que, según la Corte, el mero reconocimiento del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas en los distintos ordenamientos estatales de la región no es suficiente para garantizar la automática y compleja efectividad de este derecho. La atención y la decisión empleada en realizar una plena titulación, delimitación y registración de las tierras, ha significado una determinación de directrices que los Estados están llamados a respetar. Empezando por el reconocimiento de igual efectos al derecho colectivo¹⁷⁷, aún cuando la comunidad no tiene un título formal¹⁷⁸ o cuando la tierra no esté en posesión del Estado, sino de terceros¹⁷⁹, para llegar a confrontar una esfera privada y una esfera colectiva de la propiedad¹⁸⁰.

2.3 Saramaka vs. Surinam

El *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*¹⁸¹, describe y amplía los logros que desde el año 2001 están bajo una evolución jurisprudencial nueva, admirada y reconocida por todo el mundo. La Corte es llamada a decidir un caso de propiedad colectiva, estrechamente conectados a algunos temas importantes: si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho a la propiedad comunal, también de los integrantes de los pueblos tribales y si el Estado puede otorgar concesiones para la explotación de los recursos naturales en el territorio Saramaka.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Corte considera 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. Reconoce algunas similitudes entre Saramaka y pueblos indígenas, como la fuerte relación con el territorio ancestral que usan y ocupan tradicionalmente.

¹⁷⁵ AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Derecho en Democracia, Santiago de Chile, p.548.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006, p.73.

¹⁷⁷ Cfr. Corte interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad (Mayagna Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 agosto de 2001.

¹⁷⁸ Cfr. Corte interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia del 15 de junio de 2005.

¹⁷⁹ Cfr. Corte interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia del 29 de marzo de 2006.

¹⁸⁰ Cfr. Corte interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005.

¹⁸¹ El pueblo Saramaka es una comunidad tribal que vive en la parte norte del río Surinam y en el caso Serie C No. 172 (2007) solicita el reconocimiento del derecho al uso y goce del territorio tradicionalmente ocupado, el cual estaba por una parte en concesión a terceras partes privadas al fin de realizar actividades de explotación minera.

79. En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam (*infra* párr. 80). Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región 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.

Consecuentemente, se procede a analizar si los integrantes de los pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos y en qué medida¹⁸². Esta vez la Corte interpreta el artículo 21 de la Convención Americana, a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁸³, los cuales no pueden ser restringidos por la Convención.

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que "no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría".

Con esta argumentación la Corte llega a reconocer la protección por el derecho internacional de los derechos humanos, al pueblo Saramaka¹⁸⁴ y consecuentemente le reconoce la tutela ofrecida por el artículo 21 de la

¹⁸² STAVENHAGEN R., La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos indígenas, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010 p.77.

¹⁸³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 1: "1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas". Artículo 27: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

¹⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 97: <<Toda vez que se declaró que la Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal>>.

Convención, según la interpretación desarrollada por la Corte en estos años¹⁸⁵. La atención después se mueve y se centra la situación en Surinam, donde no se reconocen legalmente los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de sus tierras, recursos y territorios comunales¹⁸⁶.

Sin embargo, el objeto de discusión, y el tema más interesante del presente caso, era la situación de las concesiones que existían en el territorio objeto de reivindicación. Surinam y los miembros del pueblo Saramaka reclamaban un derecho sobre los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos bajo la superficie. Según el pueblo tribal, el derecho ex art. 21 del Convención sería limitado si no se reconociera una extensión del mismo bajo el suelo, mientras Surinam considera todos los recursos subterráneos de pertenencia del estado, que puede disponer del mismo derechamente o a través de concesiones a terceros, sin negar una utilización y una ocupación tradicional del pueblo Saramaka. La Corte encuentra la ocasión para distinguir de forma clara el derecho a la propiedad *per se* y un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión.

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados¹⁸⁷.

La conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas o tribales es lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención. Por lo cual los recursos naturales que se encuentran en los territorios, protegidos bajo este

¹⁸⁵ Cfr. Caso comunidad Moyana (Sumo) *Awas Tingni vs Nicaragua*, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Comunidad Yakie Axa vs. Paraguay*, *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.

¹⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs Surinam*. En vano han sido las razones que el Estado presentó para justificar esta falta. Una de estas, muy interesante, fue sugerir que un 'trato especial' a los grupos indígenas y tribales podría plantear cuestiones de soberanía de Estado y discriminación respecto del resto de la población. A esta inquietud la Corte contesta, reafirmando el deber del Estado de cumplir con las obligaciones internacionales: reconocer el derecho a la propiedad colectiva del pueblo Saramaka y hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención. Además, aprovecha la ocasión para recordar que en el derecho internacional el trato desigual a personas en condiciones desiguales no constituye discriminación no permitida.

¹⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs Surinam*, párr. 121.

artículo, son aquellos recursos que permiten a estos integrantes desarrollar su vida según su propia cultura. De todos modos, solo un pleno reconocimiento del derecho de propiedad permite a los pueblos poder gozar y utilizar plenamente de sus bienes, sin intervenciones, directas o indirectas, por parte del estado.

Sin embargo, la Corte reconoce que no puede interpretar el artículo 21 de manera que se impida al Estado la posibilidad de emitir cualquier tipo de concesión sobre los recursos naturales dentro del territorio Saramaka, pero es cierto que existen algunas actividades de extracción que podrían afectar recursos como el agua, que los Saramakas utilizan para la pesca u otros recursos de subsistencia. Por cierto, el artículo 21 de la Convención Americana, establece algunas limitaciones a el uso y goce de los bienes y como ha sostenido la Corte en la sentencia *Comunidad indígena Yakye Axa* es necesario asegurar algunos requisitos¹⁸⁸, pero, además, la Corte establece otro “factor crucial”, esto es la necesidad de considerar si la restricción causa una negación a las tradiciones y de las costumbres de un modo que ponga en peligro la subsistencia de este grupo y de sus integrantes¹⁸⁹. Y para lograr este resultado es necesario que el estado cumpla con estas tres garantías:

[..] primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)¹²⁴ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se benefician razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. 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 tribal¹⁹⁰.

La Corte con este fallo establece otra obligación: antes de conceder la explotación minera del área, es necesario que los pueblos y las comunidades indígenas o tribales sean involucrados en la decisión que se tome, así como hay que evaluar a través de un informe de impacto ambiental y los intereses sociales de los proyectos¹⁹¹. Esta participación de los pueblos tiene que realizarse a través de un consentimiento previo, libre e informado, siempre en respecto de

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 144

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs Surinam*, párr. 128.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs Surinam*, párr. 129.

¹⁹¹ POSENATO N, Corte Interamericana e diritti dei popoli indigeni e tribali, Saggi-DPCE online, 2018/1, p. 127.

las tradiciones, los usos y las costumbres de los pueblos¹⁹². En la práctica el procedimiento de balance se basa en garantías concretas y se materializa en dos momentos: el primero, donde se fija en garantizar la participación efectiva del pueblo indígena al proceso en que se toman las decisiones, por medio de consultas que integren los principios de buena fe, en respeto de las tradiciones culturales de la comunidad y con el fin de lograr un acuerdo común; secundariamente, tiene que ser garantizada a la comunidad la participación de los beneficios económicos que deriven de la explotación de aquellos recursos¹⁹³.

El *derecho a la consulta*¹⁹⁴, establecido por esta sentencia, no estuvo exento de críticas. Una parte de la doctrina consideró esta sentencia como un paso atrás respecto a lo que está establecido por el artículo 23 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos¹⁹⁵ de los Pueblos Indígenas, el cual no hace distinción de proyectos y prevé una participación general de los pueblos a cualquier decisión que afecte a sus tierras o recursos naturales¹⁹⁶. Otra parte de la doctrina considera esta decisión a la luz de la aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y reconoce un derecho de veto a las comunidades indígenas sobre estos proyectos¹⁹⁷.

¹⁹² RUSSO A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017

¹⁹³ POSENATO N, Corte Interamericana e diritti dei popoli indigeni e tribali, Saggi-DPCE online, 2018/1, p. 128.

¹⁹⁴ También este derecho a la consulta tiene sus raíces en el elemento cultural, como se puede ver de los parámetros que la Corte quiere que los Estados respeten en la realización de esta participación.

¹⁹⁵ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos Artículo 23: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”.

¹⁹⁶ POSENATO N, Corte Interamericana e diritti dei popoli indigeni e tribali, Saggi-DPCE online, 2018/1, nota n. 95.

¹⁹⁷ Esta interpretación ha llevado Colombia a hacer una declaración de no obligatoriedad de esta disposición, como se puede leer en la nota de pie de página de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, AG/RES.2888 (XLVI-O/16): *Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad”*. Asimismo, el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido que la consulta previa, no implica un derecho a vetar decisiones estatales, sino que es un mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a expresarse y a influenciar en el proceso de toma de decisiones. [...]Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia.

Con esta sentencia la Corte IDH empieza una nueva corriente de sentencias¹⁹⁸ que tienen como objeto las problemáticas conectadas a la extracción y explotación de los recursos naturales en las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas. Dicha corte, con sus evaluaciones creativas ha construido un *corpus iuris* amplio que pone su raíz en la extensión interpretativa del artículo 21 de la CADH y que se pueda ajustar a toda situación, demandas o reivindicaciones que salen del esquema más tradicional y eurocéntrico del derecho de propiedad¹⁹⁹.

3. EL FORMANTE CULTURAL COMO LA LLAVE PARA LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 21 CADH.

3.1 La interpretación cultural y el reconocimiento del Derecho a la tierra.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos es, sin lugar a duda, la respuesta en el plano jurídico de un fenómeno social. Esto es una situación vasta y articulada que necesita atención, sobre todo cuando se tiene que distinguir entre identidad cultural individual o grupal. El reconocimiento de la diversidad cultural, la negación de prácticas asimilacionistas han hecho fértil el suelo para la teorización de una visión cultural abierta a la diversidad, creando un cambio a nivel normativo de un paradigma de negación-exclusión a uno de reconocimiento e inclusión²⁰⁰. Como consecuencia de este cambio, que se puede reconocer en las sentencias recién analizadas, los derechos de los pueblos indígenas se convierten en el derecho de los pueblos indígenas, que es un derecho objetivo, distinto y diferente de lo que produce el Estado²⁰¹. En el caso concreto, sobre el cual se desarrolla este análisis, se reconoce un procedimiento de *judicialización* sin precedentes: el cambio social se traslada en el mundo jurídico, que contesta con los instrumentos jurisdiccionales²⁰². La extensión del artículo 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, tiene como clave de lectura la diversidad cultural. En este sentido, la Corte IDH se convierte en un 'juez antropólogo'²⁰³. De hecho, el juez, introduciendo la dimensión cultural en su argumentación y utilizando un método interpretativo interdisciplinar, pone la antropología en una posición primaria. Si

¹⁹⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012; Comunidad Garífuna triunfo de la cruz y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015 y Caso Comunidad Garífuna de punta piedra y sus miembros vs. Honduras, sentencia de 8 de octubre de 2015.

¹⁹⁹ RUSSO A.M., *Articolo 21-diritto di proprietà*, en Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017

²⁰⁰ TONIATTI R., Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli, en La ciencia del derecho constitucional comparado, vol. III, 2017, p. 1447

²⁰¹ *Ibidem*, p. 1450

²⁰² RUSSO A.M., WENCES SIMON I., *Il diritto alla proprietà comunal indigena*, DPCE, 2017, p. 791-832

²⁰³ Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo*, Franco Angeli, Milano, 2012

bien el derecho a la identidad cultural no está expresamente consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, un primer intento de construcción se puede ver en el voto parcialmente disidente del juez Abreu Burelli en el caso de la *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, el juez, si bien reconoce la falta de este derecho en la Convención, afirma su protección a través una interpretación evolutiva de algunos artículos consagrados en la misma²⁰⁴. En particular, esta protección se puede ubicar en el artículo 5 de la CADH “El derecho a la integridad personal”, que incluye la integridad física, psíquica y moral. Por la integridad física, no se interponen muchas problemáticas, por lo que se refiere a la integridad psíquica y moral es importante referirse a la sentencia *caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, de hecho, según las costumbres de la Comunidad, si uno de los miembros es ofendido, sus familiares están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si el ofendido ha muerto, se cree que su espíritu no podrá descansar hasta que se haga justicia²⁰⁵. En el caso concreto, esta comunidad no ha podido honrar a sus difuntos y esa es una transgresión moral profunda, que transgrede a sus ancestros y provoca enfermedades de origen espiritual. Razonando sobre estos hechos, la Corte IDH declara violado el derecho a la integridad personal de los miembros de la Comunidad.

En relación con la identidad cultural, el derecho indígena que se verifica desde la jurisprudencia de la Corte IDH, reconoce un concepto particular de cultura, que busca su esencia en la tierra y en los recursos naturales. La idea de cultura ‘indígena’ es distinta e independiente de la de los no-indígena. Esta se basa en sus conocimientos y tradiciones, vinculados a un territorio específico²⁰⁶. Por esa razón, el reconocimiento y la “*protección de la propiedad cultural, está vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación*”²⁰⁷. Esta particular relación entre cultura y derecho a la tierra estaba clara ya ante las Naciones Unidas en 1994, cuando el Comité de Derechos Humanos en un comentario general sobre el artículo 27 del Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos (PIDCP) afirma que “*la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas*”²⁰⁸. En ese enfoque que vincula derechos culturales de los pueblos indígenas y derechos sobre la tierra se encuentra la esencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual desde su primer fallo ha desarrollado una interpretación más amplia en derechos sobre la tierra, integrándolos en el marco del derecho a la propiedad y el derecho a la vida. A

²⁰⁴ RUIZ CHIRIBOGA O., El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano, Sur, Revista internacional de derechos humanos, enero 2006, V edición.

²⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia del 8 de febrero de 2006, párr. 95.

²⁰⁶ Comisión de Derechos Humanos, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, subcomisión de prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 2000.

²⁰⁷ Ibidem

²⁰⁸ Human Rights Committee (HRC). General Comment No. 23: the rights of minorities (Art. 27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, disponible en: <https://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

menudo, tal jurisprudencia considera el derecho a la integridad cultural, como un paquete de derechos más amplio, que incluye derechos a la propiedad, derechos culturales y sociales. Es ésta la portada innovadora de la Corte: un reconocimiento más avanzado del derecho a la tierra, tan avanzado que ha encontrado eco en las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰⁹ y una evolución en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007. Esta última, en particular, dedica muchos esfuerzos a este tema, como en su artículo 25²¹⁰, donde se protege y tutela esa especial relación. Con ese último paso realizado por las Naciones Unidas, se consagra una particular atención para los pueblos indígenas, de hecho, aunque la Declaración no es un tratado, representa y manifiesta las directrices del derecho internacional contemporáneo, que ha aprendido la importancia y la necesidad de un reconocimiento de la diversidad cultural, de la cual estos pueblos son portadores²¹¹.

La atención central que ocupa la protección de las tierras indígenas en el derecho internacional tiene a fundamento dos razones²¹²: primero, porque los pueblos indígenas necesitan un espacio físico en el cual desenvolverse, tomar decisiones y donde encontrar recursos suficientes para la sobrevivencia y el desarrollo. En segundo lugar, los pueblos indígenas están unidos a sus territorios por un vínculo existencial que condiciona el normal desarrollo de su vida. Este vínculo que unen los miembros con sus tierras, territorios y recursos tiene diferentes dimensiones y tiene un aspecto intergeneracional que resulta “fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas”²¹³. En este contexto la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue en sincronía con un derecho internacional más sensible al tema.

Las declaraciones realizadas por los testigos en las sentencias sobre analizadas, como ya se ha afirmado, representan un importante instrumento para la realización de estos avances de la Corte IDH. En efecto, los miembros de las comunidades, los antropólogos o los expertos culturales oídos en las audiencias permiten el ingreso entre las pruebas de informaciones y circunstancias fundamentales para entender los hechos y para realizar una concreta protección

²⁰⁹ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010, disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ACHPR,4b8275a12.html> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

²¹⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 25: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

²¹¹ GILBERT J., Derecho a la tierra como derecho humano. Argumentos a favor de un Derecho Específico a la Tierra, SUR Revista internacional de derechos humanos, XVIII ed., Junio 2013.

²¹² AYLWYN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Derecho en democracia, Observatorio ciudadano, Santiago de Chile, 2013.

²¹³ Comisión de Derechos Humanos, Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, S.ra Erica-Irene A. Daes, E/CN.4/Sub.2/2001/21 11 de junio de 2001, párr. 20.

sobre los derechos reivindicados. Además de describir los hechos ocurridos, un elemento nuevo y fundamental que se destaca en estas declaraciones, y sobre el cual es relevante poner atención, es la cantidad de informaciones que la Corte recibe sobre la manera de vivir de los pueblos indígenas. Las poblaciones indígenas no requieren un simple reconocimiento de un derecho, sino necesitan una comprensión en su esencia, sobre todo a la luz del significado que el derecho sobre la tierra representa para estas comunidades. La visión nueva del juez de San José, entonces, está en la evaluación innovadora del derecho de propiedad, en la disposición a dejar de lado la visión típicamente asimilacionista de las políticas estatales, que se ha revelado un fracaso, para recoger la nueva ola de sensibilización sobre los derechos indígenas. Para realizar esta finalidad, los peritos expertos y los miembros de las poblaciones están utilizados para ingresar en el proceso todas las informaciones útiles y necesaria para el trabajo del juez. Los sujetos que la Corte llama a testimoniar son sujetos expertos sobre la cultura indígena, como líderes de las comunidades, responsables del territorio indígena, antropólogos o sociólogos. Cada uno de ellos lleva al proceso informaciones claras, simples, sobre diferentes aspectos de la vida de la comunidad y cada uno pone atención sobre los aspectos relevantes para una interpretación cultural del derecho de propiedad: la afirmación de una identidad cultural, de una realidad social y de una forma de vida diferente. Los peritos expertos, entonces, son estudiosos de las comunidades indígenas, que visitan los lugares donde los pueblos viven para estudiar la manera en que desarrollan su vida, elaboran mapas del territorio, hablan con los miembros, intentan entender las culturas y las tradiciones de los pueblos. El trabajo de los especialistas se presenta como un informe científico sobre un pueblo, donde no se puede pasar por alto las creencias, las tradiciones y las costumbres del pueblo. Todos los informes que tienen como objeto estos aspectos de la vida de la comunidad quieren poner la atención sobre un aspecto central: la cosmovisión indígena y la consiguiente relación vital que los miembros mantienen con la tierra. En el enfoque de las declaraciones, por lo tanto, se destaca el valor que tiene el trabajo del perito antropólogo: llevar a la Corte toda información sobre la cosmovisión, sobre la tradición indígena, el vínculo espiritual con la tierra y la identidad cultural de estos pueblos. Sin los peritajes, el juez Interamericano no lograría el resultado que obtuvo, porque son los peritos que explican a la Corte qué significa el concepto de tierra para los indígenas, cuál es la importancia del vínculo con el territorio y cuanto es relevante la comprensión y el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, para el desarrollo de nuevos conceptos y nuevas normas que enriquece y exalte las diferencias sociales y culturales, de las cuales los pueblos indígenas son portadores. Los peritajes, entonces, fueron esencial para el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, los antropólogos y los miembros oídos representan los instrumentos más eficaces en los trabajos de la Corte.

