

Corte Interamericana de Derechos Humanos y derechos territoriales de los pueblos indígenas. Estudio de impacto de sentencias

POR **FABIÁN MURUA** (*)

Sumario: I. Introducción. Metodología. — II. Brevísimos abordaje del derecho indígena. — III. Estudio de impacto de sentencias en materia de derechos humanos. — IV. El impacto de las sentencias sobre los derechos territoriales. — V. Conclusión. — VI. Bibliografía.

Resumen: desde hace ya más de diez años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos que integran el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han venido elaborando una rica e innovadora jurisprudencia en materia de derecho a la propiedad colectiva indígena, aun frente a la carencia de un instrumento convencional en la región que dé protección expresa a dicho derecho. El presente trabajo no intenta sistematizar ni reproducir los mencionados avances jurisprudenciales, sino más bien pararse en la etapa procesal de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana y tratar de dar cuenta en qué medida sus decisiones fueron efectivamente cumplidas y qué estrategias o instrumentos ha utilizado el Tribunal para lograrlo.

Palabras claves: derecho indígena - ejecución de sentencias - propiedad colectiva

American Court of Human Rights and indigenous territorial right. Impact study of judgments

Abstract: *for more than ten years, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, bodies that make up the Inter-American System for the Protection of Human Rights have been developing a rich and innovative jurisprudence on the right to Indian collectively owned, even in the face of the lack of a conventional instrument in the region that expressly protect that right. This paper does not attempt to systematize or reproduce the above jurisprudential advances, but rather stand on the procedural stage of compliance with the judgments of the Court and try to realize the extent to which their decisions were effectively enforced and that strategies or instruments used the Court to do so.*

Keywords: *indigenous law - enforcement of judgments - collective ownership*

I. Introducción. Metodología

Quiero comenzar estas líneas poniendo en el centro de la escena un punto crucial en materia de derechos humanos. Durante los últimos años las discusiones en torno a los derechos se han basado en temas de suma importancia, como la amplitud con la que constituciones y jueces reconocen los derechos, la justiciabilidad de estos últimos o la legitimidad de actuación de los órganos internacionales de protección de derechos. Sin perjuicio de que no se trata de discusiones totalmente terminadas, pienso que hay que empezar a poner el ojo en otro lado. Hay que comenzar a preguntarse sobre el impacto real de todo este conjunto de normas, interpretaciones y sistemas de protección,

(*) Prof. Adscripto a la Cátedra I Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

es decir, si en definitiva esto ha transformado la vida de los pueblos, si contribuye al cambio social o si por el contrario poco de ello sucede y lo que hemos discutido a lo largo de estos años no se traduce en el disfrute de mayores derechos y libertades, especialmente de aquellos grupos históricamente desplazados.

Siguiendo los interrogantes planteados en este trabajo intentaré dar cuenta del impacto real de las decisiones que ha producido el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIDH) en materia del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, en especial, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), que frente a la resistencia o mera incomprensión de la justicia doméstica de los países americanos, tuvo la virtud de construir jurisprudencia en la materia. Observaré si los nóveles avances se traducen en la vida concreta, pues como ha afirmado lúcidamente César Rodríguez Garavito (2012: 12):

“Son estos artefactos jurídicos —la sucesión de los tiempos procesales, la arquitectura de las leyes y los fallos, la afirmación de la igualdad entre las partes en litigio— los que generan la ilusión de orden y nos hacen olvidar, por un instante, que estamos en el corazón del caos”.

Sin duda se trata de una pregunta incómoda pero que no puedo eludir, pues en todo caso es la que da sentido a lo realizado.

La primera parte del trabajo, de brevísimos contornos, la dedicaré a repasar a los procesos y rupturas del derecho indígena en América, solo a los efectos de situarnos en la actualidad. En la segunda parte explicaré qué se entiende por impactos de sentencias según los actuales avances metodológicos en este campo, cuál será el campo de medición y qué mecanismo específico utilizaré para ello. Por último, desarrollaré el impacto real de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por razones de espacio excluyo del análisis las recomendaciones y soluciones amistosas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

II. Abordaje del derecho indígena

José Carlos Mariategui postulaba que “la actual sociedad peruana tiene el pecado original de la conquista. El pecado de haber nacido y haberse formado sin el indio y contra el indio” (1986: 83). Nada refleja mejor que esta frase la doble relación que mantuvo el constitucionalismo liberal con los pueblos indígenas. En efecto, este primer ciclo u oleada constitucional en América, como gustan llamar los estudiosos del tema, estuvo caracterizada por una doble forma de negación de “lo indígena”, oscilante entre el monismo jurídico-político y el asimilacionismo cultural. Fiel exponente de este modelo es la Constitución Argentina de 1853, que mientras ocultaba las realidades indígenas, entre ellas la organización política indígena y la forma de propiedad comunal, mecanismo profundizado por el viejo Código de Vélez Sarsfield, formalizaba la conversión religiosa a través del viejo artículo 69 inc. 15 (1). En sentido similar iría el artículo 24 y sig. del Acta Constitucional de Nueva Granada de 1811 o el artículo 90 de la Constitución de Perú de 1823. Más aún, en el caso de la carta constitucional argentina, mientras abría sus puertas para los hombres que quieran habitar el suelo argentino, desplazaba de ese suelo a sus habitantes originarios.

