

2010

Número 1 - Año 1

Puno - Perú

Observatorio Pueblo INDÍGENAS



DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

- **Felipe Gómez Isa**

El Derecho de los Pueblos Indígenas a la reparación por injusticias históricas.

- **Rodolfo Stavenhagen**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas.

- **José Aylwín Oyarzún**

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina.



Observatorio Pueblo **INDÍGENAS**

DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Simón Pedro Arnold y Boris P. Rodríguez Ferro

(editores)

Puno - Perú - 2010



CUADERNOS OBSERVATORIO PUEBLOS INDÍGENAS

Publicación semestral en castellano.
Centro de Espiritualidades EMAUS.
Instituto de Estudios de las Culturas Andinas – IDECA.

CONSEJO EDITORIAL

Rodolfo Stavenhagen – México.
Felipe Gómez Isa – España.
Silvina Ramírez – Argentina.
Simón Pedro Arnold – Bélgica.
José Aylwin Oyarzún – Chile.
Mikel Berraondo – España.
Vicente Alanoca Arocutipa – Perú.

EDITORES

Simón Pedro Arnold y Boris Paúl Rodríguez Ferro

CONSEJO DE REDACCIÓN

Instituto de Estudios de las Culturas Andinas - IDECA

DISEÑO

Edgar Freddy Zapana Roque

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2010-12736

DIRECCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Centro de Espiritualidades EMAUS
Instituto de Estudios de las Culturas Andinas – IDECA.
Pasaje San Carlos No. 128 – Puno – Perú.
Apto. No. 295, Puno – Perú
Teléfono: (51) (51) 205547
Fax: (51) (51) 357415
Email: observatoriopueblosindigenas@gmail.com
ideca.emaus@gmail.com

IMPRESO EN: **SAGITARIO IMPRESORES** - Jr. Arequipa 740 - Puno - Perú.

Puno, septiembre 2010



EDITORIAL

Dentro de su área de investigación, el Instituto de Estudios de las Culturas Andinas (IDECA) acaba de crear un "Observatorio de los Derechos de los Pueblos Indígenas". En efecto, desde varios años, al calor de la mutación social, económica, política y cultural de nuestras regiones andinas en su conjunto, nuestros pueblos están sacudidos por una constante conflictividad reivindicativa con los poderes públicos y económicos de turno.

En nuestra región, la mayoría de estos conflictos tienen que ver con el atropello permanente de los derechos económicos, sociales, culturales, ecológicos y democráticos de nuestra gente.

En estos tiempos, el poder suele alardearse de sus logros económicos y del crecimiento extraordinario de nuestras economías, a pesar de la crisis mundial. Este crecimiento se debe, en mayor parte, a la minería.

Pero, este crecimiento económico se hace de espaldas a la Nación y a sus derechos más elementales, entre los cuales hay que priorizar la defensa del medio ambiente. Los beneficiarios de esta coyuntura no son los propios ciudadanos, sino las minorías intermediarias nacionales y, sobre todo, las grandes empresas multinacionales que encuentran, en el Perú, un terreno casi virgen en cuanto a derechos ecológicos y legislaciones de protección de los derechos ciudadanos.



Ante esta situación de constantes atropellos, muchas veces violentos y armados, ante la criminalización antidemocrática de las protestas populares, nos parece prioritario instituir una vigilancia permanente a nivel regional.

Los Cuadernos “Observatorio Pueblos Indígenas” pretenden apoyar esta iniciativa más amplia, publicando artículos y ensayos de investigadores, académicos y líderes indígenas y no indígenas del contexto local, regional e internacional.

Pero, como nuestra inquietud es compartida, desde muchos años por sectores de varios países de la región, queremos también hacer de esta publicación una plataforma latinoamericana donde nos apoyamos y solidarizamos, más allá de las fronteras nacionales, con un combate que tiene para rato en nuestros países. Es la razón por la cual hemos querido constituir un consejo editorial internacional, incluyendo personalidades de prestigio a nivel latinoamericano.

Agradecemos aquí a los que se han unido a nuestra iniciativa, e invitamos a todos los que se comprometen en el campo de los Derechos de los Pueblos Indígenas, hombres y mujeres, Pachamama y comunidades, aprovechar de esta pequeña tribuna de reflexión y debate.

Simón Pedro Arnold o.s.b.
Presidente EMAUS



CONTENIDO

- 7** **FELIPE GÓMEZ ISA**
El derecho de los Pueblos Indígenas a la reparación por injusticias históricas.
- 61** **RODOLFO STAVENHAGEN**
La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas.
- 101** **JOSÉ AYLWIN OYARZÚN**
La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina.



FELIPE GÓMEZ ISA

Felipe Gómez Isa es profesor titular de Derecho Internacional Público e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto – España. Ha participado en el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 1998 y 1999). Es profesor visitante en diversas universidades tanto europeas como latinoamericanas. Entre sus libros destacan La Declaración Universal de Derechos Humanos (1998, en colaboración con Jaime Oraá). El Derecho al Desarrollo como Derecho Humano en el Ámbito Jurídico Internacional (1999), El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos Horizontes para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas (2003), La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI (2004), Privatisation and Human Rights in the Age of globalisation (2005, edición junto a Koen de Feyter)



EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA REPARACIÓN POR INJUSTICIAS HISTÓRICAS*

Felipe Gómez Isa



El 13 de febrero de 2008 el Primer Ministro australiano, Kevin Rudd, pidió públicamente disculpas a los pueblos indígenas de Australia en un discurso pronunciado en el Parlamento y televisado a todo el país por la política de separación de niñas y niños aborígenes de sus familias, seguida durante gran parte del siglo XX. Esta política de asimilación condujo a que entre 1 y 3 de cada 10 menores aborígenes y de las Islas del Estrecho de Torres fueran separados por la fuerza de sus familias, sufriendo muchos de ellos abusos físicos, sexuales y psicológicos¹. Este reconocimiento por parte del Primer Ministro no se concibe más que como un “primer paso”² en el proceso de reparación de las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas en el territorio australiano y de búsqueda de un futuro común en el que quepan todas las personas que viven en Australia. Asimismo, este futuro común basado en el “respeto mutuo” debe tener como objetivo fundamental cerrar la brecha existente entre indígenas y no indígenas en



ámbitos como la esperanza de vida, la educación o las oportunidades laborales, ámbitos en los cuales las y los indígenas han sufrido, y siguen sufriendo, una constante discriminación.

Este memorable discurso del máximo responsable político del Gobierno australiano me sirve para poner de manifiesto la enorme relevancia que está adquiriendo el pasado a la hora de abordar las cuestiones del presente. Las injusticias históricas están cada vez más presentes en los debates y reflexiones sobre los derechos humanos y las teorías de la justicia. En este sentido, está emergiendo cada vez con más fuerza una concepción de la justicia que va más allá de la mera retribución al culpable, buscando la reparación y, si es posible, la reconciliación desde la perspectiva de las víctimas; estaríamos asistiendo a la progresiva instalación de una *justicia reparadora* o *restauradora*³ que no se detiene exclusivamente en el análisis del presente, sino que también vuelve la vista hacia los abusos del pasado⁴. Los esfuerzos que se están llevando a cabo para reparar las injusticias del pasado “forman una parte importante de la búsqueda de la justicia en el presente”⁵. Abusos pasados como el colonialismo, la esclavitud o la expropiación de territorios indígenas siguen dejando sentir sus efectos y, en gran medida, determinan las actuales desigualdades y discriminaciones de carácter estructural. Los pueblos indígenas de todos los continentes están reclamando cada vez con mayor insistencia su derecho a la reparación por los abusos e injusticias tanto del pasado como del presente.