De hecho, las sentencias, que se han analizado anteriormente, muestran, como elemento innovador de la interpretación de la Corte, la afirmación y el reconocimiento de esa relación, esa particular conexión que los miembros de las comunidades tienen con sus tierras. El juez interamericano, inmerso en una realidad de pluralismo jurídico, reconoce un concepto plural de propiedad,

porque como establece él mismo, desconocerlo “*equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo a que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas*”²¹⁴. Consecuentemente a ese reconocimiento pluralista del derecho a la propiedad, se establece como fuente principal de la posesión indígena la propiedad tradicional u otra forma de ocupación o utilización²¹⁵, entonces se reconoce el derecho consuetudinario y la costumbre indígena como causa suficiente para que “las comunidades indígenas que carezcan de título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”²¹⁶. En caso de falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de las tierras de los indígenas es necesario consultar a los pueblos interesados, a peritos expertos, conformemente a los estándares internacionales. El merito de la Corte, entonces, es de afirmar el derecho de propiedad privada consagrado en la Convención Americana, sin subordinarlo a otra norma secundaria, como una registración o una titulación y sin pedir que el sujeto sea una persona física o moral, como requiere la legislación estatal. La simple, natural y estrecha relación entre la tierra, la identidad y la cultura de los pueblos indígenas permite consagrar este derecho a la propiedad como un derecho humano fundamental para la supervivencia misma de estos pueblos. La Corte, en su trabajo hermenéutico, utiliza principios jurídicos, sociológicos y antropológicos que subyacen la dinámica social y cultural de estas comunidades y establece obligaciones específicas para los Estados²¹⁷.

A través de esa visión del derecho a la propiedad, la Corte IDH ha incorporado la cosmovisión en el *corpus iuris* internacional. De hecho, esta filosofía de vida que los miembros indígenas integran en su manera de vivir permite ampliar la protección de estos pueblos. No sólo a la luz del derecho a la propiedad, sino también a “otros derechos básicos”, como el derecho a la identidad cultural, la supervivencia de las comunidades indígenas y de sus miembros. Para explicar este fenómeno es necesario ponerse en una óptica diferente con respecto a la tradición occidental; los indígenas creen que “*el concepto de ser no acaba en la carne, sino que continúa en la tierra hasta donde llegan los sentidos*”²¹⁸. Esta relación se ha reconocido en diferentes textos internacionales, por ejemplo, en las Naciones Unidas, diferentes relatores han tentado explicar esta particular conexión, una “*relación especial profundamente espiritual*”, “*algo básico en su existencia como tal y en todas sus creencias, costumbres, tradicionales y cultura*”. La tierra no es un objeto distinto y diferente

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 120.

²¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 128 <<La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado>>.

²¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 151.

²¹⁷ STAVENHAGEN R, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos indígenas, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010, p. 95

²¹⁸ HENDERSON J., *Mikmaw tenure in Atlantic Canada*, Dalhousie Law Journal, vol.18, No.2, 1995, pag. 196

de la persona, sino un elemento integrante en el desarrollo espiritual con la Madre Tierra, la cual no es apropiable, sino un elemento libre de lo cual cada uno puede gozar²¹⁹. Para los indígenas todo el continente es un ser vivo, la tierra está viva. De esta afirmación derivan compromisos para el hombre, que se pone al servicio del mundo. Esta conexión muy particular refleja un particular deber de los miembros con la tierra: ayudar en su conservación, en su vida. Los miembros de las comunidades consideran su destino ligado a los astros, no en una cuestión de fatalidad como la entendemos en Occidente, sino por un compromiso de acciones. En la cultura euro céntrica estamos acostumbrado a ver como grandeza la trascendencia individual, mientras los indígenas consideran la conservación del mundo como condición para la continuidad de su pueblo. Esta relación con la naturaleza no es simplemente reconocer estrellas, huellas o señales atmosféricas, sino es algo global, que envuelve cada momento de la vida cotidiana. Esta visión del mundo es intrínseca en la cultura indígena, también muchas expresiones en su lengua revelan la vitalidad que ellos se comprometen a conservar. Nada está desligado en la naturaleza, todo está unido²²⁰. Todo eso, se explica en una forma de concebir la vida, llamada mesoamericana, donde todos los objetos naturales y los productos culturales se ordenan en diversos planes y niveles del universo: la tierra que se considera habitada por los humanos, su hábitat natural inmediato, y por seres sobrenaturales; el mundo subterráneo, el nivel de la abundancia y donde se encuentra el señor de los animales salvajes que rige todo la vida en ese nivel; al final el acuático, donde se encuentra el mar o el agua, animales marinos y encantos del agua. Según esa concepción del mundo, a la madre tierra se le pide perdón en un lenguaje reverencial, por haberla lesionada, maculada u ofendida²²¹.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende e incluye esa visión indígena en sus razonamientos, estableciendo una de las líneas más pionera del derecho internacional. De esta argumentación se puede derivar una implicación directa, es decir, que la ley que justifica el derecho a la propiedad con una visión patrimonial e individual, típica del derecho romano, cede el paso a un concepto cultural que la Corte somete, con toda razón a un severo escrutinio. La capacidad de la Corte y de la Comisión de interpretar los instrumentos jurídicos, el contexto presente y las transformaciones constitucionales y legislativa en materia de derechos de los pueblos indígenas, compensa la falta de atención que se dio a ese tema en el momento de elaborar

²¹⁹ MARTÍNEZ COBO J.R., *Estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Relator especial, volumen V, Publicaciones de las Naciones Unidas, No. de Venta: S.86.XIV.3

²²⁰ MONTEMAYOR C., *La cosmovisión de los pueblos indígenas actuales*, in Desacatos, No. 5, 2000, p.95-106.

²²¹ MONTERO VARGAS G, *La Cosmovisión de los pueblos indígenas*, en FLORESCANO E. (coordinador), *Atlas del Patrimonio Natural, Histórico y Cultural del Estado de Veracruz*, tomo III, Patrimonio Cultural, Comisión para la Conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional y del Centenario de la Revolución Mexicana, Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 2010.

la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos²²².

3.2 El derecho a una vida digna, a la luz del derecho a la tierra

Además, el acceso a las tierras ancestrales y a sus recursos naturales es reconocido como el elemento fundamental para garantizar una *vida digna* de los indígenas, no sólo por lo que se refiere a la preservación y supervivencia económica de estos pueblos, sino también para la vida espiritual, para la conservación y transmisión de la cultura a las generaciones futuras²²³. El derecho a la vida está tutelado por el artículo 4 de la Convención Americana²²⁴, que, en relación con el artículo 1.1 de la misma²²⁵, establece un doble deber a cargo del Estado²²⁶. Una obligación negativa, es decir que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida, pero también una obligación positiva, que impone a los Estados de introducir toda medidas necesarias para proteger y preservar este derecho. Recurriendo a esta interpretación, la Corte Interamericana atribuye al Estado una función de garante, por la cual debe asegurar las condiciones de vida favorables al desarrollo pleno de los sujetos, lo que implica la garantía de otros derechos fundamentales²²⁷. Por ejemplo, en el caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam* y *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, y *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*, ha condenado los Estados por violación del derecho a la vida. En particular, la Corte ha establecido una correlación directa entre el derecho a la vida digna de los miembros de la Comunidad y el acceso a las tierras ancestrales, porque los miembros estaban privados de la posibilidad de acceder a sus recursos de supervivencia naturales o a fuentes de medicina andina para la prevención y cura de las enfermedades, encontrándose en una posición de extrema vulnerabilidad. De todos modos, con estas primeras sentencias la Corte no llega a demostrar la violación del derecho

²²² STAVENHAGEN R, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos indígenas, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010, p. 96.

²²³ POSENATO N, Corte Interamericana e diritti dei popoli indigeni e tribali, Saggi-DPCE online, 2018/1, p. 114.

²²⁴ Artículo 4. Derecho a la Vida “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente [...]”.

²²⁵ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

²²⁶ Como establece el Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado con respecto al Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay: “En este marco se instala un sólo derecho con doble dimensión, como los rostros de la cabeza de Jano: de una parte, la versión del derecho a la vida como figura de primera generación; de la otra, la versión de ese derecho como exigencia de condiciones que confieran practicabilidad y plenitud a la existencia, esto es, una figura entre las consideradas -- con una expresión narrativa que ha hecho fortuna-- de segunda generación”.

²²⁷ A. SCHETTINI, Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de derechos humanos, in Sur, Revista internacional de derechos humanos, ed. XVII, 2012.

a la vida en perjuicio de miembros de la comunidad que fallecieron por que no pudieron acceder a sus tierras²²⁸. La lamentada falta del “nexo causal”, puede ser resuelta, reprochando la falta de debida diligencia por parte del Estado en cuanto a las condiciones de vida de los miembros. Los jueces, que se opusieron a estas decisiones, afirmaron la centralidad de la relación entre la identidad cultural y la tierra ancestral y definieron la identidad cultural como un componente o un agregado del derecho a la vida *lato sensu*. Entonces establecieron que, afectando a la identidad cultural, se afecta inevitablemente el propio derecho a la vida de los miembros de la comunidad²²⁹. Empezando este camino, la Corte en el tiempo ha acercado el concepto de *vida digna*, establecido en la Convención Americana, y la idea indígena del *buen vivir*²³⁰. Esta concepción se construye como estrictamente relacionada a los derechos económicos, sociales y culturales²³¹. Otra vez se manifiesta la tendencia a considerar la identidad cultural en la interpretación de los derechos. Este enfoque determina una lectura de los derechos convencionales de un punto de vista de respecto por la identidad cultural del sujeto, atribuyendo a esto mayor eficacia y efectividad. La Corte va más allá de sus ideas clásicas e incorpora las nuevas discusiones que están avanzando en el panorama latinoamericano.

Es necesario romper con el paradigma occidental, de negación y excluyente, para comprometerse con la construcción de uno nuevo, inclusivo e intercultural de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina. La Corte ha asumido un papel importante para favorecer este cambio, contribuyendo al desarrollo del concepto de vida digna aplicado a los indígenas, rompiendo con el concepto romano-civilista del derecho a la propiedad y afirmando el derecho a la propiedad comunal. No cabe duda de que la Corte ha generado interpretaciones novedosas y creativas en torno a los derechos humanos y está contribuyendo a la construcción de una nueva etapa

²²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trinidad y M.E. Ventura Robles, párr.6

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ El concepto del *buen vivir*, desarrollado en el diálogo constante con los pueblos indígenas en el debate latinoamericano contemporáneo, no se satisface con la defensa de la dignidad y se diferencia de la concepción de vida digna elaborada por la Corte. Este concepto busca valorizar la vivencia en comunidad, la democracia, el equilibrio con la naturaleza, la identidad indígena, sus costumbres y tradiciones. La identidad de los pueblos indígenas es un elemento aún más importante que la dignidad. Por eso es necesario que el concepto de vida digna esté abierto a un dialogo intercultural. Esta idea aparece expresamente en las constituciones de Ecuador y Bolivia, donde se subraya la importancia y el vínculo con los saberes y las tradiciones indígenas.

²³¹ Como ya afirmaba la doctrina: “Afirmar el derecho a la vida digna sin un diálogo intercultural, o sea, sin la inclusión de los propios indígenas en el debate sobre cuáles son las condiciones esenciales de vida de estos pueblos, termina reduciendo la concepción de vida digna al “bienestar” occidental. (...)En este sentido, la Corte puede y debe ir más allá de su concepción actual de vida digna, incorporando las nuevas discusiones que van surgiendo en el contexto latinoamericano. Este es un debate que está más avanzado en algunos países de la región y que gana cada vez más fuerza en América Latina a través del desarrollo de la idea del “buen vivir” de los pueblos indígenas, impulsado por la necesidad de buscar nuevas alternativas al actual modelo económico y social, claramente en crisis». A. SCHETTINI, Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de derechos humanos, in *Sur*, Revista internacional de derechos humanos, ed. XVII, 2012.

del derecho social internacional. De este punto de partida, el deseo es que se siga reconociendo e implementando esa doctrina a nivel nacional, al fin de consolidar un derecho internacional consuetudinario, y por consiguiente considerar jurídicamente vinculante, también la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas²³².

Aún frente a los avances significativos de la Corte Interamericana, hay parte de doctrina que revisa algunas críticas²³³. Por ejemplo, se reprocha a la Corte el no haber afrontado la contradicción existente entre prácticas culturales específicas de los miembros indígenas y los derechos humanos universales. Algunos autores piensan que el concepto del *buen vivir* indígena, establecido en algunas constituciones latinoamericana, no ha inciso en manera significativa en el balance de los derechos en la jurisprudencia internacional, por ejemplo, se lamenta la no aplicabilidad de este derecho en relación con los derechos al desarrollo. Por otra parte, se espera en una intervención de la Corte en los grandes temas, como el derecho ambiental o las inversiones internacionales, que ven como protagonistas Estados que hasta el momento no han sido partes de este cambio. Lo más deseable es que la Corte promueva un dialogo intercultural y efectivo con las comunidades sobre su concepción de vida y bien estar, así que no se restrinja el concepto de *vida digna*, de cultura, de propiedad a una, simple y no suficiente, visión occidental.

²³² STAVENHAGEN R, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de derechos indígenas, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010, p. 98.

²³³ Entre otros, A. SCHETTINI, Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la corte Interamericana de derechos humanos, in Sur, Revista internacional de derechos humanos, ed. XVII, 2012 y POSENATO N, corte Interamericana e diritti dei popoli indigeni e tribali, Saggi-DPCE online, 2018/1.

CAPÍTULO III- EL PLURALISMO JURÍDICO EN OTROS ORDENAMIENTOS: PERSPECTIVAS, PROPUESTAS Y DIÁLOGOS ENTRE LAS CORTES INTERNACIONALES.

1. LA APLICACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO POR PARTE DE LA CORTE AFRICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.

1.1 El Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos

El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos es relativamente reciente. El 27 de junio de 1981 la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la, entonces, Organización de la Unidad Africana²³⁴ adoptó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (o Carta Africana) en Nairobi, Kenia. Pasaron casi treinta y tres años desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, antes que los Estados africanos hicieran suyo un instrumento de derechos humanos. Desde el logro en el siglo XX de la independencia, abanderados por el derecho a la autodeterminación, los Estados africanos se incorporaron en la Organización de las Naciones Unidas y adhirieron a los primeros tratados internacionales de derechos humanos. Sin lugar a duda, estos Estados aceptaron crear un propio sistema de protección de los derechos humanos, por la presión ejercida por las Naciones Unidas²³⁵. El documento que crearon es un instrumento particular porque se refiere a la tradición y a los valores de civilización africana como parámetros para conceptualizar los derechos humanos y de los pueblos. Se denota, entonces, un cierto relativismo cultural en la Carta Africana²³⁶. Desde su Preámbulo, la Carta Africana reconoce la universalidad de los derechos humanos y afirma y preserva los baluartes culturales africanos que pueden ser sacrificados frente a la civilización occidental²³⁷. La Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos es el primer intento significativo en África para consagrar los derechos por parte de los Estados africanos. Lo que resulta es una carta muy innovadora que se separa de los instrumentos tradicionales de derechos humanos. De hecho, en la Carta africana, en un mismo plano, encontramos los derechos clásicos, esto es, los individuales o liberales, y los derechos colectivos. Entonces, se contemplan no sólo derechos de la primera y segunda generaciones, sino además derechos de

²³⁴ Después la Acta Constitutiva del 11 de julio de 2000, en vigor desde el 26 de mayo de 2001, la Unión Africana tuvo el lugar de la Organización de la Unidad Africana.

²³⁵ Center for Human Rights, Faculty of Law, *A guide to the African Human Rights system*, Pretoria University Law Press (PULP), 2016.

²³⁶ Como afirma el párrafo V del Preámbulo: Tomando en consideración las virtudes de su tradición histórica y los valores de la civilización africana que deberían inspirar y caracterizar su reflejo en el concepto de derechos humanos y de los pueblos.

²³⁷ Párrafo VII, Preámbulo: “Convencidos de que en lo sucesivo es esencial prestar especial atención al derecho al desarrollo y de que los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales en su concepción y en su universalidad, y de que la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”.

tercera generación o de los pueblos²³⁸. Se refleja en manera clara, la idea que los derechos individuales no son la única piedra angular, entonces se quiere integrar a la herencia común de los derechos humanos, otros derechos de naturaleza distinta, como tradiciones africanas y estos avances se encuentran juntos en una misma Carta.

La Carta africana se encuentra muy influenciada por sus instrumentos regionales predecesores, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (Convención Europea) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Convención Americana), sin pasar por alto los aspectos más ambiciosos de la Carta Africana. Comparando los tres instrumentos regionales, se ve que los derechos civiles y políticos son casi los mismos, sin embargo, una divergencia se nota por lo que se refiere a los derechos económicos, sociales, culturales y de los pueblos, que aún si las tres cartas los garantizan, en el caso de la Carta Africana, estos derechos se encuentran en un mismo documento y no en diferentes instrumentos²³⁹. Se pueden, entonces, demarcar dos particularidades en la Carta Africana: la inclusión en un solo instrumento de derechos tanto individuales como colectivos, esto es, una señal de que la violación a cualquier tipo de derecho, incluso si son colectivos, conlleva necesariamente consecuencias jurídicas que obligan a su reparación: no existen derechos que no puedan hacerse efectivo o que no estén garantizados. Otra particularidad consiste en el cómo se logra la garantía efectiva de estos derechos. La Comisión Africana ha afirmado que los Estados tienen obligaciones de garantía inmediata respecto a este tipo de derechos.

Otro aspecto importante de la Carta Africana consiste en la introducción de la noción de “pueblos” en un instrumento internacional plenamente obligatorio. Se quiere reconocer un lazo entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos, como una simbiosis entre el individuo, la comunidad y la sociedad. A pesar de no poder encontrar un concepto único de “pueblo”, la doctrina piensa que esta fue una decisión consciente para dejar este término suficientemente amplio para que pudiera ser interpretado de acuerdo a su función, ya que puede aludir a diferentes conceptos²⁴⁰. Tampoco la Comisión Africana ha propuesto

²³⁸ SAAVEDRA ÁLVAREZ Y., *El sistema africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, pp. 671-712.