Vale decir, se trató de una suerte de cosmopolitismo global que despreció la “diferencia interior” (Bhabha, 2013: 95), un mecanismo congruente presente en la mente de los padres fundadores, europeizar la sociedad argentina a la vez que se apropiaban de las tierras. En definitiva, fue una oleada de procesos constituyentes (y deconstituyentes) nacidas al calor de los procesos independentistas,

(1) Quiero dejar en claro, en sintonía con lo que hizo Mariategui, que el problema asimilacionista de índole “cultural”, queda en un segundo plano frente al primero ya que éste integra el gran drama socio económico, el derecho a la tierra. En este sentido Mariategui afirmaba que “No nos contentamos con reivindicar el derecho del indio a la educación, a la cultura, al progreso, al amor y al cielo. Comenzamos por reivindicar, categóricamente, su derecho a la tierra” (1984: 50).

pero que lejos de ser democráticos, fueron excluyentes (Pisarello, 2014), en sentido procesal y sustancial, es decir, desde su forma de producción hasta los resultados de esos procesos.

A estos procesos constituyentes fundacionales le siguió en la región un ciclo de ruptura y renovación, el advenimiento del constitucionalismo social signado por cambios en materia economía y en la composición social en países como Argentina así como por las revoluciones de comienzo de siglo XX, en especial levantamientos de obreros, indígenas y campesinos y el hito que significó la Constitución de Querétaro en 1917 (Gargarella, 2015). Este segundo período constitucional, que en materia indígena fue llamado *indigenismo integracionista* (Irigoyen Fajardo, 2011), y que tuvo como piedra basal la Convención de Patzcuaro aprobada en 1940, en rigor de verdad no fue uniforme en cuanto al tratamiento de la cuestión.

Por una parte, la ya mencionada Constitución mexicana que abrió el camino del constitucionalismo social en la región, en una de sus tres cláusulas sociales, el extensísimo artículo 27 reconoció los derechos territoriales al establecer que:

“los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren”.

En un sentido similar la Constitución peruana de 1923 en sus artículos 207, 208 y 209 reconoció el derecho de las comunidades indígenas a la existencia legal y personería jurídica y a “la integridad de la propiedad de las comunidades” a su imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Por otro lado, algunas cartas constitucionales como la del Perú de 1920 en su artículo 58 o la de Ecuador de 1929 en el artículo 167 se limitaron a extender los beneficios de la “cuestión social” a la raza indígena, y en algunos casos como la Constitución guatemalteca de 1945, el reconocimiento de los “usos y costumbres” indígenas. También es posible encontrar en este disímil ciclo constitucional, rasgos asimilacionistas propios del constitucionalismo liberal. Un buen ejemplo de ello es la Constitución venezolana de 1924 que en su artículo 80 disponía que “(...) el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de ‘la República’ donde hay indígenas que civilizar”. Es oportuno señalar que por estos años comienzan a organizarse los primeros congresos indígenas (Mariategui, 1928), lo que hizo posible llevar las reivindicaciones regionales a niveles nacionales e ir perfilando un auténtico movimiento indígena.

Finalmente, la anhelada oleada constitucional de pleno reconocimiento de los derechos indígenas, caracterizada por la consagración de una serie de derechos diferenciales, inició su trayectoria con la Constitución guatemalteca de 1985 y se dividiría a su vez en dos grandes bloques: el primero denominado constitucionalismo pluricultural, acompañado por el avance internacionalista que significó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; y el segundo, llamado constitucionalismo plurinacional, de la mano de las Constituciones de Bolivia y Ecuador, y en paralelo el hito que significó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP).

En este nuevo contexto, se inscribe el arribo de la cuestión indígena al SIDH y el avance de la jurisprudencia de la CIDH y la Corte.

III. Estudio de impacto de sentencias en materia de derechos humanos

Durante los últimos años aparecieron en la literatura jurídica estudios sobre el impacto de las sentencias judiciales en materia de derechos humanos, tanto en casos individuales, como en litigios de corte estructural. Los mencionados estudios de casos parten de diversos enfoques y adoptan diferentes tipologías para determinar el impacto real de las decisiones judiciales. En la región César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco han dado cuenta de estas diferentes posturas.