Este estudio pretende analizar los intentos de reparar las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas y las interesantes oportunidades que dichos intentos abren para modificar su situación actual a la luz de los últimos desarrollos normativos en la esfera internacional, sobre todo tras la aprobación en septiembre de 2007 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

EL DERECHO A LA REPARACIÓN POR LOS ABUSOS DEL PASADO

En los últimos años estamos asistiendo a un interesante proceso en el que el pasado y la historia se resisten a permanecer inmutables e inmunes a cualquier tipo de cuestionamiento o interpretación. Estaríamos siendo testigos de la aparición de una nueva “moralidad internacional”⁶, tras la caída del Muro de Berlín y el fin de las grandes utopías de transformación social, en la que el pasado vuelve a ser objeto de interpretación, ahora desde la mirada y la perspectiva de las víctimas⁷. En este sentido, está emergiendo cada vez con más fuerza una auténtica *cultura de las víctimas*⁸, lo que está conduciendo a la “necesidad de construir una *cultura de la memoria* que permita a las generaciones presentes construir un futuro en el que el pasado no se repita”⁹. La historia, sobre todo la historia oficial, se ha convertido en un escenario controvertido y desafiado por aquellos grupos que tradicionalmente han estado excluidos de esa narrativa políticamente correcta de la historia. Las mujeres⁹, los pueblos indígenas, los afrodescendientes¹¹, los homosexuales y lesbianas..., y otros



grupos sub-alternos¹², reclaman reconocimiento de su papel en la historia y reparación por los sufrimientos del pasado¹³. La historia ha sido utilizada en muchas ocasiones como un manto para cubrir, justificar y legitimar injusticias, dominaciones y abusos bajo eufemismos tales como “descubrimiento”¹⁴, “evangelización”, “misión sagrada de civilización”¹⁵, “progreso”, “desarrollo”.... De lo que se trata en el fondo es de, dado que no se puede revertir la historia y evitar la muerte física y la exclusión y marginación de tantas víctimas, al menos tratar de evitar su “muerte hermenéutica, una falsa e injusta interpretación de la historia”¹⁶. Esta tarea es una auténtica “batalla hermenéutica”¹⁷ que busca dotar de sentido y visibilizar aquellas narrativas de la historia que han quedado fuera de los imaginarios colectivos y de los mitos fundadores de muchas naciones.

Un primer argumento para defender la pertinencia de reconocer un derecho a la reparación por las injusticias del pasado es que está en juego la propia credibilidad del sistema internacional de protección de los derechos humanos. El discurso sobre las reparaciones por las injusticias del pasado pretende afirmar de una manera radical la universalidad de los derechos humanos tanto en el espacio como en el tiempo. Los derechos humanos se deben aplicar tanto en el presente, *prospectivamente*, como en relación con acontecimientos del pasado, *retrospectivamente*. En el caso de África, algo que puede ser aplicado perfectamente a la situación en la que se encuentran los pueblos indígenas, el desafío de los derechos humanos no se puede abordar de manera creíble y sincera sin tener en cuenta “los devastadores efectos del racismo y la discriminación racial que derivan de la esclavitud y la colonización”¹⁸. Como ha señalado de una manera muy



acertada George Ulrich, “para proteger la credibilidad de los derechos humanos universales, los herederos de los privilegios en el Norte y en otros lugares tienen que demostrar una mayor apertura a la condena de los crímenes perpetrados contra el Sur (y poblaciones marginalizadas en otros sitios)... y comiencen a rectificar desigualdades en la distribución global de los privilegios a través de generaciones”¹⁹.

El principal obstáculo al que se enfrenta este intento de aplicar retrospectivamente los estándares actuales de derechos humanos es el principio de irretroactividad y el riesgo de afectar a la seguridad jurídica²⁰. Muchas de las injusticias del pasado no estaban prohibidas cuando tuvieron lugar²¹, lo que plantea el dilema de la pertinencia de aplicar a esas injusticias las normas del presente. A pesar del evidente peso del argumento de la irretroactividad, dicho principio “no cubriría las violaciones más graves de los derechos humanos y del derecho humanitario; sería difícil defender una postura en virtud de la cual actos de genocidio, deportación en masa o la privación de los medios básicos de subsistencia quedarán fuera de todo escrutinio jurídico sobre la base del dudoso argumento de que esas conductas eran *legales* cuando se llevaron a cabo”²².

Una vía para sortear el problema de la irretroactividad es que, como vamos a ver a continuación, los efectos indeseados de las injusticias históricas subsisten todavía hoy. Si bien los hechos históricos se deben juzgar de acuerdo a las leyes en vigor en su momento, “los efectos que persistan pueden ser enjuiciados de acuerdo con estándares más recientes”²³. Otra forma de afirmar la aplicabilidad de las normas actuales que protegen los derechos humanos a



acontecimientos del pasado es cuestionar radicalmente la legitimidad del Derecho Internacional de la época, un Derecho modelado según las necesidades y los intereses de los perpetradores. Las naciones europeas que se beneficiaron del expolio a los pueblos indígenas y del colonialismo durante siglos utilizaron el Derecho Internacional como una herramienta funcional para sus intereses expansionistas. En concreto, la noción de *terra nullius*²⁴ sirvió para justificar la ocupación y expropiación de las tierras indígenas tanto en América como en África. Dada la carencia de legitimidad de dicho Derecho, “las tecnicidades jurídicas no deberían usarse para denegar justicia a las víctimas de hechos condenables”²⁵. Además, no debemos perder de vista que la formulación de responsabilidades no sólo tiene lugar desde el terreno jurídico, sino que también cabe el establecimiento de responsabilidades de naturaleza política y moral por las injusticias históricas²⁶. Como vamos a ver con posterioridad, la reparación es un proceso integral de naturaleza fundamentalmente política, en el que los obstáculos jurídicos, que, evidentemente, los hay, se pueden resolver en la arena política. La experiencia de los diversos procesos de reparaciones en los últimos años nos enseña que aquellas demandas sin una firme base legal “se pueden resolver mediante procesos políticos”²⁷. Tenemos que reconocer que los Gobiernos y los Parlamentos están en mucha mejor disposición que los Tribunales para proceder a la reparación de las injusticias históricas, aunque estos últimos, sin ninguna duda, también pueden desempeñar un papel importante²⁸.

Otro argumento que se esgrime para defender el derecho a la reparación por injusticias históricas es que los

efectos negativos de los errores históricos persisten y explican, en mayor o menor medida, las actuales exclusiones y desigualdades a las que se enfrentan determinados colectivos como los afro-descendientes o los pueblos indígenas²⁹. El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial se ha referido a que “en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos...; los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos”. Por todo ello, prosigue el Comité, “la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada”³⁰. Los pueblos indígenas se encuentran entre las poblaciones con mayores índices de pobreza y más bajas posibilidades de desarrollo³¹. Según un reciente informe de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,

“los pueblos indígenas están discriminados en la sociedad, tienen en general una escasa participación política y carecen de igualdad de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Pueden verse perjudicados por los proyectos de desarrollo, o quedar excluidos de ellos... Tienen menos acceso a la justicia y a la seguridad, y a menudo se ven implicados en conflictos. Asimismo, son víctimas de graves violaciones de los derechos humanos...”³².

Ante esta situación de continua discriminación, “difícilmente podrán superarse las secuelas sin el debido reconocimiento y la justa reparación para las víctimas o sus descendientes”³³.

Ahora bien, uno de los principales problemas a los que se enfrenta este argumento es que es difícil probar un nexo causal directo entre los abusos del pasado y las exclusiones



del presente y, sobre todo, cuantificar materialmente el daño³⁴. Tenemos que asumir que no podemos conocer a ciencia cierta qué hubiera pasado en África o cuál sería actualmente la situación de los afro-descendientes o de los pueblos indígenas si no hubiera habido esclavitud, colonialismo y neo-colonialismo³⁵; nos tenemos que mover necesariamente en el terreno de la especulación, especialmente cuando de lo que se trata es de reparar los impactos socioeconómicos de las injusticias del pasado. De todas formas, a pesar de las dificultades que acabamos de resaltar, no debemos perder de vista que hay precedentes de reparaciones de carácter económico, como ponen de manifiesto, entre otros, los casos de las víctimas del Holocausto³⁶, los menores indígenas que fueron separados forzosamente de sus familias por el Gobierno canadiense³⁷, las *comfort women* utilizadas por el Ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial³⁸ o algunos grupos de *native Americans* a los cuales el Gobierno norteamericano ha restituido pequeñas porciones de sus tierras ancestrales o ha compensado económicamente por el despojo³⁹. Lo cierto es que estos ejemplos de reparaciones de carácter económico están empujando a otros grupos a tratar de emularlos, concretando sus demandas de reparación en compensaciones de tipo económico.