²³⁹ Bajo la competencia del Consejo de Europa, los derechos civiles y políticos se encuentran protegidos por la Convención Europea, mientras que la Carta Social Europea garantiza derechos sociales. En el Sistema Interamericano, los derechos civiles y políticos se encuentran reconocidos en la Convención Americana, este tratado en el artículo 26 hace una referencia indirecta a los derechos económicos, sociales y culturales, que se encuentran garantizados por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”. En el ámbito de las Naciones Unidas, los derechos civiles y políticos se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

²⁴⁰ Se puede referir a la población de un Estado, “pueblo de Sudáfrica” *cfr*, Third Activity Report of the African Commission on Human and People’s Rights 1989-1990, párrafo 14, o al Estado en si mismo, “pueblo de Ruanda”, *cfr* “Press Release”, Seventh Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples’ Rights 1993-1994, anexo XIII, párrafo 3 y ultimo, o aún puede referirse a una minoría o grupo étnico como algo de distinto del Estado, *Cfr* Resolution on

determinar exactamente este término y ella también reconoce una discusión en la definición de “pueblos”²⁴¹.

1.2 Los actores del Sistema Africano: la Comisión Africana de derechos humanos y de los pueblos y la Corte Africana de derechos humanos y de los pueblos.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es el principal órgano de promoción y protección de los derechos humanos en el continente africano y es el único órgano contemplado por la Carta Africana para llevar a cabo esas funciones²⁴². El artículo 45 de la Carta Africana otorga un mandato muy amplio a la Comisión y se pueden distinguir cuatro funciones principales: de promoción, de protección, de interpretación y “otras” que le encomiende la Asamblea General. En sus actividades, se pueden destacar algunos desafíos que la Comisión logró exitosamente. Por ejemplo, la Comisión en estos años interpretó no sólo el contenido de derechos civiles y políticos, sino también derechos contenidos en la Carta Africana que pueden parecer más inusuales en el panorama internacional, como el derecho a la protección de la lengua, el derecho a una paz y una seguridad nacional e internacional, el derecho al desarrollo o a la existencia y autodeterminación. A través de la doctrina de los derechos implícitos, incluyó el derecho a la vivienda en el derecho a la propiedad y la protección de la familia²⁴³. El aporte de la Comisión fue muy útil también para los enormes logros que tuvieron los derechos de las mujeres en África y para las relaciones que se crearon con Organizaciones no gubernamentales y con Instituciones nacionales de derechos humanos. Y finalmente, la Comisión fue en primera línea para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas en África, pronunciándose notablemente²⁴⁴ sobre los derechos de los pueblos indígenas. Ejemplo fue el caso *Endorois* y estableciendo un grupo de trabajo sobre las poblaciones y las comunidades indígenas de África. El informe del grupo de trabajo ha sido aprobado por la Comisión²⁴⁵.

Zaire, Tenth Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1993-1994, anexo XI, párrafo 2.

²⁴¹ Cfr. Communication 75/92 katangese Peoples' Congress v. Zaire, párrafo 3: <<There may however be controversy as to the definition of peoples and the content of the right>>.

²⁴² La Corte Africana fue creada mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en 1998 (en vigor en 2004).

²⁴³ Cfr. SERAC v Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001), parrafo 60: << Although the right to housing or shelter is not explicitly provided for under the African Charter, the corollary of the combination of the provisions protecting the right to ... health, the right to property, and the protection accorded to the family forbids wanton destruction of shelter because when housing is destroyed, property, health and family life are adversely affected ... [T]he combined effect of articles 14, 16 and 18 reads into the Charter a right to shelter or housing.>>

²⁴⁴ Cfr. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009) , párrafo 148: << The African Commission is ... aware that indigenous peoples have, due to past and ongoing processes, become marginalised in their own country and they need recognition and protection of their basic human rights and fundamental freedoms.>>

²⁴⁵ Center for Human Rights, Faculty of Law, *A guide to the African Human Rights system*, Pretoria University Law Press (PULP), 2016, p.38.

El otro órgano del Sistema Africano es la Corte de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual fue introducida en un momento posterior respecto a la aprobación de la Carta Africana. De hecho, inicialmente, estaba contemplada sólo la Comisión como órgano promotor y protector de los derechos humanos, pero faltaba un órgano judicial que pudiera influir eficazmente a los Estados. No obstante los éxitos iniciales del trabajo de la Comisión, por mucho tiempo se presionó y se insistió para que se contara además con un órgano similar a la corte Europea e Interamericana con la idea de garantizar una instancia judicial supranacional. Así que en 1998 fue adoptado el *Protocolo para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* que entró en vigor en 2004, incluso se demoraron tres años antes que la Corte funcionara a pleno rendimiento²⁴⁶. En el contexto africano, la Corte desempeña un papel importante para la exigibilidad de los derechos humanos. La Corte en su funcionamiento toma mucho de las Cortes Europeas e Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que hay parte de la doctrina que lamentan un futuro poco exitoso para la Corte, sobre todo en referencia a la posibilidad que los Estados cumplirán las sentencias más que las decisiones de la Comisión, por el solo hecho de tratarse de una instancia judicial²⁴⁷. Sin embargo, el futuro de la Corte está en pleno desarrollo, sobre todo, gracias al proyecto que ve la Corte Africana como un tribunal de dos salas, con la adición de una sala que se ocupará de controversias interestatales generales o en un tribunal de tres salas, con la adición de una sección que se ocupe de la responsabilidad penal individual y de las empresas por delitos internacionales y transnacionales²⁴⁸.

1.3 Los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos

El sistema Africano de Derechos Humanos es el más joven de los sistemas regionales de derechos humanos y desde su nacimiento reconoce en su Carta principal, la naturaleza individual y colectiva de protección, es decir los derechos de las personas y de los pueblos.

En el desarrollo de este sistema, hay que destacar tres casos por lo que se refiere al derecho de los pueblos indígenas: el *Caso Endorois vs. Kenia* y el *Caso Ogoni vs. Nigeria*, de los cuales se ocupó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y, por último, el caso *Caso Ogiek vs. Kenia*, resuelto por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁴⁹.

²⁴⁶ El juramento tuvo lugar el 2 de julio de 2006, en Banjul, Gambia. Ese retraso fue causado principalmente por motivos financieros de la Unión Africana.

²⁴⁷ SAAVEDRA ÁLVAREZ Y., *El sistema africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, pp. 671-712

²⁴⁸ Las informaciones oficiales sobre la Corte están disponibles en: <http://en.african-court.org/index.php/about-us/jurisdiction> [visitado por ultima vez el 13 de noviembre de 2019].

²⁴⁹ QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017.

En cuanto al *Caso Endorois vs. Kenya*²⁵⁰, la Comisión decidió que la acción del Estado de Kenia, que en los Setenta expulsó a cientos de familias *Endorois* de sus tierras tradicionales alrededor del Lago Bogoria, en el Valle del Rift, para crear una reserva de caza para el turismo, había violado la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En 2010, la Comisión declaró la violación en particular en referencia a los derechos a la práctica religiosa, la propiedad, la cultura, la libre disposición de recursos naturales y el desarrollo. Este caso es especialmente importante porque representa el primer reconocimiento legal de los derechos de los pueblos indígenas africanos sobre tierras de propiedad tradicional. La Comisión como primera cuestión tuvo que decidir si la comunidad *Endorois* representa un pueblo indígena en sí mismo o si es una subcomunidad de los *Tugen*. En su razonamiento, la Comisión afirmó la inexistencia de una definición unitaria de “pueblos indígenas”, de hecho, cada comunidad tiene diferencias culturales, históricas o circunstancias que cambian de un pueblo a otro, a según de la relación que se establece con el grupo dominante²⁵¹. Esto pasa también en la definición del concepto de ‘pueblo’, puesto que la Carta Africana y el Grupo de Expertos sobre los pueblos indígenas afirman que la falta de definición en la Carta produce debates sobre este concepto, pero, no hay dudas que se refiere tanto a los derechos individuales, cuanto a los derechos colectivos²⁵². Además se establecieron cinco criterios para entender si una comunidad puede ser reconocida como indígena: la ocupación y el uso de un territorio específico, una continuidad voluntaria de sus tradiciones culturales específicas, una identificación como comunidad diferente de la mayoría y una experiencia de subyugación, marginalización, exclusión y discriminación y, una característica clave de la mayoría de los diferentes grupos es que la supervivencia de su modo de vida particular depende del acceso y los derechos a sus tierras tradicionales y los recursos naturales²⁵³. Entonces, la Comisión llega a demostrar que, si bien existen diferentes tendencias que quieren definir “a los pueblos indígenas”, todas tienen en común el vínculo entre pueblos, tierra y recurso e identidad cultural, diferente a los demás. Para confirmar su tesis, la Comisión hace una referencia directa a la Jurisprudencia de la Corte

²⁵⁰ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010, disponible en: <https://www.refworld.org/cases,ACHPR,4b8275a12.html> [visitado por ultima vez el 13 de noviembre de 2019].

²⁵¹ STAVENHAGEN R., *Los Derechos Humanos y las cuestiones Indígenas*. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión, E/CN.4/2006/78/Add.1 18 de enero de 2006.

²⁵² Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas, publicado conjuntamente por la ACHPR/IWGIA 2005: “Despite its mandate to interpret all provisions of the African Charter as per Article 45(3), the African Commission initially shied away from interpreting the concept of “peoples”. The African Charter itself does not define the concept. Initially the African Commission did not feel at ease in developing rights where there was little concrete international jurisprudence. The ICCPR and the ICESR do not define “peoples” It is evident that the drafters of the African Charter intended to distinguish between the traditional individual rights where the sections preceding Article 17 make reference to “every individual.” Article 18 serves as a break by referring to the family. Articles 19 to 24 make specific reference to “all peoples”.

²⁵³ ACHPR, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya, 276/2003, párr. 149.

Interamericana de los Derechos Humanos, que, con las sentencias del *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam* y *Saramaka vs. Surinam*, ha reconocido los derechos colectivos a grupos que van más allá de la definición “estrecha/ aboriginal/ precolombina” de los derechos de los pueblos indígenas tradicionalmente adoptada en América²⁵⁴. En particular, en el presente caso, la Comisión tuvo como norte el caso del pueblo Saramaka, de hecho, la Comisión Africana considera que la cuestión si miembros de la comunidad pueden hacer valer ciertos derechos comunales en nombre del grupo, es una cuestión que debe ser resuelta por los propios Endorois, de acuerdo con sus propias costumbres y normas tradicionales y no por el Estado. A los *Endorois* no se les puede negar el derecho a la personalidad jurídica sólo porque algunos miembros de la comunidad no se identifican individualmente con las tradiciones y leyes de los Endorois. Entonces, los *Endorois* son una comunidad indígena que comparte una historia común, una cultura y una religión, por lo que podían beneficiarse de los derechos colectivos como pueblo. Además, la Comisión estableció que a menudo la religión de estas comunidades está vinculada con la tierra y la libertad de culto y los actos ceremoniales están en el centro de la libertad de religión, considerando, entonces, esta dimensión central de las prácticas culturales y religiosas que se desarrolla en el lago Bogoria, hogar espiritual de todos los vivos y muertos del pueblo, la Comisión establece una violación del Estado, en el momento que pone limitaciones al acceso al lago²⁵⁵.

Una mirada al Sistema Interamericano fue necesario a la Comisión también con lo referente al derecho a la propiedad, de hecho, las sentencias que llevaron la Corte Interamericana a ser pionera en ese campo fueron tomadas como marco jurídico por la Comisión Africana para establecer las violaciones por parte del Estado de los derechos de religión y de propiedad, reconocidos en los artículos 8 y 14²⁵⁶ de la Carta Africana. La Comisión, en su razonar, extrae algunas conclusiones, que pueden ser superpuestas a las conclusiones a que llega la Corte IDH: la posesión tradicional de tierras por parte de los pueblos indígenas tiene el efecto equivalente al de un título de propiedad completo concedido por el Estado; la posesión tradicional confiere a los pueblos indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial y el registro del título de propiedad; los miembros de los pueblos indígenas que han abandonado involuntariamente sus tierras tradicionales, o han perdido la posesión de las mismas, mantienen los derechos de propiedad sobre las mismas, aunque carezcan de título legal, a menos que las tierras hayan sido transferidas legítimamente y de buena fe a terceras partes; y los miembros de los pueblos indígenas que hayan perdido involuntariamente

²⁵⁴ Cfr Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 2 de marzo de 2006 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 80-84.

²⁵⁵ ACHPR, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya, 276/2003, párr. 168 y ss.

²⁵⁶ Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 8: “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”. Y artículo 14: “Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas”.

la posesión de sus tierras, cuando esas tierras hayan sido transferidas legalmente a terceros inocentes, tienen derecho a su restitución o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Por consiguiente, la posesión no es una condición necesaria para la existencia de los derechos de restitución de tierras indígenas. El presente caso de la Endorois se clasifica en esta última conclusión.

El otro caso que la Comisión tiene que resolver se refiere al pueblo *Ogoni*²⁵⁷, que pide la condena del Estado de Nigeria por la violación de los artículos 16 y 24, respectivamente el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano. El caso se origina por el hecho de que el Estado, a través de la empresa petrolera estatal, había participado como accionista mayoritario de una asociación que producía petróleo, causando degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación en el pueblo *Ogoni*. La comisión reconoció que los derechos supuestamente violados garantizan y reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro, estrechamente ligado a los derechos económicos y sociales en la medida en que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de una persona. Entonces, es necesario un estudio científico independiente ordenado por el Estado, sobre los territorios amenazados, informando a las comunidades expuestas a peligro. Además, tiene que involucrar a estas personas en las decisiones. La Comisión reconoció también la violación del artículo 21²⁵⁸, en la medida en que la comunidad no puso disponer de sus riquezas y recursos naturales libremente²⁵⁹.

Uno de los casos más importante del Sistema Africano de los Derechos Humanos es el *Caso Ogiek vs. Kenia*²⁶⁰, sobre las violaciones a los derechos relacionadas con la comunidad indígena *Ogiek* del Bosque Mau, la cual debía, por orden del gobierno, desalojar dicho bosque en treinta días. En esa sentencia se presentó el mismo problema ya presentado en el caso *Endorois*, esto es, si la comunidad *Ogiek* pudiera ser considerada como indígena. La Corte estableció que no existe una definición universal de “población indígena”, ni en la Carta

²⁵⁷ ACHPR, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, Communications No. 155/96, párr. 1.

²⁵⁸ Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 21: “1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él. 2. En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada. 3. El derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional. 4. Los Estados firmantes de la presente Carta ejercerán, individual y colectivamente, el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales con vistas a reforzar la unidad y la solidaridad africanas. 5. Los Estados firmantes de la presente Carta se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las ventajas derivadas de sus recursos naturales”.

²⁵⁹ QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017.

²⁶⁰ ACoHPR, *African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs Kenya*, Application No. 006/2012. Sentencia del 26 de mayo de 2017.

Africana, ni en otro instrumento internacional de derechos humanos²⁶¹, pero, considerando el razonamiento de la Comisión, afirma que existen algunos criterios²⁶² para identificarla. La Corte constató que la comunidad *Ogiek* respectaba todos los requisitos²⁶³. En relación al derecho de propiedad, reconocido en la Carta Africana en el artículo 14, el tribunal expresó que tal disposición tiene una aplicación tanto con referencia al individuo, cuanto a la colectividad. La Corte, además, expresa su interpretación sobre el derecho a la propiedad, el cual, según una visión clásica, consta de tres elementos: el derecho a usar los objetos del derecho (*ius utendi*), el derecho a disfrutar los frutos (*ius fruendi*) y el derecho de disponer de la cosa, es decir de transferirla (*ius abutendi*)²⁶⁴. Sin embargo, esta visión no es suficiente cuando se tiene que reconocer el mismo derecho a cargo de las comunidades indígenas en la tierra ancestral, como en el caso presentado a la Corte. En esta situación, es necesario tener como norte el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁶⁵. Sin embargo, objeto de discusión no era el simple reconocimiento del derecho a la propiedad, en cuanto el Estado reconocía sin problemas que la presencia continua e inmemorable de la zona legítima a la comunidad a estar en aquel territorio, sino que el artículo 14 reconoce la posibilidad de restringir el derecho de propiedad, siempre que tal restricción sea de interés público y que sea necesaria y proporcional²⁶⁶. En ese caso concreto la Corte individuó en la preservación del ecosistema natural la justificación para el desalojo de los miembros. Sin embargo, el Estado no demostró esta situación de agotamiento del medio ambiente; al contrario, la Corte reconoció las invasiones por parte de otros grupos y las concesiones de tala de madera como las causas que llevaron a la destrucción del territorio. Entonces, el desplazamiento forzado de la tierra ancestral, sin consultas previas y sin respecto para recaer en la necesidad de interés público que podría limitar el derecho a la propiedad. La Corte determina también que, debido al

²⁶¹ *Ibidem*, párr. 105.

²⁶² La Corte toma en consideración los criterios que la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos había sintetizado en el caso *Endorois*: el tiempo sobre la ocupación y uso de un territorio específico, una perpetuación voluntaria del carácter distintivo de la cultura, la autoidentificación y el reconocimiento por parte de otros grupos, o por el Estado, de que son una colectividad distinta, además de una experiencia de sometimiento, marginación, desposesión, exclusión o discriminación.

²⁶³ ACoHPR, African Commission on Human and People's Rights (*Ogiek*) vs Kenya, Application No. 006/2012, párr. 112: <<In view of the above, the Court recognises the Ogieks as an indigenous population that is part of the Kenyan people having a particular status and deserving special protection deriving from their vulnerability>>.

²⁶⁴ *Ibidem*, párr. 123.

²⁶⁵ Artículo 26 de la Declaración 61/295 sobre los derechos de los pueblos indígenas: *Artículo 26* "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate".

²⁶⁶ ACoHPR, African Commission on Human and People's Rights (*Ogiek*) vs Kenya, Application No. 006/2012, párr.129.

vínculo que une a los *Ogieks* con sus tierras y su capacidad para practicar su religión libremente, los desalojos del pueblo de la selva Mau constituyen una interferencia con la libertad de practicar su religión. Y considerando la relación existente entre la tierra y las prácticas culturales de los *Ogiek*, estos desalojos también violan su derecho a la cultura. La Corte Africana, entonces, condena el Estado de Kenia por la violación de los derechos indígenas del pueblo *Ogiek*²⁶⁷.