De un lado los neorrealistas quienes enfocan sus estudios de casos en los efectos directos de una decisión judicial, es decir aquellos que provocan un cambio real en la situación de las partes involucradas en un litigio. Por el otro los constructivistas, quienes entienden que las sentencias judiciales provocan otro tipo de efectos que merecen ser considerados y estudiados y que exceden a las partes del juicio. Por ejemplo, el desencadenamiento de reformas legales o el uso del precedente por otros litigantes en casos análogos (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2015).

Por otro lado, hay coincidencia en identificar tres niveles o bloques de contenido de una decisión judicial, no así en lo que cada nivel debe contener. En un primer nivel, el más tradicional, se halla el reconocimiento del derecho que hace un juez o tribunal en una sentencia, el cual también reconoce diferentes niveles. El segundo bloque está orientado ya al mandamiento judicial, es decir lo que el juez ordena para proteger (de manera preventiva o reparatoria) un derecho. A su vez de dentro de este se encuentran sub niveles. De más débil a más fuerte, una orden judicial ambigua e imprecisa sin directivas concretas a una serie de medidas encaminadas a implementar la sentencia reconociendo en último nivel la construcción de una política pública por parte del juez. En el medio, el constitucionalismo dialógico postula y reivindica soluciones judiciales basadas en el diálogo como mecanismo para superar las dificultades democráticas que suponen una intervención judicial robusta y por otro, la intuición de que constituyen mecanismos más eficaces a la hora de la implementación.

Por último, lo que constituye el punto central de este trabajo, los mecanismos judiciales de seguimiento a los efectos de verificar el cumplimiento de la decisión. Como en los otros niveles aquí también aparecen sub niveles. En el extremo débil, un sistema donde el tribunal que tomó la decisión se desliga y no pone en cabeza de nadie su cumplimiento a los casos donde se delega en alguien o se asume la potestad de seguimiento. Aquí también, se pueden encontrar experiencias vinculadas al constitucionalismo dialógico, sobre todo en las audiencias de rendición de cuentas.

Concretamente, en referencia al proceso ante la Corte IDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención) no prevé un procedimiento de supervisión de sentencias, sino que ello se encuentra regulado en el reglamento de la Corte. En su artículo 69 se establece un sistema de supervisión a través de la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. Asimismo, señala que: “la Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes”. Por otra parte, estipula que cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. Un punto a tener en cuenta es que debido a la complejidad del sistema de reparaciones que ha diseñado la Corte en su jurisprudencia, el sistema de seguimiento requiere de la supervisión de varias medidas dispuestas en las sentencias de fondo, para lo que se vale del pedido de información, la realización de audiencias y el dictado de sentencias de seguimiento hasta lograr su cumplimiento íntegro.

El campo de supervisión del presente trabajo recae sobre las decisiones de la Corte en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas. En este análisis me enfocaré en estudiar solo los efectos directos de seis sentencias emitidas por el Tribunal, con situaciones variables; en algunos casos se trata de comunidades con posesión histórica de los territorios con o sin reconocimiento del Estado y en otros casos existe una desposesión o desplazamiento territorial. El estudio de los efectos directos de las sentencias de la Corte lo realizaré a través del análisis de las resoluciones de seguimiento de sentencias que hace el propio Tribunal en cada caso.

IV. El impacto de las sentencias sobre los derechos territoriales

El lunes 19 de octubre de 2015, en el marco de la audiencia pública denominada “Situación de derechos humanos de defensores y defensoras del medio ambiente en el contexto de las industrias

extractivas en América” perteneciente al 156 período de sesiones de la CIDH, Raquel Irigoyen Fajardo dio cuenta de la existencia de un tercer ciclo histórico de invasiones territoriales: la presencia de corporaciones trasnacionales en territorios de pueblos indígenas para la extracción de recursos naturales. Contra esta situación los pueblos indígenas, que venían organizándose, comenzaron a ir a los foros internacionales y desembarcaron en el Sistema Interamericano a partir de la traducción de los reclamos indígenas en un lenguaje de derechos, los derechos humanos, de naturaleza occidentales y ajenos a estos (Benedetti, 2011) y utilizaron a la CIDH y la Corte IDH como una suerte de muro de contención contra este fenómeno. Sobre esto último, es destacable la labor interpretativa de la CIDH y la Corte IDH que permitió leer el derecho *al uso y goce de los bienes* reconocido en el artículo 21 de la CADH en términos de propiedad colectiva indígena y construir jurisprudencia a partir de esto (Benedetti, 2011). Ese valor interpretativo se acrecenta en la medida de que se trató de una interpretación participante (Benedetti, 2011) a través de la incorporación el los procesos de la cosmovisión de los pueblos indígenas, en el marco de las audiencias realizadas.

A partir de lo dicho, a continuación presentaré los diferentes casos resueltos en el SIDH, los mandamientos y el grado de implementación a la fecha.