Otro problema con el que se encuentran las reparaciones económicas por injusticias históricas es el de la determinación de los legítimos representantes⁴⁰, es decir, a quién podemos considerar como heredera de las antiguas víctimas y, en consecuencia, reconocerle el derecho a reclamar compensación por los abusos del pasado. Debemos reconocer que a medida que pasa el tiempo es mucho más difícil proceder a dicha determinación, ya que el vínculo

entre las víctimas y sus descendientes se va difuminando progresivamente. En el caso de privación de tierras o propiedades, como es el caso de las demandas de reparación por parte de la mayor parte de los pueblos indígenas, puede ser más fácil el identificar a los herederos, ya que los títulos de propiedad pasan de generación en generación. Aquí el obstáculo fundamental es que nos encontramos con derechos en conflicto entre aquéllos que reclaman su derecho a la reparación por las privaciones de tierras de que fueron objeto sus ancestros y aquéllos que actualmente ocupan dichas tierras, sobre todo cuando los actuales propietarios no fueron quienes procedieron al despojo. En estos casos, habrá que tratar de buscar formas imaginativas para responder a las diferentes legitimidades en conflicto⁴¹. Aquí es donde tenemos que proceder a un examen muy cuidadoso de las diferentes formas de reparación que cabe poner en marcha, como vamos a ver en el siguiente apartado.

Uno de los impactos de las injusticias históricas tiene que ver con la autoestima y las percepciones subjetivas de los descendientes de colectivos que sufrieron directamente los abusos en el pasado, como ocurre con los pueblos indígenas⁴². El daño y el trauma también se pueden transmitir trans-generacionalmente⁴³, como ha sido analizado en el caso del impacto en las siguientes generaciones del Holocausto y las diferentes persecuciones a las que se han enfrentado los judíos a lo largo de la historia⁴⁴. Ahora bien, debemos reconocer que a pesar de que el impacto de esta transmisión generacional del trauma es algo ampliamente aceptado, es difícil de medir, ya que incorpora elementos de carácter subjetivo y varía sustancialmente entre unos individuos y otros y entre unas comunidades y



otras⁴⁵. Ello impide que podamos generalizar al respecto, debiendo analizar cada caso particular a la luz de las circunstancias que le rodean, para así poder proceder a la elaboración de políticas de reparación. Además, desde algunas instancias se insiste en que recrearse excesivamente en las injusticias del pasado puede generar una especie de psicología de la victimación, un cultivo de un victimismo que impide que determinados grupos se libren de esa pesada carga y puedan afrontar el futuro sin resentimiento. Cuando una comunidad basa su identidad fundamentalmente en su condición de víctima, “ello puede dar lugar a ciclos recurrentes de violencia y convertir a víctimas en victimarios”⁴⁶, como demuestran los dramáticos ejemplos de los Balcanes o Ruanda, donde los agravios históricos han sido una de las fuentes permanentes para el mantenimiento de odios ancestrales⁴⁷ y la justificación de sangrientos conflictos⁴⁸.

La reparación como proceso integral

En primer lugar, debemos subrayar que la reparación “no es una panacea”⁴⁹ que va a solucionar todos los problemas relacionados con el pasado a los que se enfrenta una determinada sociedad; un proceso de reparaciones no puede pretender cambiar la historia. Además, ciertas secuelas de graves violaciones de derechos humanos son “irreparables”⁵⁰, tanto en su dimensión individual como colectiva; en ocasiones, las heridas y secuelas son de tal naturaleza que a lo máximo a que se puede aspirar es a que las víctimas aprendan a vivir con ese dolor, ya que una total recuperación no es algo a lo que se pueda aspirar realísticamente⁵¹. Como ha señalado al respecto el anterior




Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el internacionalista brasileño Antonio A. Cançado Trindade, en el trágico caso del secuestro, tortura y posterior asesinato de varios niños de la calle en Guatemala,

“las reparaciones en lugar de verdaderamente reparar, más bien alivian el sufrimiento humano... El mal cometido... no desaparece: es tan solo combatido, y mitigado. Las reparaciones otorgadas tornan la vida de los familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, el silencio y la indiferencia y el olvido no han logrado sobreponerse a las atrocidades, y de que el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia”⁵².

Ello convierte a todo lo relacionado con las reparaciones en un asunto muy espinoso, ya que todo proceso de reparaciones va a tener que acostumbrarse a convivir con “demandas insatisfechas de los sobrevivientes durante mucho tiempo”⁵³, como los casos de los pueblos indígenas o los afro-descendientes, entre otros muchos, se encargan de corroborar. Además, los Gobiernos, por un lado, y las víctimas, por el otro, tienen diferentes *tempos* a la hora de enfrentarse a un proceso de reparaciones. Mientras que los Gobiernos normalmente apuestan por un período de tiempo corto y limitado en el que dar por zanjada la cuestión de la reparación a las víctimas, estas últimas, en cambio, pueden tener diferentes prioridades, y al principio las reparaciones normalmente no figuran entre esas prioridades. Las víctimas necesitan un tiempo para ser conscientes de su propia realidad de victimación y tener capacidad para plantear en la arena política sus reivindicaciones. Este ha sido el caso de los pueblos indígenas, que hasta prácticamente los años 60 del siglo XX vivían en una situación de completa invisibilidad y marginación. A partir de ese momento, primero en los países





anglosajones, y después en América Latina, comenzó un proceso progresivo de visibilización y de reconocimiento de sus derechos como pueblos⁵⁴, lo que ha llevado a que el discurso en torno a las reparaciones por las injusticias históricas se haya convertido en uno de sus *leit-motiv*. A la consolidación de este proceso ha ayudado enormemente la proliferación de ONGs a favor de los pueblos indígenas, la apertura de foros internacionales en los que plantear sus demandas de reparación⁵⁵ y el reconocimiento creciente de la necesidad de una moral global a la hora de abordar la crítica situación de los pueblos indígenas⁵⁶.

18

Está claro, por lo tanto, que “desde la perspectiva de las víctimas, un período abierto o muy largo para plantear sus reivindicaciones es lo mejor”⁵⁷, aunque ello choca inevitablemente con los deseos de muchos Gobiernos. Todo ello augura que las reparaciones van a tener que concebirse necesariamente como “procesos continuos (y probablemente sin fin)”⁵⁸ en el que las tensiones y las diferencias con las víctimas van a ser una constante, lo que las puede acabar convirtiendo en algo molesto para el establishment.

Esta reflexión nos conduce a la necesidad de enfocar las reparaciones como un *proceso* y no como un momento concreto en el que se llevan a cabo determinados actos simbólicos y se entregan a las víctimas algunos beneficios económicos y otro tipo de ayudas. Lo importante no son los objetos que pretenden la reparación de las víctimas sino “los procesos que tienen lugar alrededor de esos objetos”⁵⁹. Es por ello que las medidas simbólicas de reparación, muchas de ellas relacionadas con políticas de memoria, son tan importantes tanto para las víctimas individuales como para el



conjunto de la sociedad; la reparación no es un fenómeno exclusivamente económico o material, sino que necesita de todo un conjunto de medidas que tienden a modificar el imaginario político y social en el que se tienen que insertar las víctimas. En el fondo, nos encontramos ante un proceso político que busca la reconstitución de la comunidad política⁶⁰, un nuevo equilibrio en la sociedad en el que las víctimas de la historia sean reconocidas en su condición de víctimas y pasen a ocupar un nuevo papel en el espacio político y social⁶¹. En este sentido, la reparación pasa a formar parte del proceso de justicia *reparadora* y *transformadora*, una justicia que lo que pretende, en definitiva, es la plena reparación de las víctimas y la transformación de la sociedad hacia una sociedad más justa en la que las víctimas de las violaciones del pasado ocupen su lugar⁶². Este es uno de los elementos cruciales que se tiene que poner en juego en las reparaciones a los pueblos indígenas por las injusticias históricas. En el fondo, se trata de fomentar políticas de *reconocimiento*⁶³ de la igual dignidad de los pueblos indígenas que posibiliten la reconstitución de la nación y la comunidad política desde una óptica inclusiva y abierta a la multiculturalidad.