Este último caso representa un caso histórico, porque por primera vez la Corte Africana sentencia en un caso sobre derechos de los pueblos indígenas, y también porque fortalece considerablemente la jurisprudencia progresista sobre los derechos a la tierra y los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, como ya se ha visto en los casos de la Corte Interamericana, las controversias relativas a la propiedad comunal de las tierras es la materia, alrededor de la cual giran las demás vulneraciones de derechos fundamentales que corresponden a las comunidades indígenas. Principalmente porque la tierra es el elemento básico, esencial sin el cual los pueblos indígenas perderían su cultura, su modo tradicional de vida, sus costumbres y, al final, sus vidas. La tierra por estos pueblos no es simplemente algo material, porque la cultura, la religión y, al final, la cosmovisión de estos pueblos crea un vínculo muy estrecho con las tierras y los recursos. La Comisión Africana, ya en el caso *Endorois*, ha implícitamente reconocido esta relación espiritual con la tierra, en el momento en que ha reconocido la violación del artículo 8, referido a la libertad de conciencia y religión. En el presente caso, la Corte reconoce un apego espiritual, emocional y económico con el bosque y eso se refleja no sólo en la dependencia alimenticia, sino también en la relación espiritual²⁶⁸.

Es importante destacar, también, el papel que juegan los expertos culturales en estos casos. Los peritos expertos están llamados por las comunidades al fin de informar los jueces sobre sus tradiciones culturales y sus mecanismos de sobrevivencia. También los miembros de las comunidades pueden hacer sus declaraciones como testimonios. Esto en pleno respecto de la práctica jurisprudencial adoptada por la Corte Interamericana. Los peritos llevan en el proceso, en la audiencia informaciones objetivas sobre las costumbres y las tradiciones de los miembros de las comunidades. Por ejemplo, en el caso *Ogiek* intervino el perito Liz Alden Wily, experta en derecho de propiedad internacional, la cual subrayó la imposibilidad de separar tierra y comunidad a causa de la relación espiritual creada entre cultura y religión que no puede ser disuelta. Entonces la necesidad de reconocer el derecho a la tierra es esencial para toda la vida espiritual y para la existencia misma de la comunidad indígena²⁶⁹.

²⁶⁷ QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017.

²⁶⁸ Minority Rights Group International, African Court to deliver landmark judgment on Ogiek community land rights case against Kenyan government, press release 22 mayo 2017.

²⁶⁹ Minority Rights Group International, African Court to deliver landmark judgment on Ogiek community land rights case against Kenyan government, press release 22 mayo 2017.

A través del cuadro ahora dibujado, es más apreciable y reconocible este nuevo camino a nivel internacional de creación de derechos para los pueblos indígenas. Sin lugar a duda, se han visto en los últimos diez años muchos cambios en las instituciones y en los sistemas internacionales en la voluntad de reconocer y proteger estos sujetos, pero no se puede pasar por alto el hecho de que para mejor realizar este importante proyecto es necesario un enfoque multidimensional, que tenga como base el respeto a la diferencia y una fuerte sensibilidad intercultural²⁷⁰. En todo modo, una vez más se puede concluir y afirmar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el lejano 2001 con el caso *Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua*, ha hecho el primer paso para garantizar derechos siempre más extendidos a los pueblos indígenas.

2. LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS RESPUESTAS AL CONTEXTO INTERCULTURAL

2.1 Diferencias y Similitudes entre la jurisprudencia europea e interamericana de Derechos Humanos

Es innegable que la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) presentan algunas semejanzas, derivada de la función que las dos tienen que garantizar y de la influencia que la una ha ejercitado en la otra. Ambas cortes se encargan de la difícil misión de controlar en vía subsidiaria a sus Estados miembros, en la realización de la garantía y la protección de los Derechos Fundamentales del Hombre²⁷¹. Sin embargo, estos dos sistemas son distintos y autónomos y tienen características peculiares que los distinguen, pero se puede destacar en los trabajos de las dos Cortes, no sólo una influencia unidireccional, sino un verdadero diálogo. La circulación de sentencias y valores jurisprudenciales es el núcleo del denominado fenómeno del *transregional judicial dialogue* y del *judicial*

Párr. 160. <<During the public hearing, Dr. Liz Alden Wily, the expert witness called by the Applicant asserted that the livelihoods of hunter-gatherer communities are dependent on a social ecology whereby their spiritual life and whole existence depends on the forest and that there is a big misunderstanding about the hunter-gatherer culture. She emphasised that for such communities, culture and religion are intertwined and therefore cannot be separated. According to her, it is usually perceived that their culture can be easily dissolved or disbanded in situations where the hunter-gatherers have been assimilated by modernism. She stated that many forest dwellers like the Ogieks do the hunting and gathering, not just for their livelihood, but rather, their whole spiritual life and their entire existence depends on the forest and its intactness. She stated that whether or not their livelihood is derived from the forest (as is the case of the Ogieks), people tend to erroneously think that because today the Ogieks have not turned up in skins or hides, then they do not need to hunt or that they have given up their culture>>.

²⁷⁰ Minority Rights Group International, Huge victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights, press release 26 mayo 2017.

²⁷¹ GENUSSA M.E, NINATTI S., Due Corti, due Carte, due mondi e (quasi) gli stessi diritti: analogie e dissonanze fra San José e Strasburgo, en CAPPUCCIO L, TANZARELLA P, Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani, Editoriale Scientifica, 2017, p. 872.

*reuse*²⁷², en el sentido de que las Cortes reelaboran autónomamente parte del derecho jurisprudencial de otro contexto, para justificar o para legitimar sentencias que no siempre llegan a la misma conclusión²⁷³. Está claro que la instauración de un dialogo entre las cortes se pone en un fisiológico desarrollo de la jurisprudencia de las mismas, de hecho, la tendencia natural, y lógicamente su naturaleza, es la de crear una relación con los Estados miembros, enfrentando contextos jurídicos y culturales muy variados. Por lo tanto, se puede afirmar que la visión comparatista es innata por estas cortes.

La relación establecida entre las cortes no fue dialógica desde su principio. En realidad, inicialmente sólo la Corte Interamericana de Derechos Humanos miraba y hacía una constante referencia a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuanto se quería imitar al sistema más antiguo e influyente y la homóloga americana no tenía suficiente desarrollo. Sin embargo, entorno al 2000, empieza un intercambio entre las dos, cuando, por supuesto, el juez europeo empieza a citar sentencias emanadas en el contexto americano²⁷⁴; decisiones que, si bien no son muchas, fueron importantes de un punto de vista cualitativo²⁷⁵. La tendencia comparatista de los tribunales internacionales ha creado los fenómenos del *judicial borrowing* y de la *cross-fertilization*, que ponen en una posición central el derecho extranjero e internacional y permiten la construcción y el desarrollo de la tutela de los derechos humanos. Los jueces, haciéndose cargo de esta evolución, han entendido la existencia de semejanzas e identidad de cuestiones jurídicas que los distintos ordenamientos tienen que enfrentar. La referencia a las sentencias europeas por parte de la Corte Interamericana es relevante y constante, a demostración de una apertura a una tradición jurídica internacional, diferentemente de la Corte de Estrasburgo, donde

²⁷² ANGELA DI STASI, La corte Interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un transregional judicial dialogue ad una cross-fertilization?, en L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, CASSETTI, DI STASI, LANDA ARROYO, Diritti e Giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo, Jovene Editore, Napoli, 2014, p. 4

²⁷³ La utilización de sentencias de otra corte puede ser *ad adiuvandum*, para legitimar interpretaciones jurisprudenciales y para hacer patente las similitudes en el derecho internacional o algunas veces, puede superar la interpretación de la homóloga Corte y superarla. Esta última actitud se presentó con el caso de la Corte IDH *Atala Riffe*, que llamando la atención sobre el caso europeo *Shalck and Kopf vs. Austria*, no se para a la evaluación de la Corte europea que no afirma la existencia de una violación, en base a un consenso no consolidado entre los Estados europeos; sino va más allá, desafiando los Estados, sus normativas internas y más que todo, sus consentimientos.

²⁷⁴ GROPPI T., LECIS COCCO-ORTIS A.M, Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?, UNED. Revista de Derecho Político, No. 91, septiembre-diciembre 2014, pág. 183-230.

²⁷⁵ Del mismo aviso es el Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en un diálogo en ocasión de los 50 años de la Corte Europea de los Derechos Humanos afirmó que: *It is reasonable to think that our experience could be a quite helpful reference point for the European Court, and an important point of comparison in seeking common standards across the human rights systems. [...] In response, the Inter-American bodies, and especially the Court, have made great and important advances in the law of remedies, ones that should be of great interest not only to the European Court but also to those other organs of the Council of Europe that are involved in the supervision and enforcement of judgments.* Disponible en: ECHR (coordinador), *Dialogue between judges. Fifty years of the European court of human rights viewed by its fellow international courts*, Strasbourg, 2009.

se constata una propensión a citar solo fuentes y materiales europeos, para elegir las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²⁷⁶.

Con arreglo a los rasgos comunes que los dos sistemas presentan, se tiene que empezar, diciendo que ambas cortes tienen analogías en un plan procesal, es decir las garantías jurisdiccionales previstas y sobre un plan sustancial, esto es, el contenido de los derechos humanos que son llamadas a proteger. De hecho, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre fue el modelo principal para la creación de la Convención Americana. Ambas cartas están constituidas por un catálogo de derechos civiles y políticos, que contienen normas de principio, más que reglas, que tienen como norte proteger el contenido especial de los derechos tutelados, debido al carácter subsidiario respecto a los instrumentos nacionales de tutela²⁷⁷. A pesar de lo dicho, algunas diferencias entre los contenidos se pueden delinear, sobre todo en el hecho de que la Carta americana recoge algunos derechos que en *stricto sensu* no aparecen en el Convenio Europeo, como el reconocimiento a la personalidad jurídica, el derecho al nombre, derechos de los niños, derecho al desarrollo progresivo. Elementos que, en el contexto europeo, están contenidos en documentos separados, como el Protocolo 1, sobre la propiedad privada o el Protocolo 7, sobre el derecho a la indemnización²⁷⁸. Se puede concluir, entonces, que la Convención Americana, tomando a modelo el Convenio Europeo, recoge no sólo los derechos civiles tradicionales, sino también el derecho de propiedad (artículo 21 de la CADH) y los derechos políticos (artículo 23 de la CADH). Además, los derechos que las cartas tienen en común parecen más detallados y desarrollados en el texto americano, como por ejemplo el derecho a la vida²⁷⁹.

2.2 El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto europeo

A pesar del rol clave y de modelo que tuvo la Corte europea en la evolución del Sistema Interamericano, el contexto europeo es el que tiene menos

²⁷⁶ La diferencia de comportamiento entre las dos cortes es una directa consecuencia del diferente contexto político, social y cultural, en donde se mueve la Corte europea. Los motivos pueden ser muy heterogéneos: porque la Corte IDH necesitaba más tiempo para dotarse de un patrimonio de precedentes propios, porque no tiene mucho reconocimiento por los Estados, entonces necesita construir sus motivaciones mirando a otros sistemas. Además, la Corte EDH tiene una perspectiva más regionalista, que la lleva a llenar de contenido los derechos a través de los ordenamientos de los Estados miembros. En términos numéricos, las referencias que la Corte Interamericana hace a la Corte de Estrasburgo, basándose en un estudio desde 1987 a 2012, es del 59.8% de las sentencias total, a frente de un 0,3% de citación de la Corte de San José por parte de la Corte Europea. Estudio disponible en: GROPPI T., LECIS COCCO-ORTIS A.M, *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?*, UNED. Revista de Derecho Político, No. 91, septiembre-diciembre 2014, pág.204.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 194.

²⁷⁸ CAMARILLO GOVEA L.A., *Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos Humanos*, Prolégómenos- Derechos y valores, Volumen XIX, No. 37, Enero-Junio 2016, p.71.

²⁷⁹ GROPPI T., LECIS COCCO-ORTIS A.M, *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?*, UNED. Revista de Derecho Político, No. 91, septiembre-diciembre 2014, pág. 198.

incidencia en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales²⁸⁰. Aunque no son tan conocidos como los pueblos indígenas americanos, también en Europa se cuenta con la presencia de estas poblaciones. A causa de razones de matriz histórica, cultural o social, estas comunidades están marginalizadas, limitadas en el desarrollo de su manera de vivir, y más que todo, no encuentran la posibilidad de pedir, y obtener un juicio *en merito* adelante de los órganos del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

En Europa, la protección de los derechos humanos está destinada, casi totalmente, al Consejo de Europa y a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Sin embargo, esta última institución no tiene la capacidad de emitir documentos con fundamentos legales, sus actos son de *soft law*, formado por una mezcla de orientaciones, buenas prácticas, códigos de comportamientos y manuales, todo que no alcanza a imponerse sobre los Estados. Además, estos documentos tienen como destinatario a minorías y no están destinados específicamente a los derechos indígenas. La falta de protección en Europa de las comunidades indígenas puede ser justificada por el hecho de que hay pocos pueblos²⁸¹, cuya identidad cultural ha resistido en Europa, entonces se prefirió concentrar las tutelas sobre las minorías lingüísticas y religiosas mucho más numerosas, que sobre los derechos indígenas.

El primer caso, sobre el tema, que llegó adelante la Comisión Europea de los Derechos Humanos fue en 1981, cuando la comunidad lapona en Noruega denunció la violación de su derecho de propiedad, a causa de la construcción de una estación de Alta potencia Hidroeléctrica, la causa *G. & E. vs Norway*²⁸². Además, la comunidad alegó que el resultado de esta actividad estatal fue una pérdida de territorios fundamentales para su vida, en la cual un rol clave está ejercitado por el pastoreo y la pesca. Como último punto de denuncia, se incluyó la violación del derecho a la libertad de expresión con referencia a los miembros que manifestaron contra el Estado. La Comisión Europea reconoció *in abstracto* la aplicación del derecho a la propiedad, ex art. 1 del Protocolo 1²⁸³, pero tuteló la construcción de la estación, a la luz del artículo 8, párrafo 2 del Convenio

²⁸⁰ Este tema crea una situación de contraste con la Corte Interamericana, la cual regularmente, desde 2001, emana sentencias respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos de estos pueblos, de hecho, están mucho más desarrollados y establecidos en el Sistema Interamericano, mientras en el contexto europeo se ve una negligencia o, por lo menos, una situación de limbo. Sin lugar a duda, esta dicotomía podría resolverse si la Corte Europea aprendiese de su homóloga americana.

²⁸¹ Hoy en día se conocen, entre otros, los Sami en Escandinavia, los Samoyedos, Evenki, Esquimales y los Nenets en Rusia, muy pocos en comparación a los 800 grupos indígenas existentes en Sur y Centro América.

²⁸² European Commission of Human Rights, App. No. 9278/81, *G. & E. vs Norway*, 3 October 1983.

²⁸³ Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 1 "Protección de la propiedad": "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".

Europeo que establece el derecho a la *privacy*²⁸⁴, interpretándolo *lato sensu*. Al final, se solucionó en contra los lapones. En particular, se motivó esta decisión reconociendo la construcción como necesaria al interés económico del país demostrando una interferencia razonable en el derecho de la comunidad²⁸⁵, además la Comisión consideró no suficientemente probado el derecho de propiedad²⁸⁶. A pesar de la decisión en contra de los lapones, el razonamiento de la Comisión europea de los Derechos Humanos evidencia un elemento innovador: una abertura a la idea que el derecho a la privacidad puede extenderse a la protección de la identidad étnica de los pueblos indígenas²⁸⁷. Otro caso es *O.B. and Others vs. Norway*²⁸⁸, el cual se originó por la presencia de poblaciones non-Sami que en los territorios de los Skolte Sami²⁸⁹, violando, presuntamente, el derecho de propiedad de la comunidad sobre sus tierras ancestrales. Sin embargo, los nuevos asentados habían adquirido el derecho de propiedad. Los Skolte Sami apelaron a las autoridades judiciales de Noruega y, en todos los procedimientos, perdieron. Entonces decidieron invocar la decisión de la Corte Europea de los Derechos Humanos por la violación de los artículos 6 y 14²⁹⁰ del Convenio y el artículo 1 del Protocolo adicional 1. La Comisión Europea rechazó como infundada la demanda de la comunidad que contestaba

²⁸⁴ Convención Europea sobre los Derechos Humanos, artículo 8: "Derecho al respeto a la vida privada y familiar": "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

²⁸⁵ European Commission on Human Rights, App. No. 9278/81, *G. & E. vs Norway*: <<Furthermore, under the terms of Article 8, para. 2 of the Convention, an interference with the rights set out in Article 8, para. 1 is permissible if it is in accordance with the law and necessary in a democratic society for one of the purposes enumerated, *inter alia*, the economic well-being of the country. The Commission finds that, without ascertaining the exact extent and nature of the interference with the applicants' rights under Article 8, para.1, after the careful consideration of the necessity of the project by the national organs, the interference could reasonably be considered as justified under Article 8, para. 2, as being in accordance with law, and necessary in a democratic society in the interests of the economic well-being of the country>>.

²⁸⁶ European Commission on Human Rights, App. No. 9278/81, *G. & E. vs Norway* <<However the applicants have in no way substantiated that they have any property rights or claims, as guaranteed by Article I of the First Protocol to the land in question>>.

²⁸⁷ KOVÁCS P., Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror, en *The George Washington International Law Review*, vol. 48, 2006, p. 786.

²⁸⁸ European Commission of Human Rights, App. No. 15997/90, *O.B. and Others vs. Norway*.

²⁸⁹ Los Skolte Sami son un grupo indígena distinto geográficamente de los tradicionales Sami. Ellos también siguen una vida tradicional que incluye la pesca, la caza y el pastoreo de renos.

²⁹⁰ Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6 "Derecho a un proceso equitativo": "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]" y artículo 14 "Prohibición de discriminación": "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

la falta de justicia en los tribunales nacionales, porque estas cortes tienen raíces en los valores y en la cultura noruega, entonces no sería imparcial en las decisiones concernientes otra manera de vivir o una cultura diferente²⁹¹. Con arreglo al derecho de propiedad, la Comisión subrayó el hecho de que la comunidad no tenía un título válido y exclusivo para el uso de aquellas tierras y rechazó la cuestión como infundada²⁹². Otra vez la Comisión reconoce un derecho de propiedad a la comunidad indígena, pero encuentra otros motivos para no sacar la solicitud²⁹³.