IV.1. El caso “Mayagna”; una primera sentencia de derechos territoriales

En el año 2001 la Corte resolvió el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, recordado por ser el primero en la materia, inaugurando la interpretación evolutiva del artículo 21 de la CADH y destacado por el voto razonado conjunto que caracterizó a la propiedad comunal en su dimensión intertemporal, desde la cosmovisión de la propia comunidad.

En el caso, las víctimas reclamaban delimitación y titulación de las tierras por lo que la Corte condenó al Estado de Nicaragua a la adopción de tres puntos indispensables para tutelar el derecho a la propiedad de la comunidad, estos son:

- Adoptar en su derecho interno, las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas.
- Delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna estableciendo para ello un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad.
- Abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe la delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, terceros que actúen con su aquiescencia o tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

El cumplimiento de lo ordenado fue verificado por la Corte a través del dictado de tres sentencias. En base a los informes presentados por el Estado durante los años 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 y las observaciones a los mismos, realizadas por los representantes de las víctimas y la Comisión IDH, a más de 7 años de la decisión de fondo, el Tribunal emitió una primera sentencia de cumplimiento en el año 2008. En ella se dispuso que debido a la insuficiencia de la información aportada por el Estado era conveniente la realización de una audiencia, que fue realizada el 3 de mayo de 2008 y de la que surgió el “Acta de acuerdos entre las Representaciones Legales del Estado y la Comunidad de Awas Tingni”, suscripta por las víctimas y sus representantes, el Estado y la Comisión Interamericana. En virtud de esto el 7 de mayo de 2008 se dictó una nueva sentencia de cumplimiento.

En relación al primer punto, la adopción de medidas legislativas, la Corte lo tuvo por cumplido en la mencionada decisión. Allí considero que el Estado nicaragüense dio cumplimiento en el año 2003 a través de la aprobación de la ley N° 445, nominada *Ley del Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz*. La misma establece el procedimiento para avanzar en la demarcación y titulación de tierras de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica y de los ríos Coco, Bocay, Indio y Maíz (presentación de solicitud demarcatoria, solución de conflictos, medición de tierra y amojonamiento, titulación y saneamiento) así como los órganos estatales intervinientes. Sobre esto es interesante destacar, que el Estado y los representantes de los miembros de la Comunidad crearon el 16 de abril de 2002 una comisión conjunta, denominada “comisión II”, a fin de dar seguimiento al cumplimiento por parte del Estado de dicho punto resolutivo, lo que demuestra que la sentencia de fondo permitió abrir en poco tiempo una agenda conjunta entre las partes.

En cuanto al segundo y tercer punto, la delimitación, demarcación y titulación de tierras de la Comunidad Mayagna, así como el deber de abstención, la Corte verificó que no se había cumplido hasta la fecha a pesar de la celebración de diversas reuniones, debido a una serie de conflictos limítrofes con otras comunidades, que finalmente fue zanjado en el año 2007. A pesar de esto, el Estado se comprometió a dar cumplimiento a este punto a través de la mencionada “Acta de acuerdos”. Finalmente, en sentencia del 3 de abril de 2009, el Tribunal constato la delimitación, demarcación y titulación de tierras y la entrega del título de propiedad por 73,394 hectáreas en una ceremonia que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2008. De esta manera, se tuvo por cumplidos íntegramente, los puntos ordenados en la sentencia de fondo.

IV. 2. Dos casos de pueblos tribales contra Surinam

El optimismo que aflora por el cumplimiento íntegro del *leading case* es rápidamente contrarrestado al analizar el seguimiento de dos sentencias en materia de comunidades afrodescendientes. En efecto, el Tribunal interamericano no solo ha tenido oportunidad de pronunciarse en materia de pueblos indígenas sino, que también ha podido sumar a su jurisprudencia, la protección de pueblos tribales, en especial la situación de comunidades afrodescendientes de Surinam (2). Sin perjuicio de ello, cabe adelantar a los efectos de no sumar falsas expectativas, que las decisiones de la Corte en estos casos, en buena medida no han sido cumplidas.

El primero de ellos, el caso de la “Comunidad Moiwana *vs.* Surinam” resuelto por la Corte en el año 2005, versó sobre la matanza y desplazamiento forzado de miembros de la aldea Moiwana, acaecida el 29 de noviembre de 1986, en el marco de una operación militar llevada adelante por el ejército Nacional. Desde su huida, la aldea de Moiwana y sus tierras tradicionales circundantes quedaron abandonadas y los miembros de la comunidad no han podido volver porque creen que hasta tanto no obtengan justicia por los hechos del 29 de noviembre de 1986, no será posible aplacar a los espíritus enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional y dejar de temer que se hostilice a su comunidad. Al igual que en la mayoría de los Estados americanos la investigación y juzgamiento fue obstaculizada por una ley de amnistía dictada en el año 1992. Con respecto al primer caso que tuvo que resolver la Corte, el de la comunidad Moiwana tuvo dos diferencias sustanciales. En primer lugar se trató de los derechos de un pueblo tribal, la comunidad N’djuka, también protegida por el Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar aquí si hubo una pérdida de la posesión del territorio y no alcanzando para ello la devolución sino que también era necesario la investigación y juzgamiento de los responsables. En orden a las reparaciones, la Corte dispuso las siguientes medidas:

- En primer lugar reiteró su jurisprudencia en orden a considerar que las leyes de amnistía o la prescripción no pueden ser obstáculos que impidan la investigación y juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos y ordenó al Estado identificar, juzgar y sancionar a los responsables de los hechos ocurridos en 1986. A diferencia de otros casos donde el Tribunal ha

(2) Se trata de grupos descendientes de esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante el siglo XVII.

ordenado esta medida de reparación en orden a garantizar el derecho a la verdad así como el derecho a la protección judicial, en el presente tiene aristas diferentes al vincularse, además de los derechos aludidos, al derecho de propiedad colectiva ya que este resulta un paso indispensable para que los miembros del clan puedan volver a ocupar su territorio.

- En segundo lugar ordenó al Estado adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad Moiwana su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios. Asimismo ordenó que las mismas deberían incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.

- También se dispuso que el Estado debe garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad Moiwana que decidan regresar a la aldea de Moiwana.

- Por último, como novedad se ordenó la implementación de un fondo de desarrollo comunitario por el monto un millón doscientos mil dólares destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad y un comité de implementación.

Hasta la fecha la Corte ha dictado tres sentencias de supervisión del cumplimiento (2007, 2009 y 2010) con resultados negativos en cuanto a los puntos que nos interesan. Es decir, al tiempo de la última resolución judicial, el Estado no cumplió con la obligación de llevar adelante una investigación de los crímenes perpetrados, ni ha recuperado los restos de los miembros asesinados, ni ha adoptado medidas tendientes a garantizar los derechos territoriales de la Comunidad Moiwana, solo ha cumplido parcialmente con la creación de un fondo de desarrollo comunitario. También es un dato relevante que la Corte ordenó a Surinam a presentar en el año 2011 un informe de avances, sin que se sepa al momento el estado actual del tema.

En el año 2008 la Corte volvió a resolver un caso de pueblos tribales, nuevamente sobre las comunidades afrodescendientes que habitan en Surinam, el caso del Pueblo Saramaka. El presente tiene particularidades propias que lo diferencian del anterior ya que no hubo pérdida del territorio sino, violación a los derechos territoriales y a la consulta previa, por el otorgamiento de concesiones a empresas forestales y mineras así como también, por un cuerpo normativo que no protege acabadamente el derecho a la propiedad colectiva. Así también como novedad se destaca el marco jurídico utilizado por la Corte al interpretar el artículo 21 de la CADH a la luz del derecho a la autodeterminación de los pueblos reconocido en el artículos 1 en común al Pacto DESC y al PDCP, de la protección de las minorías reconocido en el artículo 27 del PIDCP y del artículo 32 de la —en ese entonces muy recientemente aprobada— UNDRIP. Otro punto de especial relevancia tuvo que ver con una apreciación que hace la Corte, citando al Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, sobre la necesidad de consentimiento, previo, libre e informado por lo menos cuando se esta ante grandes proyectos de desarrollo. En cuanto a las reparaciones, el Tribunal ordenó al Estado a:

- Delimitar, demarcar y otorgar título colectivo y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, y a abstenerse de afectar los derechos territoriales hasta que no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo.

- En relación a las concesiones otorgadas el Estado debía revisar y evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka.

- Eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka.

- Adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de: a) reconocer, proteger y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos a los territorios que tradicionalmente han ocupado y utilizado, y b) reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se lleven a cabo.
- El Estado debe asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y, previas al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka.

Hasta la fecha se dictaron tres sentencias de seguimiento (2010, 2011 y 2013) de las que se desprende el incumplimiento íntegro de los puntos señalados por parte del Estado de Surinam. En definitiva, en ninguno de los dos casos el Estado de Surinam dio cumplimiento a los puntos de las sentencias vinculados a restituir y/o proteger los derechos al territorio de las comunidades involuacradas.

IV. 3. La situación de los pueblos indígenas en Paraguay. Tres casos contextualizadores

La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en tres ocasiones en relación a la situación que atraviesan las comunidades indígenas que habitan el gran Chaco paraguayo, siendo el primero de ellos el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa en el año 2005, el segundo el caso de la Comunidad Sawhoymaxa en 2006 y el último, el caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek en 2010.