Otro de los ingredientes que no pueden faltar a la hora de condimentar un adecuado proceso de reparaciones es la *integralidad*. Las diferentes medidas de reparación a las víctimas y a la sociedad tienen que ser coherentes y apoyarse mutuamente. La reparación no tiene una dimensión meramente económica, sino que se tiene que abordar como un intento omnicompreensivo de reparar el daño causado a las víctimas y de buscar un nuevo equilibrio político y social, proceso en el que las diferentes medidas de reparación



pueden jugar papeles distintos pero complementarios, como vamos a ver a continuación.

Formas de reparación

Fruto del creciente interés por el asunto de las reparaciones en los últimos años, en diciembre de 2005, tras largos años de discusiones y negociaciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁶⁴. Aunque estos principios están pensados fundamentalmente para reparaciones por violaciones contemporáneas de los derechos humanos, también pueden ser utilizados como una útil hoja de ruta para desarrollar un adecuado programa de reparaciones por injusticias históricas.

Estos Principios no conciben la reparación como algo separado, sino como un proceso enmarcado en políticas de verdad y de justicia⁶⁵; la reparación se concibe como un complemento a iniciativas para establecer la verdad y la justicia históricas. Por otro lado, los Principios mencionan diferentes medidas de reparación a las que pueden acudir los Estados a la hora de diseñar sus programas de reparación. En este sentido, los Estados pueden acudir, en función de las circunstancias particulares de cada caso y de cada país, a las siguientes formas de reparación: la *restitución*, la *indemnización*, la *rehabilitación*, la *satisfacción* y las *garantías de no repetición*. Ahora bien, no nos encontramos ante una lista *numerus clausus*, sino que los Estados pueden



decidir, si las circunstancias se lo exigen, alguna otra forma de reparación individual y social⁶⁶. La *flexibilidad* y la *adaptabilidad* son dos criterios importantes que los Estados tienen que poner en juego cuando están diseñando un programa de reparaciones, ya que cada situación exigirá un programa de reparaciones específico, adecuado a las características étnicas, culturales, lingüísticas... de cada sociedad⁶⁷. Este extremo ha sido destacado en varias ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de la *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte tuvo muy presente la dimensión cultural a la hora de ordenar las reparaciones tanto a las personas individuales como a las comunidades indígenas afectadas. Los jueces reconocieron que “con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural... Sólo desde la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socio-culturales característicos del pueblo maya como son su cosmovisión, espiritualidad y estructura social comunitaria, y en el reconocimiento de la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra, pueden determinarse las medidas de reparación...”⁶⁸. Por lo tanto, teniendo en cuenta las dimensiones culturales del intento de genocidio contra el pueblo maya, las reparaciones van a tener como uno de sus ejes principales restañar ese intento de “destruir la liga histórica entre las viejas y las nuevas generaciones, por la que transcurre la tradición cultural que es condición y expresión de la identidad de sus miembros, tanto en el plano individual como en el orden colectivo”⁶⁹.



A continuación vamos a hacer un repaso a las diferentes formas de reparación mencionadas por los Principios y Directrices, que suponen un elenco bastante completo de las medidas de reparación de las que pueden hacer uso los Estados. En primer lugar, el principio 19 alude a la **restitución** “siempre que sea posible”, ya que ello supone “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación”, algo que, en muchas ocasiones, es simplemente imposible. Entre las medidas de restitución los Principios mencionan “el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”. Como ya hemos señalado, en la medida de lo posible, la restitución pretende devolver a la víctima a la situación anterior, algo que estará siempre en función de las circunstancias particulares de cada caso. La restitución es una de las formas de reparación más propicias para los pueblos indígenas en casos en los que sus reclamaciones se centran en el despojo de sus tierras ancestrales⁷⁰, aunque, como ya hemos señalado, es una de las medidas más complejas y controvertidas, ya que entran en conflicto con los derechos de las personas que ahora ocupan de buena fe esos territorios. En este sentido, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado a los Estados

“a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la




restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios”⁷¹.

En segundo lugar, los Principios mencionan la **indemnización**⁷², que es una de las formas clásicas y más frecuentes de reparación. La indemnización se tiene que conceder “de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de (las) violaciones...”. Entre los perjuicios que los Principios consideran como susceptibles de ser indemnizados se incluyen los siguientes: “el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; o los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”. Como podemos comprobar, una amplia gama de perjuicios económicos pueden ser susceptibles de indemnización en un programa de reparaciones, aunque en el caso de las reparaciones históricas esta cuestión se torna tremendamente compleja a causa del tiempo transcurrido. El determinar si cabe indemnizar por injusticias históricas y, en caso de respuesta positiva, concretar el monto económico de dicha reparación y sus destinatarios, es uno de los asuntos técnicamente más complejos y políticamente más controvertidos a los que nos enfrentamos⁷³, como se demostró en la Conferencia Mundial contra el Racismo celebrada en Durban en 2001 que analizaremos con posterioridad.

La **rehabilitación** es la tercera forma de reparación a la que se hace referencia en los Principios⁷⁴, incluyendo “la





atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales”. La rehabilitación es especialmente adecuada cuando las violaciones de derechos humanos han dejado secuelas importantes tanto físicas como psicológicas. Esta es una forma de reparación que parece especialmente indicada para el caso de las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas que, como hemos señalado anteriormente, explican en gran parte su situación actual de postración y marginación. En este sentido, políticas de *acción positiva* a favor de estos grupos se pueden concebir perfectamente como medidas de reparación por los abusos del pasado.

24

La cuarta forma de reparación es la **satisfacción**. Nos encontramos ante uno de los elementos más importantes en todo proceso de reparación, ya que aborda las cuestiones simbólicas que tienen que ver con el imaginario colectivo⁷⁵ y con la memoria histórica. Entre las medidas que pretenden la satisfacción se encuentran “la revelación pública y completa de la verdad...; la búsqueda de las personas desaparecidas...; una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima...; una disculpa pública...; conmemoraciones y homenajes a las víctimas...”, en fin, todo un catálogo de medidas que se pueden utilizar para elaborar una adecuada política de memoria como parte integrante del programa de reparaciones. Debemos reconocer que la satisfacción se tiene que convertir en una de las formas esenciales de reparación de las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas⁷⁶. Una medida de satisfacción específica que se está poniendo en marcha en relación con las demandas indígenas de reparación es la petición de disculpas por los errores y abusos del pasado, como veíamos al



principio de este artículo con las disculpas públicas por parte del Primer Ministro australiano. A pesar de que hay muy pocos estudios acerca de la efectividad y el impacto real de las disculpas como forma de reparación de injusticias históricas, lo cierto es que estamos asistiendo a una auténtica avalancha de disculpas en los últimos años⁷⁷, teniendo muchas de ellas a los pueblos indígenas como destinatarios principales. Las disculpas se tienen que concebir como parte del proceso de reparación más que como una solución definitiva, es decir, tienen que ir acompañadas de todo un conjunto de actuaciones complementarias si realmente quieren ser vistas como sinceras y con unas mínimas dosis de credibilidad⁷⁸. En este sentido, Michael Marrus se ha referido a cuatro elementos que tienen que estar presentes en toda disculpa por agravios históricos: un reconocimiento de la injusticia y del daño causado; la aceptación de responsabilidad por la comisión de la injusticia; una expresión de rechazo y remordimiento y, finalmente, un compromiso, implícito o explícito, de reparación y de no repetición de la injusticia⁷⁹.