El caso más significativo es *Handölsdalen Sami Village and Others vs Suecia*²⁹⁴, relacionado con las Comunidades Sami del norte de Europa. En el caso concreto, un grupo de propietarios non-Sami empezaron a imponer límites geográficos en las tierras donde se hacía pastoreo de renos, porque consideraban que los Sami no tenían derecho de pastoreo de renos en sus tierras sin un contrato válido celebrado entre el propietario y el pueblo. Los Sami, entonces demandaron protección a la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando la violación de los derechos de defensa y de plazo razonable del artículo 6²⁹⁵ por los altos costos de los procedimientos jurisdiccionales, por la excesiva duración del procedimiento y por la falta de ayuda legal por las comunidades²⁹⁶, motivos que, en la práctica, se traducían en una imposibilidad de acceder a los tribunales. Respecto del primer motivo, la Corte admitió una diversidad de recursos financieros entre las partes, pero la complejidad del caso había hecho mayores los costos, por tanto, no pudo declarar la existencia de una violación al derecho de defensa²⁹⁷. En cuanto a la cuestión sobre la duración

²⁹¹ European Commission of Human Rights, App. No. 15997/90, *O.B. and Others vs. Norway*: <<Furthermore the Commission recalls that the evaluation of evidence is a matter within the appreciation of the national courts which cannot be reviewed by the Commission unless there is an indication that the courts have drawn grossly unfair or arbitrary conclusions from the facts before them. This is not the case here. Indeed it appears that the Norwegian courts in their judgments made a thorough examination of the issue before them and that they reached their conclusions on the basis of what they considered to be domestic law and practice. The Commission finds that the reasons on which the courts based their judgments are sufficient to exclude the assumption that the evaluation of the evidence was unfair or arbitrary>>.

²⁹² European Commission of Human Rights, App. No. 15997/90, *O.B. and Others vs. Norway*: <<Furthermore, the Commission recalls that the applicants do indeed have a right - although not an exclusive one - to reindeer husbandry and it does not appear that this right has been interfered with or controlled in a way not acceptable under Article 1 para. 2 of Protocol No. 1 (P1-1-2) to the Convention>>.

²⁹³ KOVÁCS P., Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror, en *The George Washington International Law Review*, vol. 48, 2006, p. 788.

²⁹⁴ European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*, App. No. 39013/04, 30 March 2010.

²⁹⁵ Véanse nota n°290.

²⁹⁶ KOVÁCS P., Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror, en *The George Washington International Law Review*, vol. 48, 2006, p. 793.

²⁹⁷ European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*, App. No. 39013/04, párr. 59: << In conclusion, the Court does not doubt that the applicants' adversaries, the landowners, had greater financial resources. Moreover, the complexity of the case, having a bearing also on the length of the proceedings, certainly contributed to the costs that the applicants had to bear. However, examining the proceedings as a whole, the Court finds that the applicants

excesiva de los procedimientos, esto fue de trece años y siete meses, demasiado por los criterios establecidos en el artículo 6 CEDH. Sin embargo, un aspecto importante e innovador que se destaca en el caso son las palabras utilizadas por la Corte, la cual parece reconocer la importancia para los Sami de su tradición y cultura²⁹⁸. Este reconocimiento, sin embargo, no fue bastante, de hecho, en su voto razonado, la Jueza Ineta Ziemele²⁹⁹ declaró que la Corte EDH no declaró la violación al acceso efectivo a los tribunales, si bien existiera un desbalance entre propietarios suecos y pueblos indígenas. Además, la jueza reconoce una falta de aplicación de los avances en materia de derechos de los pueblos indígenas, sobre todo a la luz del Convenio No.169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁰⁰, indispensables para entender las cuestiones indígenas. La Corte, de hecho, no ha considerado que la posesión o una potencial legitimación del goce de la posesión pudieran encontrar una base jurídica afuera del derecho sueco³⁰¹. En relación con los procesos civiles nacionales, en su voto la jueza I. Ziemele reprocha el razonamiento de la Corte sobre el derecho de propiedad, porque se aplicó en manera directa el Código sueco sin evaluar el contexto específico de la situación y los derechos de la comunidad indígena, la cual no era un simple litigante individual, sino un pueblo en situación de vulnerabilidad³⁰² y además se requirió un cargo probatorio demasiado amplio³⁰³.

Concluyendo, en el contexto europeo ningún real juicio fue pronunciado sobre los derechos indígenas, los casos mencionados representan decisiones,

were afforded a reasonable opportunity to present their case effectively before the national courts and that there was not such an inequality of arms vis-à-vis the landowners as to involve a violation of Article 6 § 1 of the Convention>>.

²⁹⁸ European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*, App. No. 39013/04, párr. 39:<<A person of Sami descent may use land and water in order to maintain himself and his reindeer. The reindeer herding right is a usufruct of economic value founded on prescription from time immemorial>>.

²⁹⁹ Separate Opinion, *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*, Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele: “In my view, in considering the rights of indigenous peoples, the Chamber based its reasoning on two false premises. First, it accepted as incontestable the fact that the plaintiffs in the domestic proceedings had valid title to the land. Second, it accepted that the rules on the burden of proof, as laid down in Sweden in the old Land Code of 1734, that is, long before any recognition of indigenous peoples emerged, were perfectly able to govern the situation. This approach excluded considerations relating to the specific context of the situation and rights of indigenous peoples in so far as it could be relevant to the issue of effective access to court”.

³⁰⁰ QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017, pag. 77.

³⁰¹ OTIS G., LAURENT A., *Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property*, Arctic Review on Law and Politics, vol. 4, 2/2013 pp. 156–180

³⁰² QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017, pag.78.

³⁰³ La demanda no podía ser considerada como “derecho existente” o “posesión existente” porque los demandantes tenían que demostrar de tener, sobre la base del derecho nacional, una confianza legítima para obtener el goce efectivo de un derecho de propiedad. Tal requisito no fue satisfecho. Cfr. OTIS G., LAURENT A., *Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property*, Arctic Review on Law and Politics, vol. 4, 2/2013.

por las cuales la Comisión, antes, y la Corte Europea, ahora, han preferido permanecer en un nivel más procedural. Esta reticencia en pronunciarse sobre los derechos indígenas puede ser interpretada a la luz de una posición menos progresista de las instituciones europeas, prefiriendo conservar los valores comunes de los estados miembros. Aunque hay señales prometedoras, estas comunidades han recibido muy poca protección. El tema es objeto de debates entre académicos, de hecho, si, por un lado, autores como Gismondi³⁰⁴ y Koivurova³⁰⁵ piensan que estamos muy lejos de una real protección; otros autores, como Otis y Laurent³⁰⁶, creen que la Corte está a un paso de hacer autónoma la noción de posesión en beneficio de los pueblos indígenas, reconociendo el carácter ancestral de la posesión. De todos modos, no se puede negar que la sensibilidad creciente sobre los pueblos indígenas puede influenciar la Corte de Estrasburgo y, por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, hoy en día no vinculante, podría llegar a obligar la Corte Europea a desarrollar una propia interpretación del derecho a la propiedad, que incluya también los elementos esenciales para estas poblaciones indígenas³⁰⁷. Según algunos autores, el artículo 1 del Protocolo 1, establecido en manera de que sí se amplía, puede contener también el concepto de propiedad indígena, el cual es estrictamente relacionado a su estilo de vida y a su cultura. El error de la Corte fue de considerar la tutela ofrecida por el Protocolo 1 demasiado vinculada a las estructuras de derecho interno, sin considerar la necesidad de introducir una interpretación diferente de posesión, basado sobre un concepto amplio de “bienes”³⁰⁸. Entonces no se puede ver un bloqueo explícito y permanente sobre el reconocimiento del derecho a la tierra ancestral de los pueblos indígenas, pero es deseable que la Corte EDH exima los requirentes indígenas del cargo probatorio tradicional-civilista. Sin dudas, estas poblaciones no están totalmente desprovistas de protección, de hecho, se tiene que llamar la atención sobre la Carta Europea de las Lenguas Regionales o

³⁰⁴ Cfr. GISMONDI G., *Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes Before the European Court of Human Rights and the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol I*, YALE HUM. RTS. & DEV. L.J., 2015.

³⁰⁵ Cfr. KOIVUROVA T., *Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects*, 18 INT'L J. MINORITY & GROUP RTS. 1, 28 (2011)

³⁰⁶ Cfr. OTIS G., LAURENT A., *Indigenous Land Claims in Europe: The European Court of Human Rights and the Decolonization of Property*, Arctic Review, 4(2), 2013.

³⁰⁷ KOVÁCS P., *Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror*, en *The George Washington International Law Review*, vol. 48, 2006, p. 797.

³⁰⁸ El protocolo 1 fue interpretado en manera restrictiva, sin tener en consideración de las normas internacionales de protección. La corte no ha reconocido a los Sami de poder acceder a sus medios naturales de sobrevivencia, como reconocido por el Convenio No. 169 de la OIT o las decisiones de otros órganos internacionales, como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. No obstante el sentido de “bienes materiales e inmateriales” del artículo 1 comprenda el bien existente y el bien. Este último, afirma la Corte se refiere a la legítima confianza de gozar de una posesión efectiva, aún si no actual. El *onus probandi* requerido por la Corte a los Sami era desproporcionado, porque pedía la demostración de noventa años de practicas no contestada sobre las tierras reivindicadas. Cfr. GISMONDI G., *Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes Before the European Court of Human Rights and the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol I*, YALE HUM. RTS. & DEV. L.J., 2015.

Minoritarias³⁰⁹ y el Convención Marco para las Minorías Nacionales³¹⁰, las cuales fueron aprobadas para la protección de las lenguas en sentido amplio, incluyendo diferentes aspectos de vida, como la educación, la cultura, la cooperación. Su tutela, entonces, se extiende más allá del idioma, para tocar aspectos como la no-discriminación, la protección de la identidad y la participación de las minorías en los procedimientos decisionales. Si bien estos instrumentos no están específicamente destinados a los pueblos indígenas, en estos textos se pueden satisfacer algunas demandas de éstos. Sin embargo, algunas comunidades, como los Sami no están satisfechos por estas convenciones, porque lamentan que no pueden ser paragonados a minorías lingüísticas o religiosas³¹¹. Por estas razones, el contexto europeo no puede permanecer indiferente a este cambio, tiene que mirar al Sistema Interamericano, para comprender la importancia y la necesidad de las reivindicaciones indígenas. La negación de un reconocimiento de los derechos indígenas podría ser leído como una negación de la igualdad entre culturas. La única manera para alejarse del riesgo de discriminación es la de reconocer la existencia de un modelo de propiedad diferente a lo que está establecido tradicionalmente en Europa y garantizarle el mismo sistema de protección. El derecho de propiedad indígena, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha interpretado, es diferente por naturaleza y origen del romano-civilista.

Es lamentable que la Corte europea no haya tenido en cuenta las evoluciones internacionales relativas a los pueblos indígenas, sino que prefirió confirmar la norma sueca. Por esta razón, es recomendable que los países que reconocen la existencia de pueblos indígenas en su territorio adhieran el Convenio No. 169 de la OIT, para ofrecer a estas poblaciones mecanismos e instrumentos eficaces para su tutela. En particular, en el caso de Suecia, esta exigencia se hace mucho más visible, si se analizan los casos nacionales donde parte del juicio son los Sami. Si bien los lapones, o Sami, están reconocidos como pueblos indígenas por las leyes estatales, los miembros de las comunidades no pueden reivindicar sus derechos en manera ecua e igual. En los tribunales nacionales suecos no existen límites probatorios, es decir que cada elemento probatorio está analizado y evaluado por el juez. En consecuencia, muchos abogados, llamados a defender intereses indígenas, piden la intervención de expertos culturales y peritos, que obran como testimonios o envían declaraciones. Estos peritos expertos están nominados por ambas partes, pero muchas veces toman y apoyan las reivindicaciones estatales, haciendo perder la credibilidad de la antropología en las audiencias. Algunos investigadores se indignaron mirando los términos que estos expertos utilizaban

³⁰⁹ European Charter for Regional or Minority Languages, Strasbourg, 05 November 1992, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/148> [visitado por última vez el 13 de noviembre de 2019].

³¹⁰ Framework Convention for the Protection of National Minorities, Strasbourg, 01 February 1995, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/157> [visitado por última vez el 13 de octubre 2019].

³¹¹ Kovács P., Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror, en *The George Washington International Law Review*, vol. 48, 2006, p. 804.

en las causas, un legado de la época colonial y con un claro sentido racial. Entonces es difícil rehabilitar una figura así importante en los procesos de conflictos culturales. La utilización de los conocimientos antropológicos en la administración de la justicia, así como establecido en la teoría de la *cultural expertise*, ofrecería un instrumento neutral para resolver las controversias indígenas, sin tropezar en errores banales de relativismo y denegación de la diferencia cultural³¹².

2.3 El aporte significativo de la Corte Europea de Derechos Humanos en la construcción, por parte de la Corte Interamericana, de los derechos de los pueblos indígenas.

A pesar de la poca sensibilidad que se ha aclarado en la jurisprudencia europea sobre los derechos de los pueblos indígenas, no se puede dejar de lado la importancia que el Convenio Europeo y su Corte EDH han jugado en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre el tema. De hecho, en la construcción y creación de un propio sistema de derechos, la Corte de San José ha hecho muchos avances en los últimos años. Esta jurisprudencia desarrolla en el contexto americano las garantías mínimas en la definición de contenidos de los derechos para sujetos vulnerables, como pasó para los derechos ancestrales de las comunidades indígenas, a la luz del vínculo espiritual con la tierra. Como se ha visto en el capítulo precedente, la Corte en esta obra de extensión de los derechos, utiliza el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos y declara los tratados como “instrumentos vivos”. La norma en objeto prohíbe la interpretación de una disposición en un sentido que pueda reducir, limitar o anular las garantías que se encuentren tutelada en las leyes de otros Estados o en otras leyes, como aquellas de otros sistemas internacionales. En la sentencia del *Caso Yakye Axa vs. Paraguay*³¹³, es la misma corte que habla de un *corpus iuris* del Derecho Internacional, formado por instrumentos internacionales de diferentes contenidos y efectos jurídicos. De hecho, es el dialogo establecido a nivel internacional, que ofrece el impulso para la extensión del artículo 21, encendiendo el núcleo de los derechos indígenas³¹⁴.

Inicialmente, como ya se ha dicho, la Comisión IDH no admitía a juicio los casos que tenían a objeto violaciones perpetradas contra personas jurídicas, porque el Sistema Americano de Derechos Humanos se limitaba a la protección de las personas naturales. Sin embargo, la Corte IDH ha empezado en el tiempo, a rendir una interpretación más flexible por lo menos en referencia a dos contextos: los accionistas y las comunidades indígenas. En su Opinión Consultiva “*Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema*

³¹² RABO A., *Cultural Expertise in Sweden: A History of Its Use, Laws*, vol. 8, 2019.

³¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 128.

³¹⁴ CASSETTI L., La “costruzione” dei diritti sociali nell’approccio della Corte Interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della “comunicazione” giurisprudenziale, en CASSETTI, DI STASI, LANDA ARROYO, *Diritti e Giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene Editore, Napoli, 2014, p.41.

*Interamericano de Derechos Humanos*³¹⁵, la Corte afirma que las personas jurídicas no pueden ser consideradas como víctimas, pero para las dos situaciones parece ofrecer una solución de compromiso. En el razonamiento que se elabora en la Opinión Consultiva, se destaca esta forma de comunicación entre cortes Internacionales. Es relevante, según la Corte, analizar el tema en el marco de una interpretación evolutiva la manera en que se regula la titularidad de derechos y el acceso de las personas jurídica a los principales tribunales y organismos internacionales, empezando por el sistema europeo. Analizando el Convenio Europeo, el Tribunal denota que no existe una definición de “persona”, diferentemente de la Convención Americana, y no especifica si persona humana o persona jurídica. El artículo que reglamenta el acceso a la justicia es el artículo 34 del Convenio Europeo, junto al artículo 1 del Protocolo Adicional N°.1³¹⁶, los cuales, interpretados por la jurisprudencia de la Corte Europea, permiten el acceso tanto a los individuales como a las personas jurídicas. Terminadas sus argumentaciones, el juez americano llega a la conclusión que solo el contexto europeo reconoce el acceso a las personas indígenas, entonces no se puede destacar una tendencia clara, interesada en otorgar derechos a personas jurídicas o en permitir que éstas accedan como víctimas. Sin embargo, reconoce la titularidad de los derechos convencionales a las comunidades indígenas y tribales, inaugurando la jurisprudencia que en 2010³¹⁷ establecerá la existencia de un derecho a dimensión colectiva.

Otro aspecto en el cual se señala la influencia de la Corte de Estrasburgo es el juicio de proporcionalidad que la Corte Interamericana hace para establecer si el Estado ha utilizado medidas proporcionales al fin de vulnerar el menos posible el derecho de propiedad objeto de limitación, como establecido por el artículo 21 de la Convención Americana. De hecho, la Corte interpreta el equilibrio entre derecho de propiedad y poder de expropiación del Estado extrayendo lecciones de la jurisprudencia europea sobre el artículo 1 del Protocolo adicional N°. 1, según la cual, el principio de legalidad es una condición

³¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-22/16 solicitada por la República de Panamá, 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), de 26 de febrero de 2016.

³¹⁶ Convenio Europeo de Derechos Humanos, Artículo 34 “Demandas individuales”: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho” y artículo 1 del Protocolo Adicional No. 1 “Protección de la propiedad”: “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

³¹⁷ Como surge de las tres relevantes sentencias adoptadas por la Corte IDU contra el estado del Paraguay (*Comunidad Indígena Yakye Axa* de 2005, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* de 2006 y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* de 2010).

determinante para la verificación de las violaciones³¹⁸. La interpretación americana, pero, hace un paso adelante y afirma la no necesidad que todas las causas de privación o limitación deriven de una ley. Además, con arreglo al tema de la justa indemnización, la Corte llama directamente la jurisprudencia de la Corte Europea³¹⁹. Este aspecto, adquirido del contexto europeo está bien desarrollado en el Voto Concurrente del juez Manuel Ventura³²⁰, el cual, inspirado por las ideas europeas de proporcionalidad³²¹, establece que:

[...]cuando un Estado invoque razones de interés general o bien común para limitar derechos humanos, las mencionadas razones deberán ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática”, en donde se tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención. Específicamente, la Corte considera que la facultad del Estado para limitar el derecho a la propiedad requiere de un equilibrio entre el interés general y el del propietario. Por lo tanto, el Estado debe utilizar los medios menos gravosos a fin de reducir la vulneración de los derechos del afectado.

Con arreglo al “test de proporcionalidad”, las dos jurisprudencias se acercan, ambas aplicando una proporcionalidad *stricto sensu*³²².

Una mención tiene que hacerse al sistema de reparaciones creado por la Corte Interamericana, las denominadas “reparaciones colectivas”, cuyo objetivo no es sólo borrar los efectos productos por la acción del Estado, sino también evitar que las violaciones se repitan. Sobre este aspecto, la jurisprudencia Europea se aleja de la homóloga americana que es pionera en este sector. Diferentemente del Convenio Europeo, la Convención Americana no admite, según el artículo 63.1, la posibilidad que los Estados miembros no cumplan con las reparaciones porque les falta un instrumento reparativo *ad hoc*. En el caso del derecho al territorio de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la dimensión colectiva se refleja en la dimensión reparativa, que se pone colectiva, es decir destinada al grupo *tout court*, como víctima.