Los tres casos se desarrollaron en el marco de una campaña de reivindicación de tierras ancestrales iniciada a inicios de la década del noventa. A finales del siglo XIX las comunidades indígenas del Chaco Paraguayo sufrieron la pérdida de grandes extensiones de tierra por la venta de las mismas a empresas británicas. Como consecuencia de esto se establecieron en la zona, estancias donde fueron empleados los indígenas, también misiones de la iglesia anglicana que se instalaban con la perspectiva de convertir a las comunidades. Desde hace unos veinte años parte de estas comunidades se encuentran en asentamientos ubicados al costado de una ruta, en una situación de emergencia humanitaria reconocida por el propio Estado, al extremo de declarar el estado de emergencia por medio del decreto presidencial N° 3789. En el caso de la comunidad Xákmok Kásek, en el año 2008 se trasladaron y asentaron en un territorio de 1.500 hectáreas cedidas por las comunidades Angaité.

Estos precedentes, en los que las comunidades buscaron la recuperación de sus territorios, presentan un punto destacado en la confrontación de dos visiones del derecho de propiedad. El individual, clásicamente protegido por el constitucionalismo y defendido por las estancias de la zona que rechazaron las ofertas del gobierno paraguayo para comprar parte de sus tierras y se opusieron a todo intento expropiatorio, y el colectivo defendido por las comunidades, por lo que la Corte debió proceder a ponderar los derechos en juego y buscar una solución alternativa a la eventual imposibilidad de restitución de las tierras.

En el caso “Yakye Axa” la Corte ordenó al Estado identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad y entregárselos de manera gratuita, estableciendo un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la sentencia. Sin embargo, otorgó un margen de apreciación para que el Estado valore la procedencia de un procedimiento expropiatorio de las tierras en manos privadas bajo la doctrina del “test tripartito o escrutinio de proporcionalidad” y en caso

de que no fuera posible, ordenó al Estado la entrega de tierras alternativas, elegidas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres y disponiendo que en uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

Por otro lado ordenó la creación de un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, y por último dispuso que el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas. Lo dicho hasta aquí en materia de reparaciones le cabe también al caso de la Comunidad Sawhoyamaxa. En la sentencia de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek, ordeno además la titulación de las tierras cedidas por la comunidad Angaité, sin perjuicio del deber de restituir el territorio tradicional. Por los vínculos existentes, en lo siguiente se analiza el cumplimiento de los tres casos en conjunto.

Respecto del caso “Yakye Axa” hasta la fecha la Corte ha dictado dos sentencias de supervisión de cumplimiento; una en 2007 y otra en 2008. Frente a los escasos avances y la poca información aportada por el Estado, tras la primera supervisión la Corte decidió celebrar una audiencia el 4 de febrero del 2008 e inmediatamente después dictó una nueva resolución judicial. En ella expuso el incumplimiento de lo resuelto, sobre todo en relación a los puntos más sensibles, la entrega de los territorios y la creación de un fondo para adquirirlos. Los escasos avances se vinculan a una resolución del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), del año 2007, por la que se resolvió solicitar la expropiación de dos inmuebles, sin que dicha iniciativa prosperara, y por otra resolución del mismo organismo dictada en el año 2006, por la que se creó el mencionado fondo y se destinó la suma de 600.000.000 Guaraníes del Presupuesto del ejercicio del año 2006 para la apertura de una Cuenta en el Banco Central del Paraguay y además, presupuestar la suma de 10.000.000.000 Guaraníes en el ejercicio de 2007 para incrementar el indicado fondo. Sin embargo, los representantes indicaron que se dirigieron al Banco Central del Paraguay y al INDI y confirmaron la inexistencia de una cuenta destinada a los fondos para la adquisición de las tierras.

En relación al caso “Sawhoyamaxa” dictó cuatro sentencias de seguimiento; dos durante el año 2007, una durante el 2008 y una en el año 2009. Al igual que el anterior, frente a los nulos avances el Tribunal dispuso la realización de una audiencia el 4 de febrero del 2008 y posteriormente dictó una nueva resolución judicial en la que se puso de manifiesto la falta de avances concretos. En este sentido la Corte requirió al Estado que adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo resuelto y le ordenó la presentación de un informe de avances, a más tardar en un plazo de tres meses. Posteriormente, en mayo de 2008 y en 2009 la República del Paraguay informó sobre el avance en el cumplimiento de la Sentencia. En el último informe, remitió copia del decreto N° 1.595 del 26 de febrero de 2009 en vinculación a la Creación e Integración de la Comisión Interinstitucional responsable de la ejecución de las acciones necesarias para el cumplimiento de las Sentencias Internacionales (CICSI) dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Recomendaciones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En cuanto a la entrega de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, el Estado informó y probó que el 30 de abril de 2008 se procedió al depósito de cuatrocientos millones de guaraníes en un fondo abierto a favor de la Comunidad para la adquisición de sus tierras tradicionales. Sin embargo hasta el momento no se había comprobado la realización de ninguna acción tendiente a acercarse al actual detentador de la titularidad de las tierras para iniciar alguna negociación. Nuevamente, la Corte dispuso la realización de una audiencia a realizarse en julio de 2009, para recibir información sobre avances.