La última forma de reparación a la que aluden los Principios son las *garantías de no repetición*⁸⁰, todo aquel conjunto de medidas que lo que pretenden es prevenir que las injusticias que han tenido lugar vuelvan a ocurrir en el futuro. Entre las medidas que los Estados pueden poner en marcha con este carácter preventivo se encuentran las siguientes: "... la educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley...; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones



manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan”. La verdad es que la educación, la sensibilización y la presencia en los medios de comunicación de aspectos relacionados con las injusticias históricas⁸¹ es algo esencial si queremos acabar con los prejuicios, estereotipos e imaginarios que sirvieron de base para los abusos del pasado y siguen alimentando las injusticias y discriminaciones del presente⁸². A este respecto, la enseñanza de la historia se convierte en una herramienta fundamental para transmitir a las futuras generaciones una visión incluyente y no distorsionada de la misma que sea compartida por las diferentes comunidades. Asimismo, son necesarios cambios en las normas jurídicas que permitieron las injusticias y discriminaciones históricas y que han llegado hasta el presente. En este sentido, debemos reconocer que en los últimos años se ha producido una auténtica revolución jurídica tendente al reconocimiento de la identidad y de los derechos indígenas, que ha llevado a que las propias Constituciones de muchos países, sobre todo en el hemisferio americano, se hayan modificado para dar entrada a dicho reconocimiento⁸³. Esto ha sido calificado por Bartolomé Clavero como una forma de “reparación constitucional” que se tiene que concebir no como “un pago que se liquida”⁸⁴, sino como parte de un proceso de reparación de las injusticias históricas mucho más amplio.


Finalmente, otro de los elementos que debe estar presente en todo proceso de reparaciones es la **participación de las propias víctimas**. Son ellas las que han experimentado el sufrimiento y las que mejor conocen sus necesidades y sus prioridades en materia de reparación. El participar en el diseño del programa de reparaciones otorga a las víctimas la



sensación de que se les reconoce, de que se les tiene en cuenta, lo que contribuye a generar un sentimiento de apropiación (de *ownership*) del proceso⁸⁵. Ello es algo esencial cuando lo que está en juego es la autoestima de las víctimas, víctimas que han sufrido mucho y cuya recuperación psicológica descansa en buena parte en ese sentimiento de reconocimiento público y de participación⁸⁶.

Ahora bien, la negociación en torno a un programa de reparaciones no se puede llevar a cabo con todas las víctimas, algo materialmente imposible cuando el alcance de la victimación es amplio. La participación de las víctimas necesita de un cierto grado de organización y estructuración, lo que normalmente vendrá de la mano de la creación de asociaciones de víctimas para representar sus intereses o de organizaciones de la sociedad civil ya existentes⁸⁷. Son estas asociaciones los interlocutores legítimos, aunque no los únicos, ante los responsables políticos a la hora de diseñar el programa concreto de reparación⁸⁸ y de participar en su puesta en marcha. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que tanto en el diseño como en la implementación de los programas de reparación puede ser muy positivo que participe la sociedad civil. Así, en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, la Corte ordenó al Estado como medida de reparación el establecimiento de “un programa de formación y capacitación para el personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario..., sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos en el tratamiento de reclusos. El diseño e implementación del programa... se realizará *con la participación de la sociedad civil*”⁸⁹ (la cursiva es nuestra).





Hay que reconocer que en los últimos tiempos las víctimas y sus representantes han ido ganando terreno en la arena política y social, con algunos éxitos notables en el ejercicio de la presión y el empuje necesarios para la aprobación de adecuados programas de reparación⁹⁰. Ahora bien, la situación está lejos de ser una situación ideal para las víctimas, sobre todo en contextos de subdesarrollo político y social como los que afectan a los pueblos indígenas. Las víctimas y sus asociaciones se enfrentan fundamentalmente a dos realidades que limitan de una manera muy seria su capacidad de influir en el proceso de reparaciones: la competencia entre víctimas y su politización.

28

En primer lugar, en la mayor parte de los procesos de reparación se constata que, llegado un determinado momento, surge rivalidad y competencia entre las diferentes asociaciones y grupos de víctimas, lo que limita mucho su capacidad de interlocución y de presentar propuestas más o menos comunes⁹¹. Cuando de lo que se discute es de beneficios económicos aparejados por un programa de reparación, los contextos de escasez en los que tienen lugar muchos de estos procesos pueden conducir a que los diferentes grupos de víctimas acaben luchando por un pedazo del “pastel del sufrimiento”⁹², por utilizar la dura pero gráfica expresión de Chaumont. Y es que debemos reconocer que existe una “línea muy fina entre honrar la memoria de las víctimas y beneficiarse de sus demandas”⁹³, lo que puede degenerar en intentos de explotar en beneficio propio los sufrimientos del pasado⁹⁴. Aquí puede ser útil traer a colación las reflexiones de Walter Benjamin cuando nos recuerda que es el pasado el que tiene una demanda sobre el presente, y no al revés; son las injusticias del pasado las que tienen que ser reparadas. Como se ha señalado al



respecto, “las generaciones pasadas tienen sobre las siguientes el derecho a que se les reconozcan las injusticias padecidas y a que se les haga justicia”, aunque, como es obligatorio reconocer, “la capacidad de respuesta de la generación presente sobre esas demandas es limitada”⁹⁵. En consecuencia, una de las obligaciones esenciales que brotan de esta concepción de la justicia es la *obligación de recordar*, la obligación de rescatar del pozo del olvido las injusticias del pasado y que esas injusticias informen las relaciones del presente y los horizontes del futuro. Es en este sentido que Laslett se ha referido a una suerte de “contrato tri-generacional”⁹⁶ entre el presente, el pasado y el futuro. Si se abordan las injusticias del pasado no es para reabrir viejas heridas y agravios ni para seguir instalados en un victimismo estéril, sino para que esos errores sirvan para tratar de corregir las desigualdades del presente que tienen su origen en las discriminaciones históricas y para poder abordar con garantías un futuro basado en la reconciliación de las diferentes comunidades en conflicto⁹⁷.

En segundo lugar, la política se aprovecha de esta competencia, y las víctimas y sus asociaciones en ocasiones acaban siendo seducidas por los cantos de sirena de los políticos, que utilizan a las víctimas y a sus demandas como arma arrojadiza en la confrontación política⁹⁸, lo que supone una auténtica traición a la causa de las víctimas y a su sufrimiento⁹⁹.

EL PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS POR INJUSTICIAS HISTÓRICAS



A pesar del evidente peso moral y político de las reivindicaciones de los pueblos indígenas por las injusticias de las que han sido objeto a lo largo de la historia, debemos reconocer que el reconocimiento de un derecho a la reparación por dichas injusticias está todavía en una fase muy embrionaria y se enfrenta a serias dificultades tanto de orden teórico como práctico, como acabamos de comprobar. Sin embargo, la celebración de la Conferencia de Durban sobre el Racismo y la Xenofobia en 2001 ha abierto la puerta a un nuevo escenario en el que dichas demandas se están instalando progresivamente en las agendas tanto políticas como jurídicas de Gobiernos y de organismos internacionales, como lo corrobora la reciente aprobación en septiembre de 2007 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁰⁰.