A modo de conclusión, si bien se puede constatar la presencia de analogías en los trabajos de la Corte Europea y Americana; sin lugar a duda, difícilmente son equiparables sobre el asunto de la protección del derecho a la propiedad colectiva sobre los territorios ancestrales, reconocido a los pueblos indígenas y

³¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, Sentencia de 6 de mayo de 2008.

³¹⁹ RUSSO A.M, Articolo 21- Diritto di proprietà, en CAPPUCCIO P., TANZARELLA P., Commenti agli articoli della prima parte della Convenzione Americana dei Diritti Umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

³²⁰ Voto Concurrente del Juez Manuel E. Ventura Robles, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

³²¹ El justo equilibrio tiene que acompañarse a la evaluación de proporcionalidad que permita establecer una frontera entre leyes estatales y las interferencias en los derechos de los individuales. Cfr. LOPEZ ESCARCENA S, *La propiedad y su privación*, 567 y ss.

³²² RUSSO A.M, Articolo 21- Diritto di proprietà, en CAPPUCCIO P., TANZARELLA P., Commenti agli articoli della prima parte della Convenzione Americana dei Diritti Umani, parte I, Editoriale Scientifica, 2017, p. 569.

tribales. Esto, como ya se ha explicado, tiene su razones históricas, culturales y sociales y necesita tiempo, en el contexto europeo, para desarrollarse y para sensibilizar los órganos supranacionales y los Estados. Por otra parte, menos de veinte años, nos separan de la primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que puse en marcha el Sistema Interamericano sobre la cuestión indígena.

3. PERSPECTIVAS Y PROPUESTAS: *EL TEST CULTURAL* COMO SUGERENCIA AL CONTEXTO PLURAL ACTUAL

3.1 *El test cultural en la historia, su primera aplicación y las primeras críticas.*

Históricamente el conocimiento cultural entra en las cortes de muchos países a través del peritaje cultural, o en inglés, *cultural expertise*: un conocimiento particular que permite a sujetos competentes, en materias socio-culturales, de localizar y describir hechos relevantes a la luz de los antecedentes de los requirentes, de las partes, de los acusados o de las víctimas. En la estela de esta definición, hay algunos autores que respaldan la teoría del test cultural, esto es, una serie de preguntas que el juez tiene que hacerse para decidir si el aspecto cultural es o no es importante. Esto fue elaborado por primera vez por la Corte suprema canadiense en 1996. En particular, los jueces de Canadá dieron a la luz el primer test, a través de la interpretación del artículo 35 del *Constitutional Act*³²³, que fundamenta los derechos de los aborígenes en una base constitucional. La aplicación de esta disposición por parte de la Corte Suprema denota dos particularidades: la Corte quiere asegurar la manera de vivir de los indígenas y quiere entrelazar el poder canadiense a la vida indígena, permitiendo a la Corte elegir cuál práctica cultural aplicar³²⁴. El caso proviene de la causa *R. Vs. Van Der Peet*³²⁵, cuando la Corte fue llamada a entender si la práctica en objeto fuese o menos protegida bajo el artículo 35 de la Constitución.

³²³ Artículo 35 del *Constitutional Act* canadiense: "1. Por la presente se reconocen y afirman los derechos de los aborígenes y de los pueblos aborígenes existentes en Canadá. 2. En esta Ley, "Pueblos Aborígenes de Canadá" incluye a los Pueblos Indios, Inuit y Métis de Canadá. 3. Para mayor certeza, en la subsección (1), los "derechos de tratado" incluyen los derechos que ahora existen por medio de acuerdos de reclamo de tierras o que pueden ser adquiridos de esta manera. 4. Sin perjuicio de cualquier otra disposición de la presente ley, los derechos de los aborígenes y de los tratados a que se hace referencia en el párrafo 1) están garantizados por igual a hombres y mujeres".

³²⁴ EISENBERG A., *Indigenous Cultural Rights and Identity Politics in Canada*, Review of Constitutional Studies, vol. 18, issue 1, 2013, pp. 89-109.

³²⁵ *R. Vs. Van Der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. Dorothy Van Der Peet es un miembro de la comunidad de los *Sto:lo* y fue llamada a comparecer porque vendió diez salmones a un no-indígena por 50 dolares, pescados en una área no protegida. La mujer se defendía afirmando que la particular relación que su comunidad tenía con el salmón, desde tiempo inmemorables, adentro sus tierras ancestrales, justificaba una deroga a la legislación en esta materia. De hecho, durante la audiencia se destaca esta veneración, como animal sagrado, del salmón. Además, se demostró que para esta comunidad, la pesca del salmón no es algo económico, sino una parte integrante de su manera de vivir, considerando sus consideraciones espirituales. En particular los *Sto:lo* creen que los animales no están creados por los hombres, porque todos los seres vivientes son hijos de Madre Tierra, en manera igual.

Por primera vez, la Corte quiere interpretar los derechos a la luz de una dimensión cultural. Se crea, entonces, el llamado instrumento hermenéutico “*integral to a distinctive cultural test*”, el cual dispone los siguientes pasos: en primer lugar, es necesario individualizar la realidad cultural, no una simple referencia a la cultura en general, sino prácticas, costumbres, tradiciones específicas de aquel grupo indígena. La Corte, además, subraya la necesidad de que el objeto de protección, bajo este test, sean sólo comportamientos culturales en sentido estricto, y no prácticas de otra naturaleza, como por ejemplo económica. El enfoque para entender si una práctica es cultural de los nativos, la Corte utiliza la expresión “*through the eyes*”. Por ejemplo, en el caso *Van der Peet*, la práctica no era económica, sino cultural, como la defensa intentaba demostrar³²⁶. En segundo lugar, según la Corte es importante demostrar que la práctica cultural sea “*integral and essential*”, es decir determinante para la identidad y la supervivencia cultural. El tercer elemento pide que la cultura sea distinta de la práctica de la mayoría, tiene que ser algo que diferencia la manera de vivir de la comunidad con la de los otros. Hacia este punto, según algunos autores³²⁷, no hay muchas diferencias con la protección reservada a los derechos indígenas por parte de otros países o sistemas internacionales, porque la introducción más relevante y criticada es el último elemento requerido por la Corte Suprema: el origen pre-contacto de la práctica cultural, esto es, la posibilidad de reconocer la misma práctica, también en formas más modernas, en un momento antecedente al contacto entre los colonos y los indígenas. Este límite representa, según Borrows, una grave forma de injusticia y, de hecho, se cristalizan los derechos aborígenes en una fecha decidida por la Corte, sin posibilidad por estos últimos de avanzar y desarrollar su estilo de vida, gracias al contacto con los colonos europeos. Se reconocen “*frozen rights*”³²⁸, sin tener en consideración que las culturas indígenas han evolucionado. Este razonamiento es típicamente colonial, porque negar las modificaciones significa no considerar que los nativos han sufrido una colonización no voluntaria³²⁹. En 2004 fue adjuntado otro elemento: la consulta previa del capo de Gobierno canadiense para cualquiera decisión que pueda afectar la vida de las comunidades indígenas.

Al test canadiense se hacen dos tipos de objeciones. La primera tiene como objeto los criterios establecidos por la Corte Suprema. Son restrictivos, simplistas y limitantes. De hecho, parte de la doctrina, como A. Eisenberg reconoce muchos elementos negativos de este test. En primer lugar, los criterios son restrictivos porque los indígenas tienen que demostrar la práctica que quieren proteger y la amenaza que pende a causa de leyes específicas. Parece reconocer meras prácticas y no una cultura indígena, disuadiendo estos pueblos de empezar una

³²⁶ RUGGIU I, *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p. 97.

³²⁷ Cfr. EISENBERG A., *Indigenous Cultural Rights and Identity Politics in Canada*, *Review of Constitutional Studies*, vol. 18, issue 1, 2013, p. 97 y BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, 22 *AM. Indian Law Review*, n.37, 1997.

³²⁸ BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, 22 *AM. Indian Law Review*, n.37, 1997, p. 49.

³²⁹ RUGGIU I, *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p. 100.

acción judicial. Es un test simplista, porque mira a la cultura aborigen a través de muchos estereotipos y es limitante porque la Corte ha establecido arbitrariamente un momento, desde cuándo mirar una práctica para considerarla válida. En consecuencia, cualquiera otra costumbre indígena nacida por el contacto con los colonos, aún si central y distintiva de la comunidad, no será protegida por el artículo 35 de la Constitución. La segunda objeción es general y directa al test *in se*, de hecho, muchos autores critican el hecho de que con este test la interpretación judicial mira el aspecto individual de los derechos indígenas, pasando por alto la dimensión colectiva. Sin olvidar la inutilidad de entender la centralidad de una práctica en una comunidad indígena, teniendo en cuenta que ninguna costumbre es más importante que otra, porque todas están interconectadas³³⁰. Según estos autores, es conveniente poner otra base de reconocimiento de los derechos indígenas, que tenga como norte las leyes y las costumbres ancestrales de los pueblos que ocupaban las tierras antes del asentamiento europeo³³¹. Por otra parte, este test no establece un balance entre cultura nativa y cultura dominante, falta una dimensión de relación entre poblaciones³³². Sin dudas, el test canadiense fue una rápida respuesta al contexto de movilizaciones indígenas, que ponía sobre la mesa el tema de entender cómo sería mejor proteger las diversidades culturales y la supervivencia del estilo de vida tradicional indígena. El test es un compromiso entre el reconocimiento de los derechos indígenas y la soberanía estatal. El problema, entonces, que resulta es un destaco total entre Estado y comunidades, con una falta de sensibilidad respecto a quien vive en las reservas³³³.

También los Estados Unidos conocen el test cultural, en particular las cortes norteamericanas fueron las primeras en aplicar la *cultural defense*. Si bien no exista un test cultural en sentido propio, el modelo estadounidense conoce un test religioso amplio que incluye muchas prácticas culturales³³⁴. Un aspecto particular de este test es el accertamiento del elemento subjetivo, considerado como un criterio esencial, es decir, hay un reconocimiento del concepto cultural y de identidad personal. Como hemos dicho, Estados Unidos fueron países que miraron a la interpretación cultural desde hace mucho tiempo. De hecho, si bien diferente y más parecido a una causa de justificación, la *cultural defense*, presupone una interpretación cultural en la aplicación de la ley. En las cortes estadounidenses, los jueces que enfrentan este tipo de defensa siguen un

³³⁰ EISENBERG A., *Indigenous Cultural Rights and Identity Politics in Canada*, Review of Constitutional Studies, vol. 18, issue 1, 2013.

³³¹ BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, 22 AM. Indian Law Review, n.37, 1997.

³³² RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p. 100.

³³³ *Ibidem*, p. 105.

³³⁴ Actualmente se aplica en la legislación federal y en trece estados y establece estos criterios: individuación de la practica según el enfoque del otro, la sinceridad del sujeto, es decir una intima convicción del sujeto en hacer aquella determinada practica, la obligatoriedad de la practica y la evaluación sobre la posibilidad que las leyes federales pongan un peso sobre el ejercicio de las practicas. Al final, el interés estatal y las medidas mínimamente restrictivas, esto es, verificar que no exista un interés estatal urgente, que no puede ser realizado en otra manera.

esquema lógico preciso: individualizan la practica cultural, con la ayuda de expertos culturales; miran a la racionalidad de la persona media de la misma cultura y analizan desde hace cuánto tiempo el sujeto está inmerso en la cultura dominante³³⁵. En esta aplicación de la dimensión cultural, se destacan dos elementos muy importantes. A diferencia de Canadá, Estados Unidos quieren que el juez llame a expertos culturales para entender las prácticas. Es necesario que alguien competente en la materia, un perito, explique al juez la cultura y los motivos culturales, a través de un peritaje cultural. Casi nunca el juez tiene pre-conocimientos sobre la cultura, objeto de *cultural expertise*. En segundo lugar, se tiene que subrayar la referencia a la persona media de la misma cultura. Un elemento nuevo e interesante en la teorización de un test cultural, porque permite distinguir la cultura de una comunidad, de un pueblo indígena, de una población con lo que es carácter o algo individual del sujeto. Se introduce, entonces, un balance entre la conciencia de la comunidad y lo que afirma la parte en el proceso.

3.2 Ilenia Ruggiu y la propuesta del test cultural como instrumento de cultural expertise para los operadores del derecho en las cortes.

Derecho y antropología son dos ciencias distintas que, gracias al contexto multicultural, están acercándose, buscando un punto de encuentro, porque, como ya se ha dicho, la unión de las dos permite la aplicación correcta de la dimensión cultural, alcanzando la realización de la justicia en aquellos contextos que presentan una componente multicultural. Los autores que respaldan la teoría del test cultural, consideran el test una habilidad en las manos de los jueces, que adquieren la califica “antropólogos” cuando tiene que juzgar una causa donde la dimensión cultural es prevalente³³⁶. En los contextos contemporáneos europeos este enfoque se aplicaría en aquellos casos donde flujos migratorios y minorías culturales ponen la dimensión cultural en primer plano. Como se ha visto, esta técnica judicial fue utilizada por la Corte suprema de Canadá y de Estados Unidos y hoy en día se quiere construir un test que pueda ser aplicado en las cortes europeas. Se sugieren, entonces, nuevos instrumentos a los cuales el juez recurre en las causas, donde las partes son culturalmente sensibles. Se requiere al juez de analizar la practica cultural objeto de discusión, su origen histórico y su importancia para la comunidad y, en el caso en que no sea suficientemente informado, el juez tiene que llamar un experto cultural.

Una autora que se ocupa de este aspecto de la *cultural expertise* es Ilenia Ruggiu, la cual es a favor de la introducción de un test cultural y ha tentado construir una propuesta de test para las cortes italianas. El tipo de test que propone consta de doce pasajes-cuestiones³³⁷, que el juez es llamado a seguir

³³⁵ RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p.130

³³⁶ RUGGIU I., *The cultural test as cultural expertise: evolution of a legal-Anthropological tool for judges*, *Laws* 2019, 8 (3), 15

³³⁷ Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, donde la autora construye su propuesta de test, utilizando las preguntas y los temas más persuasivas ya adoptadas por los jueces y antropólogos en el juicio. El test sugerido consta de estas preguntas: 1. ¿la categoría “cultura” es utilizable?; 2. Describir la practica cultural y el

cuando tiene que resolver un conflicto multicultural. Las preguntas propuestas pueden ser sintetizadas en tres macro-evaluaciones: una evaluación objetiva, una subjetiva y una relacional. El primer grupo de preguntas, de la evaluación objetiva, está destinado a investigar las características objetivas de la practica cultural para su reconocimiento. En este momento la contribución del experto cultural es fundamental, porque las informaciones tienen que ser completas y neutrales. Después se empieza con la evaluación subjetiva, así llamada porque se concentra sobre las relaciones entre cultura y acciones concretas por parte de los miembros. A diferencia de otras aplicaciones del test, la teorización de Ruggiu quiere poner al centro también la dimensión interior en realizar una determinada práctica, al fin de determinar si un sujeto utilice su cultura en manera instrumental y, además, porque el juez puede destacar los elementos personales que están en juego. En esta etapa, un rol clave es jugado por los testigos, los cuales pueden llevar en los procesos consideraciones propias y un enfoque interno de la cultura discutida. Al final, la evaluación relacional pone en balance, por un lado, la necesidad cultural de la comunidad, de la minoría y, por otro lado, las exigencias de la cultura mayoritaria. También en esta parte final, es necesario que un antropólogo intervenga. De hecho, será su función explicar si hay equivalentes culturales en la cultura dominante, realizando una traducción cultural y explicando los valores y los significados celados atrás de aquella específica práctica³³⁸.

Los aspectos positivos de la teorización de Ruggiu, es la participación directa de las minorías o de la comunidad al proceso de decisión del juez; de hecho, los miembros están directamente llamados a expresar sus enfoques y a explicitar sus consideraciones para explicar su costumbre y las razones para continuar desarrollando su estilo de vida diferente. Otro elemento interesante, aún si difícilmente empleado es el enfoque que el juez es llamado a adquirir: es necesario que el juez analice el hecho a través una perspectiva diferente de la propia, sino con la lente cultural del otro. Es un prerequisite indispensable para la comprensión total del fenómeno³³⁹. El test cultural, sin dudas, quiere construir una senda segura para todos los jueces, dotando cada juez de un mecanismo que pueda garantizar decisiones uniformes en los conflictos multiculturales. Se pone fin a las dudas sobre la certeza del derecho, obteniendo razonamientos racionales y motivaciones seguras. En conclusión, un ulterior elemento de fuerza de este test es su estructura, de hecho, las preguntas están planteadas como un

grupo; 3. Relacionar la practica en discusión con el sistema cultural más amplio; 4. ¿La practica es esencial y obligatoria?; 5. ¿La practica cultural está compartida o contestada por el grupo? 6. ¿El grupo está discriminado en la sociedad?; 7. ¿Cómo se comportaría una persona razonable del mismo grupo en la misma situación?; 8. ¿Cuánto es sincero, honesto y coherente el sujeto que reivindica la practica?; 9. ¿Existe un equivalente cultural en la cultura mayoritaria?; 10. ¿La practica puede causar un perjuicio?; 11. ¿Cuál es el impacto de la práctica en el sistema de la mayoría?; 12. ¿Qué razones tiene la minoría para seguir con esta práctica?. De 1 a 6 son las preguntas para la evaluación objetiva, la 7 y 8 son las preguntas que analizan la esfera subjetiva y las ultimas sirven para hacer un balance entre las culturas dominantes y de la minorías.

³³⁸ Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013 y RUGGIU I., *The cultural test as cultural expertise: evolution of a legal-Anthropological tool for judges*, *Laws* 2019, 8 (3), 15.

³³⁹ RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p.289.

procedimiento a exclusión, es decir, las practicas que no realizan los requisitos del primer grupo, no pueden acceder al segundo grupo de cuestiones. Así, costumbres como maltratos o violencia no serán aceptables en ningún modo, y aquellas tradiciones que dejan preocupaciones sobre su comparación con la cultura mayoritaria, y que no pueden encontrar un pleno reconocimiento, serán objeto de adaptación. Por ejemplo, la practica judía de la circuncisión, pasando las dos primeras etapas de evaluación, pone dudas frente al impacto con la cultura de la mayoría que sostiene la libertad de decidir libremente sobre su propio cuerpo. En este caso, el juez puede encontrar un compromiso, no rechazando la practica *tout court*, sino poniendo límites³⁴⁰.