Finalmente, la Corte convocó a una nueva audiencia privada de supervisión de cumplimiento de sentencia, pero esta vez de manera conjunta para las tres sentencias de fondo contra Paraguay, los

casos de las Comunidades Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Yákmok Kásek, la que fue celebrada el 21 de mayo de 2014. Poco más de un año después, el 24 de junio de 2015 la Corte dictó una nueva sentencia en la que se realizó un control de cumplimiento en relación a los tres casos. Esta supervisión conjunta se debe a que en las sentencias de los tres casos la Corte ordenó reparaciones relativas a la identificación, entrega y titulación de las tierras tradicionales reclamadas por esas comunidades, y, en dos de ellas, la creación de un fondo para la adquisición de las tierras. Veamos cuales fueron los avances.

En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa el Estado debía identificar el territorio tradicional de los miembros de la comunidad y entregárselos de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la sentencia y analizar la posibilidad de un procedimiento expropiatorio y si esto no fuera posible, la entrega de tierras alternativas, elegidas de modo consensuado con la Comunidad. Frente al fracaso en el Congreso Nacional de las iniciativas expropiatorias presentadas por el Poder Ejecutivo, la alternativa posible fue la compra de otras tierras, las cuales fueron verificadas previamente por los líderes de la comunidad.

Los representantes prestaron conformidad aceptando tierras alternativas ofrecidas por el Estado estableciendo como requisito para ello, la construcción de un camino de acceso a las tierras. Las mismas se ubican en lugares de difícil acceso y por tanto es indispensable una ruta que lo comuniquen con las localidades cercanas. En razón de esto, el Estado debió promover acciones judiciales ya que no todos los propietarios de las tierras por las cuales atravesaría el camino de acceso de la comunidad estuvieron de acuerdo en permitir el paso del mismo. Por lo tanto, todavía no se ha dado cumplimiento íntegro a la obligación de entregar tierras aun cuando existen avances considerables.

En relación a la creación de fondos para la adquisición de tierras, se tuvo por acreditado la apertura de una cuenta pero el Estado no informó con claridad si se trataba de fondos destinados a cumplir con la sentencia de Yakye Axa o Sawhoyamaxa. Así también, de manera lamentable el Estado informó de una reprogramación presupuestaria de dichos fondos por presuntos casos de corrupción, en los que funcionarios paraguayos sustrajeron ilegalmente parte de los fondos, por lo que dicha medida no pudo darse por cumplida.

En el caso de la Comunidad Sawhoyamaxa pesaba sobre el Estado similar obligación que la arriba expuesta, pero a diferencia de “Yakye Axa”, se adquirieron las tierras tradicionales. El 21 de mayo de 2014, mismo día en que se realizó la audiencia ante la Corte, el Estado Paraguayo aprobó una ley de expropiación por la cual se adquirió las tierras tradicionales correspondientes a la comunidad Sawhoyamaxa, sin perjuicio de que parte de la comunidad ya ocupaba desde hace algún tiempo las tierras. Frente a esta ley, propietarios privados iniciaron una acción de inconstitucionalidad que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Se trata de tierras ubicadas en el km 370 de la ruta Coronel Rafael Franco, que va de Concepción a Pozo Colorado, y que se encuentra dividida por la ruta, más de 11.000 hectáreas de un lado y aproximadamente 3.000 del otro. Sin embargo, todavía queda pendiente la entrega formal de las tierras a través de la expedición del título de propiedad.

En el caso Comunidad Xákmok Kásek el Estado debía identificar y devolver 10.700 hectáreas de territorio tradicional de la Comunidad o entregar tierras alternativas si existieren motivos fundados, y titular las 1.500 hectáreas denominadas “25 de Febrero”.

Asimismo, estableció un plazo de tres años a partir de la notificación de la Sentencia para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad, pero realizó una innovación con respecto a los dos casos anteriores, ya que además, la Corte determinó que si el plazo de tres años fijado o una prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad, en representación de sus miembros, una cantidad de diez mil dólares por cada

mes de retraso. Es evidente que esta suerte de multa procesal deviene de la propia experiencia de la Corte ya que en los dos casos anteriores el Estado incumplió con el plazo de tres años establecido.

En este caso, se trata de 10.700 hectáreas; 3.000 hectáreas que pertenecen a una sociedad anónima y 7.700 a favor de otra. Con respecto a la primera quedó acreditado que no hubo avance en las negociaciones a fin de adquirirlas. En relación a las otras 7.700 hectáreas, se constató que recién a partir del año 2013 Paraguay entabló negociaciones con la empresa propietaria. Sin embargo, el Estado no aportó documentación que diera cuenta de los avances para la adquisición de las tierras referidas por lo que la Corte no tuvo por cumplido con su obligación de devolver a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek las 10.700 hectáreas reclamadas por ésta. Tampoco el Estado aportó información sobre la titulación del territorio denominado 25 de Febrero. En razón del incumplimiento la Corte efectivamente aplicó la sanción pecuniaria y condenó a Paraguay al pago de 90 mil dólares por los nueve meses de retraso que llevaba desde el vencimiento de la prórroga otorgada.