Como sabemos, el primer tratado internacional relativo a los pueblos indígenas fue el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, aprobado en 1957. Dada la vocación asimilacionista de este Convenio y el contexto en el que fue aprobado, resultaba evidente que las inquietudes por las injusticias históricas no estuvieran presentes y no se recogieran en el texto del mismo. Para adaptar estas normas a la nueva situación en la que se encuentran los pueblos indígenas, la Conferencia General de la OIT aprobó en 1989 el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹⁰¹. Este Convenio tampoco reconoce abiertamente el derecho a la reparación por las injusticias históricas, aunque ya aparecen algunas concesiones a dicho enfoque. En el Preámbulo de este Convenio se constata 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”. Como podemos comprobar, hay una referencia muy vaga y muy tenue a la “erosión” que han sufrido las leyes, valores, costumbres y perspectivas de los pueblos indígenas a lo largo de la historia. En la parte sustantiva del Convenio se hace referencia a la reparación por violaciones que sufran los pueblos indígenas a su derecho al disfrute de sus recursos naturales¹⁰² y de las tierras que ocupan actualmente¹⁰³, es decir, no son disposiciones que puedan ser aplicables a las injusticias históricas que hemos venido analizando a lo largo de este estudio.

Esta situación va a comenzar a cambiar dramáticamente con la convocatoria de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia que se iba a celebrar en Durban, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Desde los mismos inicios de la convocatoria y de los trabajos preparatorios de la Conferencia, la cuestión de las reparaciones por las injusticias históricas fue uno de los ejes centrales de un encendido debate, sobre todo cuando se pretendía otorgar un componente económico a dicha reparación en forma de compensación global por los abusos del pasado¹⁰⁴. De hecho, Estados Unidos amenazó con no participar en la Conferencia si se seguía insistiendo en la cuestión de la indemnización¹⁰⁵. En la Conferencia Regional de las Américas celebrada en Santiago de Chile para preparar la Conferencia de Durban se insistió en condenar las injusticias cometidas contra los pueblos indígenas y los afro-descendientes, y en subrayar que la conquista, el colonialismo y la esclavitud fueron una fuente de racismo, cuyos efectos persisten “y son fuente de discriminación sistémica que continúa afectando a amplios



sectores de la población”¹⁰⁶. Pero sin ningún género de duda el aspecto más polémico de esta Conferencia Regional fue la referencia a la reparación de carácter material. El Proyecto de Declaración reconoce que

“la esclavitud secular y otras formas de servidumbre de que fueron objeto las personas de origen africano y sus descendientes y los pueblos indígenas... fueron moralmente censurables y en algunos casos constituyeron delitos según el derecho nacional y que, si se produjesen hoy día, serían delitos de derecho internacional... (E)stas prácticas han causado a estos pueblos daños considerables y duraderos de carácter económico, político y cultural, y que actualmente la justicia exige que se hagan importantes esfuerzos nacionales e internacionales para reparar el daño. Dicha reparación debería traducirse en políticas, programas y medidas que deberían adoptar los Estados que se beneficiaron materialmente de esas prácticas y que deben tener por finalidad corregir los daños económicos, culturales y políticos infligidos a las comunidades y pueblos afectados”¹⁰⁷.

La verdad es que este párrafo da pasos muy significativos para afirmar el derecho de los pueblos indígenas y afro-descendientes a una reparación de carácter económico por las injusticias del pasado exigible a las antiguas Potencias coloniales. Buena muestra del carácter controvertido de este párrafo es que tanto Estados Unidos como Canadá no estuvieron de acuerdo en que se incluyera en el Proyecto de Declaración.

La Conferencia Regional de África, celebrada en Dakar, enfatizó la necesidad de “voluntad política para reconocer y asumir la responsabilidad de las injusticias históricas y sus formas y repercusiones contemporáneas”¹⁰⁸. Asimismo, la Conferencia Regional reafirmó



“enérgicamente que los Estados que aplicaron políticas racistas o llevaron a cabo actos de discriminación racial tales como la esclavitud y el colonialismo deben asumir sus responsabilidades morales, económicas, políticas y jurídicas... y proporcionar adecuada indemnización a las comunidades y las personas que, individual o colectivamente, son víctimas de tales políticas o actos racistas, sin tener en cuenta cuándo o por quién fueron cometidos”¹⁰⁹ (la cursiva es mía).

Además, en el apartado de recomendaciones para un programa de acción, la Conferencia proponía “el establecimiento de un plan internacional de indemnización para las víctimas del comercio de esclavos...” y un “fondo de compensación para el desarrollo destinado a proporcionar recursos para el proceso de desarrollo de los países afectados por el colonialismo”¹¹⁰. El plan internacional de indemnización y el fondo de compensación no se van a nutrir sólo de contribuciones gubernamentales, sino también de “contribuciones privadas provenientes en particular de los elementos del sector privado que se han beneficiado, directa o indirectamente, de las políticas o los actos racistas transnacionales”¹¹¹. Finalmente, la Conferencia Regional de Dakar se pronunció como forma colectiva de compensación a favor de “mejores políticas, programas y medidas que han de adoptar los Estados que se benefician materialmente esas prácticas con objeto de rectificar, mediante la acción afirmativa, el daño económico, cultural y político que se ha infligido a las comunidades y los pueblos afectados en la plena aplicación de su derecho al desarrollo”¹¹². Como vemos claramente, la Conferencia Regional celebrada en África fue mucho más ambiciosa a la hora de solicitar medidas concretas de reparación económica por los errores del pasado, vinculando además dichas medidas a acciones afirmativas y al ejercicio del derecho al desarrollo por parte de los pueblos que se vieron perjudicados por dichos errores.



Muy poco antes de la celebración de la Conferencia de Durban, y como preparación para ella, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas también se refirió a la cuestión de la reparación de las injusticias históricas. En primer lugar, la Subcomisión consideró que no se puede pretender luchar contra el racismo, la discriminación racial y las violaciones de derechos humanos “sin tener en cuenta las profundas heridas del pasado”. Por ello, la “*responsabilidad histórica* de las Potencias implicadas con respecto a los pueblos que han colonizado o reducido a la esclavitud debe ser objeto de un reconocimiento formal y solemne y de reparaciones” (la cursiva es mía). Finalmente, la Subcomisión da un paso más, y trata de concretar algunos de los aspectos materiales que se deberían incluir en una adecuada política de reparación. En este sentido,

“el reconocimiento formal y solemne de esta responsabilidad histórica... debe incluir un aspecto concreto y material tal como la rehabilitación de los pueblos afectados en su dignidad, la cooperación activa en el desarrollo no limitada a las medidas actuales de asistencia al desarrollo, la anulación de la deuda, la aplicación del impuesto de Tobin, la transmisión de tecnologías en beneficio de los pueblos afectados y la restitución progresiva de los bienes culturales acompañada de medios que permitan asegurar su protección efectiva”¹¹³.

Como es fácil imaginar, el tema de las reparaciones se convirtió, junto con la cuestión palestina, en uno de los temas centrales y más controvertidos de la Conferencia de Durban¹¹⁴. Por un lado, un grupo de países formado por la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Japón mostraba sus serias reticencias a reconocer su responsabilidad histórica y, sobre todo, proceder a una



compensación de carácter global por ella. Por el otro, los países africanos, latinoamericanos y asiáticos seguían insistiendo en la pertinencia de dicha reparación material por razones de justicia¹¹⁵. El Ministro de Asuntos Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, realizó un gesto significativo en los mismos inicios de la Conferencia, al asumir públicamente la responsabilidad por los errores del pasado. En su discurso, se refirió a que “se debía empezar esta Conferencia con el pasado. En muchas partes del mundo el dolor sobre las persistentes consecuencias de la esclavitud y la explotación colonial continúa vigente. El admitir la culpa, el asumir la responsabilidad y enfrentar las obligaciones históricas... puede por lo menos devolver a las víctimas y a sus descendientes la dignidad que les fue robada”. Al final, este tema se abordó de manera inteligente en Durban, ya que tenía en su seno el potencial de hacer descarrilar la Conferencia, como ocurrió con el problema palestino¹¹⁶. La Declaración de Durban está llena de una retórica que satisface al bloque africano y a algunos otros países, pero, en cambio, no establece una responsabilidad netamente clara de los antiguos Estados coloniales en materia de reparaciones¹¹⁷. Por ello mismo, por esta ambigüedad calculada que figura en la Declaración Final de la Conferencia y por la enorme controversia antes, durante e, incluso, después de la Conferencia¹¹⁸, algunos la han calificado como un auténtico fracaso¹¹⁹, mientras que para otros ha supuesto un “catalizador crucial”¹²⁰ que ha facilitado el comenzar a discutir de una manera relativamente razonable entre las partes involucradas sobre un tema tan espinoso y conflictivo como el de las reparaciones por injusticias históricas. En este sentido, la incapacidad de Durban para adoptar una solución omnicompreensiva “no se debería ver como un fracaso, se trata de un proceso que necesita incorporar las perspectivas



de ambos lados, sin forzar una única solución¹²¹ a un problema tan complejo y de tanta envergadura. Hay que abordar las reparaciones como un proceso y, desde este punto de vista, Durban ha significado un paso importante en este proceso. La propia Mary Robinson, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al momento de la celebración de la Conferencia, señaló en su discurso de clausura que el texto que se había aprobado sobre las injusticias del pasado era “histórico”, aunque, reconocía, no era más que el “comienzo” de un largo proceso¹²².