Existen algunas críticas a la adopción del test cultural. Algunos sostienen que el mecanismo parece más conforme a los sistemas de *common law*, porque según la tradición de *civil law* los jueces están libres de motivar sus decisiones, sin la necesidad de seguir reglas fijas y tienen amplia discrecionalidad. El test, en cambio, introduce un esquema rígido que el juez tiene que seguir. Esto es la base de otra crítica: los jueces están obligado solo por la ley, mientras el test, hasta cuando no sea objeto de legislación, es una creación doctrinal. Además, está el riesgo que la dimensión antropológica en el proceso sea mayor del razonamiento jurídico. Otro aspecto negativo consiste en el peligro que, analizando el caso desde un punto de vista reduccionista, no se consideren las declinaciones subjetivas de las tradiciones culturales y no se entiendan las diferencias existentes entre individuos. Esto provoca un excesivo formalismo: los jueces pueden ser convencidos en la aplicación del test, sin mirar a las particularidades del caso. Al final, hay criticas orientadas al riesgo que los miembros puedan construir prácticas culturales *ad hoc*³⁴¹.

En la relación derecho y antropología inicialmente se produjo un fuerte sospecho. En Italia, por ejemplo, el artículo 220 del código procesal penal³⁴² está interpretado en el sentido de rechazar pericias culturales o antropológicas. Es cierto que estas ciencias sociales son más accesibles a los operadores del derecho, pero es importante determinar algunas líneas o guías al tratar con casos culturalmente sensibles, como por ejemplo a través de asignaturas específicas universitarias o mediante manuales. Existen, por otra parte, causas en las cuales los órganos decisorios no son suficientemente competentes. Entonces, es deseable una consulta con sujetos expertos en aquellas culturas, para alejar los riesgos de utilizar preconceptos o estereotipos en la decisión de la controversia. La interlocución con otros sujetos está prevista en la teorización del test cultural, propuesto por I. Ruggiu, que en el análisis cultural requiere la

³⁴⁰ Ibidem, p. 341-342.

³⁴¹ RUGGIU I., The cultural test as cultural expertise: evolution of a legal-Anthropological tool for judges, *Laws* 2019, 8 (3), 15.

³⁴² Artículo 220 del código procesal penal: “1. Se permite el informe de un perito cuando sea necesario para realizar encuestas o adquirir datos o evaluaciones que requieran conocimientos técnicos, científicos o artísticos específicos. 2. Salvo lo dispuesto a los efectos de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, no se admitirá ningún informe pericial para establecer la habitualidad o profesionalidad del delito, la tendencia a la comisión de un delito, el carácter y la personalidad del acusado y, en general, las cualidades mentales independientes de las causas patológicas”.

audición de antropólogos y testimonios de miembros de la minoría. En esta manera la visión no es desde una óptica diferente, sino tenemos ambas visiones: una neutral, de traducción cultural, de explicación y una directa, interna y subjetiva. Un equilibrio perfecto para otorgar al juez todos los elementos para tomar una decisión³⁴³.

3.3 La urgencia de enfrentar este contexto multicultural y la necesidad de disponer de instrumentos válidos para realizar la justicia.

Las cortes europeas, conscientes del contexto que se está creando y modificando gracias al multiculturalismo, han entendido la exigencia de confrontarse con nuevos mecanismos. Mirando a otros sistemas regionales, estas cortes han empezado a utilizar instrumentos que ya, hace mucho tiempo, están desarrollados en otros tribunales como hemos analizado anteriormente. Los conocimientos culturales, o mejor dichos antropológicos, fueron incorporados, primeramente, en la etapa prejudicial, como en las consultas o en la mediación. Se crearon, entonces, convenios para la resolución de las controversias interculturales. Después, algunos autores plantearon cuestionarios que el juez tenía que suministrar a las partes, el llamado test cultural. Hasta cuando no se entendió la necesidad de acercar el derecho y la antropología en estos casos culturalmente sensibles³⁴⁴.

Las novedades de la jurisprudencia sobre las tradiciones indígenas en América Latina tienen que ser el norte en el desarrollo de una “justicia intergeneracional”, que necesita las contribuciones que los antropólogos dan en el mundo jurídico³⁴⁵. Reconocer una dimensión cultural diferente, representa la traducción jurisprudencial de los imperativos primarios de aquellas constituciones que establecen el principio de igualdad, como la Constitución italiana en su artículo 3³⁴⁶. De hecho, estableciendo la necesidad de garantizar a todos la misma base de partida, la Constitución implícitamente requiere el reconocimiento del elemento cultural, cuya negación equivaldría a no reconocer un derecho. Este mismo razonamiento fue lo que dirigió a los académicos a reconocer el derecho a la traducción lingüística en los procesos: se querría poner todos los sujetos en la misma situación, protegiendo según los mismos derechos y asegurando las mismas garantías. ¿Entonces cuáles son las razones para negar una interpretación según la cultura? ¿No es cierto que el sujeto perteneciente a una cultura distinta necesita un trato distinto? Estos son los desafíos a que están llamadas la magistratura y la doctrina: implementar una

³⁴³ Cfr. RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013, p. 270 e ss.

³⁴⁴ HOLDEN L., *Cultural Expertise and Litigation: patterns, conflicts, narratives*, New York and London: Routledge, 2011.

³⁴⁵ LANNI S., *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, en *Anuario di diritto comparato*, 2013, pp. 159-198.

³⁴⁶ Artículo 3 Constitución italiana: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

interpretación según cultura, reconocer los peritajes culturales, estableciendo los límites necesarios para realizar una justicia plena. La tendencia a considerar este tipo de interpretación se denota en muchos casos donde emerge el pluralismo, por ejemplo, a través de la *cultural defense* o en la teorización de los delitos culturalmente orientados o motivados. La teoría de Stijbosch, un antropólogo que describió las dificultades de los individuos pertenecientes a minorías étnicas cuyos valores pueden encontrarse en contraste con la mayoría, presentó la posición difícil en que se encuentran los sujetos miembros de minorías: no saber elegir si seguir la práctica de la comunidad o la cultura dominante. Si bien muchas cortes europeas, como la Corte italiana en 2017³⁴⁷, rechazan esta interpretación según cultura, es necesario buscar una solución que se ponga en el medio del debate y pueda ser un compromiso: la *cultural expertise*³⁴⁸. Un proceder neutral con la finalidad de asistir la autoridad que toma la decisión, a través de la nómina de un experto cultural que pueda llevar informaciones claras, objetivas y seguras sobre una determinada cultura, así que se pueda concretizar una traducción, no solo lingüística, sino cultural.

Sin embargo, se puede llegar a una total toma de conciencia del fenómeno, solo paso a paso. Es por tal razón que la propuesta de I.Ruggiu se pone como una primera y válida teorización, en el contexto italiano. En efecto, en Italia, la no consideración de los antropólogos en campo jurídico es el espejo de una estructura burocrática insuficiente en la antropología. No existe un registro de antropólogos, entre los cuales el juez puede seleccionar un experto, como pasa por los ingenieros o médicos. Esto complica la posición de esta ciencia en relación con otras, consideradas “duras”. Siendo la antropología una ciencia social y joven, que tiene escasa consideración por parte de muchos jueces³⁴⁹,

³⁴⁷ Corte di Cassazione, sez. Pen. I, n°24084/2017: el caso se origina desde el hecho ocurrido con el señor S.J., el cual se opuso a entregar un cuchillo que llevaba afuera de su casa. La oposición estaba justificada por S.J., ya que el llevo estaba de acuerdo con los preceptos de la religión *sikh* y, entonces, protegido por el art. 19 de la Const. Italiana. Sin embargo, el recurso se consideró infundado, ya que se trataba de una infracción y podía excluirse la pena por “razón justificada”. En el presente caso, el juez no consideró cumplidas las condiciones para tener una razón justificada, ya que el simbolismo vinculado al llevo de los cuchillos no constituye una justificación. El juez afirma, de hecho, que la sociedad multiétnica requiere una integración, y no un abandono, de la cultura de origen, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución italiana, que afirma el pluralismo social y afirma: << La sociedad multiétnica es una necesidad, pero no puede conducir a la creación de archipiélagos culturales en conflicto, ocultando la singularidad del tejido cultural y jurídico de nuestro país, que identifica la seguridad pública como un bien que debe protegerse y prohíbe el porte de armas y objetos aptos para el delito>>, no cabe duda, entonces, de que existen <<límites infranqueables, como el respeto de los derechos humanos y la civilización jurídica de la sociedad de acogida. Por lo tanto, existe la obligación de conformar los propios valores de origen con los de la cultura occidental, en la que se ha optado libremente por vivir>>.

³⁴⁸ HOLDEN L., *La cultural expertise contro il rischio del populismo giudiziario*, transcripción de la intervención (a cura di Paola Iofrida) celebrado el 2 de marzo de 2019 en el XXII congresso nazionale di Magistratura democratica, sobre la discusión «Le regole sotto attacco. Stato di diritto e pulsioni demagogiche».

³⁴⁹ Esta escasa consideración está principalmente relacionada con el tema de la prueba de las declaraciones hechas por los antropólogos o expertos culturales. De hecho, la antropología no da importancia a la distinción entre pericia y rumor, si bien sobre esta diferencia se juega el núcleo de la relación con el derecho. La pericia, en la ciencia social, es una relación basada solamente sobre estudios, formación y conocimientos especializados, pero necesita de

muchas veces los órganos decisorios consideran los conocimientos culturales accesibles y creen poder interpretar la dimensión cultural sin la necesidad de expertos. Si bien se hable de juez antropólogo, no se puede legitimar que el magistrado actúe en manera autónoma. En los últimos años, por el aumento de casos donde la cultura es predominante, se ha destacado un creciente uso de expertos por parte de los abogados, los cuales requieren conocimientos culturales a instituciones sociales del país de origen, como Consulados, Embajadas o miembros de la minoría, pocas veces se llaman a antropólogos. En los debates académicos y jurídicos está creciendo la sensibilidad sobre este tema.

Sin dudas, no existen normativas multiculturales, no existe un reconocimiento del contexto plural en que vivimos y, tampoco, existen reglas procedurales claras y unívocas para los jueces. Se sigue con un enfoque caso por caso. Los flujos migratorios de los últimos quince años han llevado a considerar más las costumbres de origen, el fenómeno se está expandiendo y es necesario dotar el sistema jurídico de las competencias necesarias para realizar la justicia. Es cierto que la relación unívoca entre territorio, ciudadanía y derecho empieza a derrumbarse. Y por eso, se ponen sobre la mesa tentativas para los operadores del derecho, al fin de realizar la justicia. El derecho comparado tiene un papel fundamental, porque mirando la jurisprudencia de otros sistemas, puede empezar a construir instrumentos que permitan enfrentar los desafíos jurídicos que el multiculturalismo presenta. Un contexto así imperante que no permite el desinterés sobre la materia. El juez antropólogo, es la encarnación de la unión entre derecho y antropología, una interacción entre estas ciencias. El derecho tiene que dejar espacio a la antropología cuando la dimensión cultural entra en el proceso, así que ésta pueda mostrar la senda al derecho para realizar su fin. Imaginar una causa culturalmente sensible sin antropología es un “suicidio científico”³⁵⁰, porque el jurista tiene que conocer plenamente los hechos y los conceptos fundamentales en los temas del multiculturalismo.

Concluyendo, entonces, en los conflictos culturales que nacen del reconocimiento del pluralismo jurídico, no se puede proceder según solamente

conversaciones con los sujetos objeto de investigación y en este caso, en el proceso, es difícil sostener su neutralidad, y muchas veces es considerado como rumor. El rumor es el equivalente del testimonio indirecto: inadmisibile. Para muchos académicos, es necesario que la pericia antropológica sea apoyada por otras pruebas. Por ejemplo, G. Naete afirma la necesidad de dos pruebas: la primera, según el modelo antropológico, una descripción de la naturaleza del sistema de conocimientos indígenas y la segunda, un informe de los que los miembros dicen a los investigadores. Según Maurice J, las pruebas tienen que ser: las costumbres observadas por la comunidad y los cuentos que comparten y escuchan entre ellos. Negar la admisibilidad del rumor en la antropología práctica no permite confrontar y examinar las partes según el aspecto cultural. El rumor tiene que ser considerada adentro la opinión del antropólogo. Esta será una conclusión presentada al juez, que la utilizará para dirimir la cuestión. Cfr. TRIGGER D., *Anthropology in Native Title Court Cases: “Mere Pleading, Expert Opinion or Hearsay”?*, en TOUSSAINT S. (Ed.), *Crossing Boundaries: Cultural, legal, historical and practice issues in native title*, Carlton, Victoria: Melbourne University Press, pp. 24-33.

³⁵⁰ RUGGIU I, *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013.

el derecho, sino es imprescindible que el perito experto ofrezca al juez un conocimiento cultural que será la base para una interpretación de los hechos y una solución justa y equitativa.

CONCLUSIONES

Hoy en día, a nivel global, estamos enfrentando un cambio en el mundo jurídico que necesita de ser tomado en consideración, representando nuevos desafíos para el mundo académico y, sobre todo, para los operadores del derecho.

De un paradigma de exclusión y negación, que quiere negar, humillar y culpabilizar identidades culturales minoritarias, nos estamos moviendo hacia un enfoque de reconocimiento e inclusión, donde es necesario mirar a la realidad social, para comprender las dinámicas internas y el derecho de estos grupos sociales distintos, que se están creando en todo el mundo. Si, por un lado, hay países como los latinoamericanos que reflejan este cambio en una nueva constitución, por otro lado, en Europa aún permanece la idea del sistema monista, donde la tutela del diferente es condicionada, relativa y parcial.

Peter Häberle ha declarado en su escrito *La Constitución como cultura* que las constituciones reconocen el patrimonio cultural de un pueblo. Por lo tanto, la ley del Estado hace hincapié en una dimensión cultural, un modo de vida, un patrimonio social de los pueblos que viven en el territorio de ese Estado. Sin embargo, esta forma de considerar el derecho nacional como un espejo de la nación- como se ha demostrado en este trabajo- empieza a temblar cuando se miran los cambios de la realidad social en los últimos años. La sociedad, hoy en día, es plural y multicultural.

De hecho, el reconocimiento de la cosmovisión indígena ha desvelado las faltas y los errores del paradigma inclusivo, insuficiente para reconocer los derechos a dimensión colectiva o la dimensión jurídica propia de estos pueblos. En cambio, las constituciones europeas reconocen las minorías, sin elevarlas a grupo dotado de personalidad jurídica, porque la dimensión comunitaria está sacrificada por la adopción de la dimensión individual, típica de la tradición jurídica occidental.

Se introducen en las discusiones internacionales términos y conceptos desconocidos, como la relación entre tierra y miembros de las comunidades o como el concepto del buen vivir. La respuesta al contexto multicultural donde vivimos es un enfoque intercultural y el jurista está involucrado en las discusiones con la finalidad de crear nuevas clasificaciones, nuevos mecanismos, nuevas técnicas de la ciencia jurídica, sobre la base de los elementos individuados.

El instrumento que se pone en luz es el perito experto, es decir un sujeto experto en materia cultural y antropológica que lleva en el proceso informaciones claves para entender las costumbres de estos pueblos diferentes de la mayoría, al fin de poner a disposición del juez todos los elementos necesarios para entender los hechos y para sentenciar en manera justa y ecua.

Esta teorización ya hace mucho tiempo está reconocida y aplicada en muchas cortes nacionales de Sur América y ha tenido un rol clave en el reconocimiento de los derechos indígenas por parte de la Corte Interamericana

de los Derechos Humanos; en Europa sus primeras sostenedoras fueron L. Holden, con la teoría de la *cultural expertise* y A. Eisenberg e I. Ruggiu con la propuesta del *test cultural*.

Sin dudas, se ha demostrado la necesidad y la importancia de ofrecer este instrumento también en las cortes europeas, a nivel supranacional y sobretodo en aquellos estados donde la presencia de poblaciones indígenas requiere que la protección de estos pueblos sea una realidad. La invocación de la cultura en los procesos por mucho tiempo en Europa fue vista como un concepto populista, utilizado en los debates públicos y para penetrar la opinión pública, y quizás este es el miedo más grande que justifica la reticencia a su introducción. Sin embargo, la noción de “competencia cultural” o peritaje que se apoya en esta tesis es algo diferente: es un conocimiento socio-antropológico que facilita el trabajo de los operadores de la justicia, un instrumento eficaz para resolver los conflictos culturales.

Es deseable, entonces, que una interpretación según cultura, existente, en muchas cortes y en manera más o menos relevante, venga reconocida también a un nivel legislativo, para ser evaluada a través de reglas claras, alejando el peligro de discriminaciones implícitas o explícitas.

La existencia de un contexto de pluralismo *de facto* es evidente, porque a la sombra del monopolio formal del estado sobre el derecho se desarrollan sistemas jurídicos diferentes. Negar sus reconocimientos y tutela sería un grave error, porque estos sistemas están en una relación de interdependencia y contingencia, que ponen en primer plano la esfera identitaria de un pueblo.

Reconocer el derecho a la cultura, es un baluarte y una aplicación concreta del derecho a la igualdad, que requiere que se ponga en una misma posición de partida todos los sujetos, para garantizar sus derechos en manera igual, si bien en forma diferente. Legitimar una interpretación según cultura, a través el uso de peritos culturales y antropólogos sería un paso adelante para los derechos de muchos sujetos que viven según costumbres diferentes de las tradiciones dominantes, ampliando sus garantías, sus derechos y sus protecciones.

El multiculturalismo es una realidad, de la cual muchos países hoy en día hacen experiencia. Algunos por los flujos migratorios, otros por la presencia hace tiempo inmemorable de pueblos indígenas en el territorio. En todo modo, es un fenómeno mundial que se está enfrentando un pie delante del otro.

Como ya se dijo, la Corte Interamericana fue la primera institución que en campo jurídico ha tomado conciencia del fenómeno y ha ofrecido protección. En el sistema Interamericano la presencia de poblaciones indígenas es muy elevada, en cada Estado vive un porcentaje de sujetos pertenecientes a comunidades preeuropeas en el territorio. Si por un lado, un número así significativo ha adelantado los trabajos para el ofrecimiento de tutela; por otro lado, la obra y la innovación de la Corte Interamericana fue algo inesperado y sorprendente. Sin lugar a duda, el enfoque de la Corte IDH fue siempre orientado hacia la búsqueda de una verdad material, en detrimento de una verdad procesal

y también en la realización de la justicia indígena sobre el derecho a la propiedad colectiva, la Corte ha siempre analizado los hechos mediante académicos, antropólogos, expertos culturales y miembros de las comunidades, al fin de realizar la tutela y la protección de los derechos humanos.