V. Conclusión

De lo analizado es posible realizar algunas apreciaciones. Como se sabe, la Corte Interamericana está facultada por la Convención Americana a dictar sentencias y establecer reparaciones a las violaciones de derechos humanos, pero carece de una policía interamericana para hacer cumplir sus sentencias. Pero lo señalado no es muy diferente de lo que sucede en los procesos internos frente a los Estados, donde las sentencias judiciales muchas veces son de muy difícil concreción. Y al igual que los jueces y litigantes domésticos, la Corte ha ido perfilando una actuación tendiente a lograr efectividad en sus resoluciones.

En este punto las notas dialógicas del proceso interamericano cobran especial relevancia. En primer lugar, la voz de las víctimas durante el proceso de conocimiento y en la posterior etapa de ejecución así como también la recepción de “Amicus Curiae” dotan de legitimidad democrática a lo que es percibido como foráneo. Pero por sobre todo, el sistema de seguimiento del cumplimiento de la orden jurisdiccional a través de pedidos de información con plazos para su presentación y la posibilidad de contraponerlo con observaciones de las víctimas y la Comisión o el establecimiento de audiencias son eficaces mecanismos de presión para los Estados, en especial, estas últimas por ser instancias orales exponen a los representantes estatales frente a la rendición de cuentas. También las innovaciones mencionadas, como las multas procesales constituyen hoy puntos a explorar.

En lo que respecta a la efectividad del sistema, vale decir que frente a la complejidad de las órdenes que emanan del Tribunal, si bien no existe un cumplimiento integral ni absoluto, el proceso ante la Corte es disparador de acciones estatales de diversa índole, en casos administrativas, legislativas o judiciales, y que también a partir de allí facilitan el establecimiento de canales de diálogo extrajudiciales entre las partes. Esto último permite pensar a la instancia interamericana como una instancia de apertura al diálogo, que muchas veces es negado al interior de los Estados. En definitiva, repasando el estado de cosas, puede concluirse que recurrir al SIDH es una buena alternativa para promover cambios teniendo en cuenta que la primera sentencia de la Corte en materia de derechos al territorio indígena fue cumplida íntegramente, luego las dos iniciativas frente a Surinam en los que no hubo avances o bien no se cuenta con información más actualizada y tres resoluciones contra Paraguay en las que si bien no hubo un cumplimiento integral, sí hay muestras de algún grado de voluntad para cumplir, lo que queda demostrado con la aprobación de leyes de expropiación, la apertura de fondos y la compra de tierras.

VI. Bibliografía

BENEDETTI, Miguel A. (2011). “Derechos de los pueblos indígenas después de su constitucionalización en Argentina: notas para su específica caracterización y exigibilidad”, en: *Jornadas Patagó-*

nicas de Derecho Indígena. (1º Encuentro de Abogados de AADI de la Región Patagónica, Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut. Conferencia brindada el 7 de octubre). Comodoro Rivadavia. Entrevista inédita.

BHABHA, Homi K. (2013). “La relocalización de la cultura; notas sobre cosmopolitismos vernáculos”, en: *Nuevas minorías, nuevos derechos; notas sobre cosmopolitismos vernáculos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, pp. 89-108.

GARGARELLA, Roberto (2014). *La sala de máquinas de la Constitución; dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. (2011). “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en: (coord.) César Rodríguez Garavito. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

MARIATEGUI, J. C. (1986). “El Hecho Económico en la Historia Peruana”, en: *Peruanicemos al Perú*. 11º ed. Lima: Biblioteca Amauta, pp. 79-83.

— (1984). “El problema de la tierra” en: *7 ensayos de interpretación de la realidad Peruana*. Lima: Biblioteca Amauta.

PISARELLO, Gerardo (2014). *Procesos constituyentes; caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta.

RODRÍGUEZ GARAVITO, Cesar (2012). “Etnicidad.Gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados”, en: *Colección De justicia*. Bogotá: Antropos.

Jurisprudencia

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” - 2001- (Fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2008- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2008- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua” -2009- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2005- (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Moiwana vs. Suriname” -2010- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2007- (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2010- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2011- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Saramaka *vs.* Suriname” -2013- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2005- (Fondo, reparaciones y costas).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2007- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay” -2008- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2006- (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2007- (1º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2007- (2º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2008- (3º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2009- (4º Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Corte IDH. “Comunidad indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay” -2010- (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. “Comunidad indígena Yakye Axa, Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay” -2015- (Supervisión de cumplimiento de sentencia).

Fechas de recepción: 05-02-2016

Fecha de aceptación: 08-08-2016