En primer lugar, la Declaración de Durban reconoce que “la esclavitud y la trata de esclavos... fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad... y constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad...; los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias”¹²³. Asimismo, se reconoce que “... los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias... Lamentamos que los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas se cuenten entre factores que contribuyen a desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy”¹²⁴. Además de constatar que “los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación durante siglos...”¹²⁵, la Declaración de Durban pone de relieve “la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra como base de su existencia espiritual, física y cultural”, alentando a los Estados a que, “siempre que sea posible, velen por que los pueblos indígenas puedan mantener la propiedad de sus tierras y de los recursos naturales a que tienen derecho conforme a la legislación interna”¹²⁶.



Sin duda el elemento más importante en la Declaración de Durban en lo que a nosotros nos concierne es que contiene un capítulo consagrado íntegramente a la cuestión de la reparación¹²⁷, algo que, como nos podemos imaginar, fue resultado de un tira y afloja constante durante toda la Conferencia. La Declaración comienza subrayando la relevancia que revisten la verdad histórica y la memoria de las víctimas para la reconciliación internacional. A este respecto, se subraya “la importancia y la necesidad de enseñar los hechos y la verdad de la historia de la humanidad... así como... las causas, la naturaleza y las consecuencias del racismo..., a fin de llegar a conocer de manera amplia y objetiva las tragedias del pasado”¹²⁸. En la misma línea, la Declaración hace un llamamiento a los Estados interesados “para que honren la memoria de las víctimas de pasadas tragedias”¹²⁹. En este sentido, la Conferencia reconoce y agradece que “algunos han tomado la iniciativa de lamentar lo sucedido, expresar remordimiento o pedir perdón, y hace un llamamiento a quienes todavía no hayan contribuido a restablecer la dignidad de las víctimas para que encuentren la manera adecuada de hacerlo...”¹³⁰. En lo concerniente a la reparación de índole económica, la Declaración, en un lenguaje medido y calculado milimétricamente, observa que “algunos Estados han tomado la iniciativa de pedir perdón y han pagado una indemnización... por las graves y masivas violaciones perpetradas”¹³¹, reconociendo la “*obligación moral* que tienen todos los Estados interesados” (la cursiva es mía). Como consecuencia de esta obligación moral, la Conferencia hace un llamamiento a esos Estados interesados a fin de que adopten medidas adecuadas y eficaces para hacer cesar e invertir las consecuencias duraderas¹³² del racismo y de las injusticias históricas. Finalmente, la Declaración reafirma



“enérgicamente... que es requisito ineludible de justicia que se dé acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos resultantes del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia..., incluso el derecho a pedir y recibir justa y adecuada indemnización o satisfacción por los daños sufridos..., de acuerdo con lo consagrado en numerosos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos...”¹³³.

Como podemos comprobar, la Declaración de Durban da pasos muy significativos en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad por las injusticias históricas y la necesidad de su adecuada y efectiva reparación. Desde el punto de vista programático hay avances considerables, aunque, como era de esperar, en el ámbito de las reparaciones de carácter material los avances son mucho más tímidos y modestos de lo que algunas delegaciones y algunos movimientos sociales hubieran querido. En este punto, debemos ser conscientes de que Durban no supone más que un nuevo hito en un proceso largo y complicado de asunción de los abusos del pasado y de la obligación de su progresiva reparación. Como ha señalado con mucho tino Suhas Chakma, “el desafío es encontrar un equilibrio entre el reconocimiento del espectro de los errores históricos y mantener un sentido claro de lo que realmente se puede conseguir”¹³⁴.

Otro hito en este proceso de reconocimiento progresivo de la obligación de reparar a los pueblos indígenas por las injusticias históricas sufridas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en 2007 tras un largo proceso de negociación en el que han tenido una destacada participación los propios pueblos indígenas. La misma aprobación de esta Declaración



es interpretada por algunos como muestra del compromiso con el pasado y con la reparación de un proceso de explotación y dominio que todavía no ha concluido¹³⁵. Pero lo más importante de todo es que en el texto de la propia Declaración se da entrada explícitamente a la cuestión de las injusticias históricas. En el preámbulo de esta Declaración la Asamblea General de las Naciones Unidas se declara

*“preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”*¹³⁶.

Además de la preocupación expresada por la Asamblea General por las injusticias históricas, hay otro elemento que podemos destacar de este pronunciamiento tan clarividente. Como podemos observar, se establece un nexo causal entre la colonización y la enajenación de tierras, territorios y recursos que sufrieron los pueblos indígenas en el pasado y la incapacidad para ejercer de manera efectiva su derecho al desarrollo, algo que sigue dejando sentir sus consecuencias en el momento presente.

En el texto sustantivo de la Declaración vamos a encontrar un significativo número de artículos referidos al derecho a la reparación de los pueblos indígenas, algunos de ellos con claros vínculos con el pasado y con injusticias de carácter histórico. En este sentido, el artículo 11 reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales”, lo que incluye el derecho “a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones *pasadas*, presentes y futuras de sus



culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias...” (la cursiva es nuestra). En ocasiones, la garantía de este derecho va a suponer un proceso de restitución de bienes y objetos que les fueron privados a los pueblos indígenas en el pasado. Como dispone el párrafo 2 del artículo 11, “los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución,... 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”. El artículo 12, por su parte, se refiere a la “repatriación de objetos de culto y de restos humanos” por parte de los Estados que los posean¹³⁷.

El artículo 20 de la Declaración reconoce que “los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa”. A pesar de que en esta disposición no se aclara si se refiere o no a las privaciones sufridas en el pasado por los pueblos indígenas, se podría argumentar que las injusticias del pasado explican en gran parte las exclusiones del presente y, por lo tanto, convertirían a los pueblos indígenas en acreedores de dicha reparación. En la misma línea, el artículo 28.1 establece que

“los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”.

El párrafo 2 de este artículo detalla mucho más las modalidades de reparación que son pertinentes ante



privaciones de tierras, territorios y recursos indígenas. Así, “salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”. En lo que se refiere a proyectos de desarrollo que afecten a tierras, territorios y otros recursos indígenas, el artículo 32.2 de la Declaración exige el “consentimiento libre e informado” de los pueblos indígenas antes de su aprobación por parte del Estado, sobre todo cuando el proyecto suponga “la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. En este contexto, el párrafo 3 del artículo 32 dispone que “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”.

Otra disposición importante desde el punto de vista de la reparación a la que tienen derecho los pueblos indígenas es el artículo 15 de la Declaración, que tiene que ver con la educación y los medios de comunicación. Como vimos en su momento, una de las garantías de no repetición de los abusos del pasado es el incorporar en el sistema educativo y en los medios de comunicación social aspectos relacionados con las culturas y las cosmovisiones indígenas. En este sentido, el artículo 15.1 señala que “los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos”. Para reforzar este derecho, “los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para



combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad”.