Esto, junto a una interpretación extensiva de la Convención, a través de la dimensión cultural y a la utilización de fuentes internacionales y de otros sistemas regionales fueron los ingredientes para realizar la interpretación más vanguardista en materia de derechos de los pueblos indígenas.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la sentencia *Mayagna Sumo Awas Tingni* hacia hoy, ofrece instrumentos, técnicas y mecanismos para proteger estos sujetos más vulnerables, interpretando los derechos que ya son a disposición. El rol clave de esta corte en el mundo internacional fue subrayado por la Corte Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos que, si bien muy joven, ha empezado aplicar los estándares probatorios de San José, los peritajes culturales y las técnicas interpretativas para ofrecer una protección a las comunidades africanas que reivindican derechos en territorios arrebatados por los Estados.

No se puede afirmar que se han logrado cambios substanciales en esta materia, pero no se pueden pasar por alto los avances hechos. Los Estados ahora tienen la responsabilidad de hacer concreta la protección internacional. Es necesario un cambio en las políticas sociales, al fin de lograr el respecto efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los tribunales deben asumir la defensa de estos derechos, más allá de las normas que no permiten una plena justicia. Es necesario que todos los individuos involucrados en este fenómeno colaboren para construir y reconocer una sociedad plural.

BIBLIOGRAFÍA

- A.VV, *Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Chile, 2016.
- AA.VV, *Cuadernos IDECA*, Observatorio Pueblos Indígenas, n.1 año 1, Puno, 2010.
- AA.VV, *Modelo de defensa penal indígena*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Chile, 2012.
- AA.VV, *Pueblos indígenas y tribales*, in Cuadernillo de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.11.
- AA.VV., *Diritti e giurisprudenza. La corte interamericana dei diritti umani e la corte europea*, Jovene Editore, Napoli, p. 1-47.
- AA.VV., *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, KAS, 2008.
- AA.VV., *La defensa de imputados indígenas en la defensoría penal pública*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Chile, 2008.
- ACHPR, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, Communications No. 155/96.
- ABREU BURELLI A., *La prueba en los procesos ante la Corte interamericana de derechos humanos*, Mexico, UNAM.
- AGUILAR CAVALLO G., *El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno*, in *Ius et Praxis*, n. 11, 2005, p. 269-295.
- ALDUNATE LIZANA E., “*Principios jurídicos y neoconstitucionalismo*” en CARBONELL F.; LETELIER R. Y COLOMA R. (coordinadores), *Principios jurídicos. Análisis y crítica*, Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing, 2011, pp. 143-153.
- ANAYA J., *The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment*, disponible en: <https://www.jurist.org/commentary/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous-2/>.
- ANAYA J., *Why there should not be a Declaration on the Right of Indigenous People*, 52 Congreso de Americanistas, Sevilla 2006.
- ARIZA R., MARTINEZ J.C., PADILLA G., REGALADO J., VALIENTE A., *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*, KAS, 2012.

- AYLWIN J. (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013.
- AYLWIN OYARZÚN J., *La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina*, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010.
- BALBOTIN-GALLO C., *El conflicto mapuche como lucha por el reconocimiento: la necesidad de una nueva clave de lectura*, Izquierdas, no. 49, febrero 2020, p. 330-340.
- BERTINI CHIRIBOGA L., YAÑEZ FUENZALIDA N., *Pluralismo jurídico: derecho indígena y justicia nacional*, Anuario de Derechos Humanos, No.9, 2013, pp. 151-160.
- BORROWS J., *Frozen Rights in Canada: Constitutional Interpretation and the Trickster*, 22 AM. Indian Law Review, n.37, 1997.
- BOVINO A., *La actividad probatoria ante la corte interamericana de derechos humanos*, in Revista internacional de derechos humanos, n. 3, 2005.
- BURGOUGUE-LARSEN L., *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales, Año 12, No. 1, 2014, pp. 105-161.
- CAMARILLO GOVEA L.A., *Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos Humanos*, Prolégómenos- Derechos y valores, Volumen XIX, No. 37, Enero-Junio 2016.
- CAPPUCCIO L., TANZARELLA P. (a cura di), *Commentario agli articoli della prima parte della convenzione americana dei diritti umani*, Editoriale Scientifica, 2017.
- CARBONELL M., *Minorías etno-culturales y Derechos Colectivos: premisas conceptuales*, en Valdés D. y Gutierre Rivas R., *Derechos humanos*, Memoria del IV Congreso Nacional e Derecho Constitucional, vol. III, UNAM, México.
- CASSETTI L., *La “costruzione” dei diritti sociali nell’approccio della Corte Interamericana e della Corte europea di Strasburgo: contenuto, limiti e prospettive della “comunicazione” giurisprudenziale*, en CASSETTI, DI STASI, LANDA ARROYO, *Diritti e Giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene Editore, Napoli, 2014.
- CASTRILLÓN ORREGO J.D., *La COIDH y los Derechos de los pueblos indígenas*, UNAM, México.
- Centre for Human Rights, Faculty of Law, *A guide to the African Human Rights system*, Pretoria University Law Press (PULP), 2016.

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010.

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya (2009) AHRLR 75 (ACHPR 2009).

CLAVERO B., *Cometido del Foro permanente para las cuestiones indígenas a la luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, 2008.

Comisión de Derechos Humanos, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, S.ra Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2001/21 11 de junio de 2001.

Comisión Interamericana Derechos Humanos, *Informe Anual 1986/87*, Resolución 3/87, Caso 9647 (USA), 1987.

Comisión Interamericana Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, 1997.

Comisión Interamericana Derechos Humanos, *Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*-Caso N° 7964 nicaragua.

Consejo de Derechos Humanos A/HRC/9/9 11 de agosto de 2008, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-22/16 solicitada por la República de Panamá, *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)*, de 26 de febrero de 2016.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos)*, 1985.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos*, 1989 .
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-22/16, *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)*, 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución n°12/85, Caso n. 7615, *Brasil*, 5 de marzo de 1985.
- DAES E.I. A., *Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas*, Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, Comisión de Derechos Humanos.
- DE DIENHEIM BARRIGUETE C.M., *Algunos apuntes sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en AA.VV., *La ciencia del derecho constitucional comparado en homenaje a Lucio Pegoraro*, vol. I, 2017, pp. 819-844.
- DI STASI A., *La corte Interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un transregional judicial dialogue ad una cross-fertilization?*, in *L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo*, CASSETTI, DI STASI, LANDA ARROYO, *Diritti e Giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Jovene Editore, Napoli, 2014.
- DÍAZ A.P., *Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la corte interamericana de derechos humanos*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 No 1, 2015, pp. 297 – 327.
- EISENBERG A., *Indigenous Cultural Rights and Identity Politics in Canada*, *Review of Constitutional Studies*, vol. 18, issue 1, 2013, pp. 89-109.
- Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, encomendado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías del Consejo Económico-Social de la ONU al relator especial, José Martínez Cobo.

European Charter for Regional or Minority Languages, Strasbourg, 05 November 1992.

European Commission of Human Rights, App. No. 15997/90, *O.B. and Others vs. Norway*.

European Commission of Human Rights, App. No. 9278/81, *G. & E. vs Norway*, 3 October 1983.

European Court of Human Rights, *Handölsdalen Sami Village & Others v. Sweden*, App. No. 39013/04, 30 March 2010.

EVANS-PRITCHARD E., FIRTH R., *Anthropology and colonial affairs*, Man, 49 (12), 137-138.

FIX-ZAMUDIO H., *Orden y valoración de las pruebas en la función contenciosa de la corte interamericana de derechos humanos*, in UNAM.

GARCIA CHAVARRIA A. B., *La prueba en la función jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ciudad de México, 2016.

GENUSSA M.E, NINATTI S., *Due Corti, due Carte, due mondi e (quasi) gli stessi diritti: analogie e dissonanze fra San José e Strasburgo*, en CAPPUCCIO L, TANZARELLA P, *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, Editoriale Scientifica, 2017.

GILBERT J., *Derecho a la tierra como derecho humano*, in Revista internacional de derechos humanos, XVIII edición.

GIORDANO C., *Las infracciones penales y las lógicas culturales: El antropólogo en los tribunales*, en Anuario del Derecho Penal 2010.

GISMONDI G., *Denial of Justice: The Latest Indigenous Land Disputes Before the European Court of Human Rights and the European Court of Human Rights and the Need for an Expansive Interpretation of Protocol I*, YALE HUM. RTS. & DEV. L.J, 2015.

GÓMEZ ISA F., *Los pueblos indígenas y el derecho, prólogo*, Lom Derecho en Democracia, Santiago de Chile, 2013.

GOODALE M., *Anthropology and Law: A critical Introduction*, NYPress, 2017.

GOODALE M., *Toward a Critical Anthropology of Human Rights*, Current Anthropology, Vol. 46, No. 3, June 2006, pp. 485-511.

GRILLO R., *Applied anthropology in the 1980's: Retrospect and prospect*, Tavistock, London, 1985.

GRILLO R., STIRRAT R.L., *Discourses and Development: Anthropological perspectives*, Oxford, Berg, 1997.

- GROPPI T., LECIS COCCO-ORTIS A.M, *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?*, UNED. Revista de Derecho Político, No. 91, septiembre-diciembre 2014, pág. 183-230.
- HENDERSON J., *Mikmaw tenure in Atlantic Canada*, Dalhousie Law Journal, vol.18, No.2, 1995.
- HOLDEN L., *Beyond Anthropological Expert Witnessing: Toward an Integrated Definition of Cultural Expertise* en Sarat A. (curador), *Cultural Expertise and Socio-Legal Studies, Special Issue*, Studies in Law, Politics and Society, vol. 78, Emerald Publishing, 2019.
- HOLDEN L., *Cultural Expertise and Litigation: patterns, conflicts, narratives*, New York and London: Routledge, 2011.
- HOLDEN L., *La cultural expertise contro il rischio del populismo giudiziario*, trascrizione dell'intervento (a cura di Paola Iofrida) tenuto il 2 marzo 2019 al XXII congresso nazionale di Magistratura democratica, nell'ambito della Tavola rotonda «Le regole sotto attacco. Stato di diritto e pulsioni demagogiche».
- Human Rights Committee (HRC). General Comment No. 23: the rights of minorities (Art. 27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5.
- Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas, publicado conjuntamente por la ACHPR/IWGIA 2005.
- JAVIER R.O., *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión*, Instituto interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- JESÚS MOREIRA M.A., *La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios*, disponible en: <https://www.vocesenelfenix.com/content/la-pericia-antropológica-en-los-conflictos-judiciales-de-los-pueblos-originarios>.
- KIRSCH S., *Dilemas del perito experto: derechos indígenas a la tierra en Surinam y Guyana*, University of Michigan, 2018, p. 36-55.
- KOIVUROVA T., Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indig- enous Peoples: Retrospect and Prospects, 18 INT'L J. MINORITY & GROUP RTS. 1, 28 (2011).
- KOVÁCS P., *Indigenous issues under the European Convention on Human Rights, reflected in an Interamerican mirror*, en The George Washington International Law Review, vol. 48, 2006.
- KULICK H, *A new history of Anthropology*, Malden, Blackwell, 2008.

KYMLICKA W., *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Paidós.

LACHENAL C., *Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México*, in "Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena", KAS, 2008.

LANNI S., *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America Latina*, en *Annuario di diritto comparato*, 2013, pp. 159-198.

MARITANO M., *I popoli indigeni e il diritto alla terra: la giurisprudenza evolutiva della Corte interamericana dei diritti umani*, Università degli studi di Torino, 2014.

MAYEN G., *Peritaje cultural*, in *Cuaderno Estado y Derecho* 1, n. 1, Guatemala, KAS, 2014.

MELO M., *Últimos avances en la justiciabilidad de los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, en *SUR- Revista internacional de derechos humanos*, ed. IV, 2006.

MILLER J.R., *Skyscrapers hide the heavens a history of Indian-white relations in Canada*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 2000.

Minority Rights Group International, *African Court to deliver landmark judgment on Ogiek community land rights case against Kenyan government*, press release 22 mayo 2017.

Minority Rights Group International, *Huge victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights*, press release 26 mayo 2017.

MONTEMAYOR C., *La cosmovisión de los pueblos indígenas actuales*, in *Desacatos*, No. 5, 2000, p.95-106.

MONTERO VARGAS G, *La Cosmovisión de los pueblos indígenas*, en FLORESCANO E. (coordinador), *Atlas del Patrimonio Natural, Histórico y Cultural del Estado de Veracruz*, tomo III, Patrimonio Cultural, Comisión para la Conmemoración del Bicentenario de la Independencia Nacional y del Centenario de la Revolución Mexicana, Editora de Gobierno del Estado de Veracruz, 2010.

NUÑEZ AVILA M.D., *El reconocimiento de "la justicia indígena" como agente de la reivindicación de los pueblos indígenas en el marco del pluralismo jurídico*, ANIDIP, 6, 2018, pp. 175-200.

OTIS G., LAURENT A., *Indigenous Land Claims in Europe: The European Court of Human Rights and the Decolonization of Property*, *Arctic Review*, 4(2), 2013.

- PERRONE N., *Artículo 21. Derecho a la propiedad privada*, in ALONSO REGUEIRA E. (a cura di), *La convención americana de derechos humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, 2013, p.356 e ss.
- POGGESCHI G., *I diritti linguistici*, Carocci editore, 2010, p. 311 e ss.
- POSENATO N., *La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali*, Saggi – DPCE online, 2018/1.
- QUINTANA OSUNA K., GÓNGORA MAAS J.J., *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en los sistemas de derechos humanos*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, UNAM, 2017.
- QUIROGA C.M., *La Convención americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, 2005.
- RABO A., *Cultural Expertise in Sweden: A History of Its Use*, Laws, vol. 8, 2019.
- RAMIREZ S.G., *Actualidad y perspectivas de la corte interamericana de derechos humanos*, in UNAM.
- Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1993-1994, anexo XI.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Mariotti, Pisa, 1917.
- ROY, R.D., *Challenges for Juridical Pluralism and Customary Laws of Indigenous Peoples: The Case of the Chittagong Hill Tracts*, Bangladesh, 2004.
- RUGGIU I., *Il giudice antropologo, Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2013.
- RUGGIU I., *The cultural test as cultural expertise: evolution of a legal-Anthropological tool for judges*, Laws 2019, 8 (3), 15.
- RUIZ CHIRIBOGIA O., *El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales*, in *Revista internacional de derechos humanos*, V edizione.
- RUSSO A. M., SIMÓN I. W., *La corte interamericana e il diritto alla propiedad comunal indígena: un'analisi nella prospettiva del riconoscimento e della diversità culturale*, il Mulino, 2017.
- Russo A.M, *Articolo 21-diritto di proprietà*, en *Commenti alla prima parte della Convenzione Americana dei diritti umani*, parte I, Editoriale Scientifica, 2017.

- SAAVEDRA ÁLVAREZ Y., *El sistema africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Prolegómenos*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VIII, 2008, pp. 671-712.
- SANCHEZ-CASTAÑEDA A., *Los orígenes del pluralismo jurídico*, en González Martín N., *Estudios en Homenaje a Marta Morineau*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SCHETTINI A., *Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de derechos humanos*, in Sur, Revista internacional de derechos humanos, ed. XVII, 2012.
- Seventh Annual Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights 1993-1994, anexo XIII, párrafo 3 y último, o aún puede referirse a una minoría o grupo étnico como algo de distinto del Estado, *Cfr* Resolution on Zaire, Tenth Annual Activity.
- SIMPSON T., *Patrimonio indígena y autodeterminación*, Programa de los Pueblos de los bosques e IWGIA n.22, Copenhagen.
- SOLOVEY M., *Project Camelot and the 1960s epistemologic revolution. Social studies of Science*, 31(2), 171-206.
- SOTO AGUILAR M.E., *El peritaje cultural como medio de prueba dentro del proceso penal, por el respeto de la identidad cultural de los pueblos indígenas*, Revista Jurídica IUS Doctrina, No.11, 2014.
- STAVENHAGEN R., *Mensaje del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Dr. Rodolfo Stavenhagen, Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007.
- STAVENHAGEN R., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Cuadernos IDECA, observatorio Pueblos Indígenas, 2010.
- STAVENHAGEN R., *Los Derechos Humanos y las cuestiones Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión, E/CN.4/2006/78/Add.1 18 de enero de 2006.
- STAVENHAGEN R., *Siete tesis equivocadas sobre América Latina*, en STAVENHAGEN R., *sociología y Subdesarrollo*, México, D.F, Nuestro Tiempo, 1981.
- STEINER C., URIBE P., (a cargo de), *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario*, KAS, 2014.

Third Activity Report of the African Commission on Human and People's Rights 1989-1990.

TOMASELLI A., *Tutela dei popoli indigeni in America latina: equilibrismi tra costruzioni costituzionali e standard internazionali*, en G. POGGESCHI, *Le iperminoranze*, Lecce, 2012.

TONIATTI R., *Il paradigma costituzionale dell'inclusione della diversità culturale in Europa e in America Latina: premesse per una ricerca comparata sui rispettivi modelli*, in "La ciencia del derecho constitucional comparado en homenaje a Lucio Pegoraro", vol. III, 2017.

TRIGGER D., *Anthropology in Native Title Court Cases: "Mere Pleading, Expert Opinion or Hearsay"?*, en TOUSSAINT S. (Ed.), *Crossing Boundaries: Cultural, legal, historical and practice issues in native title*, Carlton, Victoria: Melbourne University Press, pp. 24-33.

URIBE M.I., *La flexibilidad probatoria en el procedimiento de la corte interamericana de derechos humanos*, Bogotá, 2012.

VALLADARES DE LA CRUZ L. R., *El peritaje antropológico: los retos del entendimiento intercultural*, UAM.

YRIGOYEN FAJARDO R. Z., *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en RODRIGUEZ GARAVITO C.(curador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, 2011.

YRIGOYEN R., *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en BERRAONDO M, (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

NORMATIVAS CITADAS

Carta de las Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disponible en: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>.

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos Convención Europea sobre los Derechos Humanos, disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.

Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf.

Cumbre Judicial Iberoamericana “Las reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad Garífuna de punta piedra y sus miembros vs. Honduras*, 2015

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok kásek vs Paraguay*, 2010

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Suriname*, 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*, 2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004

Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, 2004

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiquez v Ecuador*, 2007

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Garífuna triunfo de la cruz y sus miembros vs. Honduras*, 2015

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 2005

Corte Interamericana de Derechos Humanos *Pueblos indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 2012

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígena Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígena Xucuru y sus miembros vs Brasil*, 2018

Mashpee Tribe vs. New Seabury Corp., 592 F.2d 575 (1st Cir. 1979)

R. Vs. Van Der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507

Milirrpum vs Nabalco Pty Ltd (1971) 17 FLR 141, 161.

ACoHPR, African Commission on Human and People's Rights (Ogiek) vs Kenya, Application No. 006/2012. Sentencia del 26 de mayo de 2017.

SERAC & Another v Nigeria (2001). Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) & Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001).

Corte di Cassazione, sez. Pen. I, n°24084/2017