Como vemos, el derecho a la reparación de los pueblos indígenas, incluyendo algunas disposiciones clave para tratar de asegurar la reparación por injusticias históricas, está muy presente en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, a diferencia de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos indígenas a los que hemos hecho referencia con anterioridad.

NOTAS:

* Publicado en ALVAREZ MOLINERO, NATALIA; OLIVA MARTINEZ, DANIEL y GARCIA-FALCES, NIEVES (Eds.): *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 157-191.

1 *Bringing them Home, Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from their Families*, Human Rights and Equal Opportunity Commission Report, Sydney, April 1997.

2 *Apology to Australia's Indigenous Peoples*, House of Representatives, Parliament House, Canberra, 13 February 2008.

3 STRANG, H.: *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice*, Clarendon Press, Oxford, 2002. En la misma línea MANI, R.: *Beyond Retribution, Seeking Justice in the Shadows of War*, Polity Press, Cambridge, 2002.

4 Ver las interesantes reflexiones de Janna Thompson sobre *teorías diacrónicas de la justicia*, en THOMPSON, J.: *Taking Responsibility for*



the Past: Reparation and Historical Injustice, Polity Press, Cambridge, 2002, p. 149. En el mismo sentido Reyes Mate aboga por una *teoría anamnética* de la justicia, una justicia “en la que el recuerdo es reconocimiento de la significación del sufrimiento”, lo que le lleva a afirmar que “... la justicia nunca descansará en una teoría satisfactoria, porque siempre habrá una injusticia olvidada”, en MATE, R.: *Memoria de Auschwitz. Actualidad moral y política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 30-32.

5 TORPEY, J.: “Introduction: Politics and the Past”, en TORPEY, J. (Ed.): *Politics and the Past. On Repairing Historical Injustices*, Rowman&Littlefield Publishers, Maryland, 2003, p. 26.

6 BARKAN, E.: *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2000, p. ix.

7 MARTINEZ DE BRINGAS, A.: *Exclusión y Victimación. Los gritos de los derechos humanos en la globalización*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe y Diputación Foral de Guipúzcoa-Alberdania, Zarautz, 2004.

8 BARKAN, E.: “Legal Settlements as a Form of Cultural Politics: A Moral and Historical Framework for the Right to Reparations”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: Redressing Past Wrongs*, Kluwer Law International, The Hague-London-New York, 2003, p. 409.

9 MATE, R.: *Memoria de Auschwitz...*, *op. cit.*, p. 10.

10 Hay todo un movimiento historiográfico que busca reinterpretar la historia sobre la base del papel desempeñado por las mujeres, un papel que ha estado excluido en la mayoría de las ocasiones. Ver SCOTT, J.: *Gender and the Politics of History*, Columbia University Press, New York, 1988.

11 MOSQUERA, C. y BARCELOS, L.C. (Eds.): *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y raizales*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2007.



12 El término “subalterno” fue acuñado por Antonio Gramsci, pero ha sido desarrollado de una manera muy interesante por el colectivo de los denominados Estudios Subalternos. Ver al respecto SPIVAK, G.C.: “Subaltern Studies: Deconstructing Historiography”, en GUHA, R. and SPIVAK, G.C. (Eds.): *Subaltern Studies*, Oxford University Press, New Delhi, 1985.

13 GABORIT, M.: “Memoria histórica: revertir la historia desde las víctimas” en GOMEZ ISA, F. (Director): *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, pp. 195-224.

14 Ver las interesantes reflexiones de Todorov en el marco de la Conquista española de América, TODOROV, T.: *La Conquista de América: el problema del otro*, Siglo XXI, México, 1987.

15 Este es un término que se ha utilizado hasta bien entrado el siglo XX en el marco de la creación de la primera Organización Internacional en sentido moderno, la Sociedad de Naciones. Ver al respecto el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones (1919).

16 MARTINEZ, F.: “Preguntas desde la otra orilla: ¿es la solidaridad opcional u obligatoria?”, en MATE, R. (Ed.): *Responsabilidad Histórica. Preguntas del nuevo al viejo mundo*, Anthropos, Barcelona, 2007, p. 155.

17 MATE, R.: “¿Existe una responsabilidad histórica?”, en MATE, R. (Ed.): *Ibidem*, p. 369.

18 THIPANYANE, T.: “Current Claims, Regional Experiences, Pressing Problems: Identification of the Salient Issues and Pressing Problems in an African Post-Colonial Perspective”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: Redressing Past Wrongs...*, *op. cit.*, p. 35.

19 ULRICH, G.: “Introduction: Human Rights with a view to History”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations...*, *Ibidem*, p. 6.

20 SOIFER, A.: “Redress, Progress and the Benchmark Problem”, *Boston College Law Review*, Vol. 40, 1998, pp. 525 y ss.



21 En el caso de los pueblos indígenas, muchas de las demandas actuales de reparación se basan en la violación de tratados internacionales que las Potencias coloniales firmaron con ellos durante el siglo XIX, como es el caso de los tratados firmados por Estados Unidos, Canadá o Nueva Zelanda.

22 FRANCONI, F.: “Reparation for Indigenous Peoples: Is International Law Ready to Ensure Redress for Historical Injustices?”, en LENZERINI, F. (Ed.): *Reparations for Indigenous Peoples. International & Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 43.

23 SHELTON, D.: “The World of Atonement: Reparations for Historical Injustices”, *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 310.

24 La ocupación efectiva y el control *de facto* sobre el territorio eran suficientes para la adquisición de derechos soberanos sobre esos territorios, en CASSESE, A.: *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005 (2nd edition), p. 28.

25 THIPANYANE, T.: “Current Claims, Regional Experiences...”, *op. cit.*, p. 48.

26 ULRICH, G.: “The Moral Case for Reparations: Three Theses about Reparations for Past Wrongs”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations...*, *op. cit.*, p. 373.

27 SHELTON, D.: “The World of Atonement...”, *op. cit.*, p. 324.

28 Ver al respecto el relevante papel desempeñado por los juicios de Nuremberg tanto desde el punto de vista de las víctimas del Holocausto como desde la óptica de la evolución del Derecho Internacional, en DOUGLAS, L.: *The Memory of Judgement. Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, Yale University Press, New Haven, 2001; BLOXHAM, D.: *Genocide on Trial. War Crimes and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford University Press, Oxford, 2001; OSIEL, M.: *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1997.



29 La otra cara de la moneda de este argumento es que determinados Estados, compañías privadas e individuos se enriquecieron injustamente a expensas de las víctimas de los abusos del pasado. Las disparidades económicas creadas entonces han continuado creciendo e incrementándose a través de generaciones. Ello supone que quienes se enriquecieron injustamente “deberían devolver la riqueza acumulada a favor de aquéllos que sufrieron privación y de sus descendientes”, SHELTON, D.: “The World of Atonement...”, *op. cit.*, p. 305.

30 *Recomendación general nº 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, A/52/18, Anexo V, 1997, para. 3.

31 Un reciente estudio elaborado por el Banco Mundial demuestra de una manera que no deja lugar a dudas que los niveles de ingreso, al igual que los indicadores de desarrollo humano como la educación y las condiciones de salud, de los pueblos indígenas en América Latina “han quedado sistemáticamente a la zaga en relación con los del resto de la población”, en HALL, G. and PATRINOS, H.A.: *Pueblos Indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, The World Bank, Washington, D.C., 2005.

32 *Las cuestiones indígenas. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/CN.4/2006/77, 27 de febrero de 2006, para. 2.

33 CLAVERO, B.: *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2007, p. 293.

34 JABBOUR, G.: *Some personal thoughts on Reparations and People of African Descent*, E/CN.4/2003/WG.20/WP.1, 28 January 2003, pp. 2 y 3. Un intento de calcular las reparaciones de tipo económico por la esclavitud figura en CONLEY, D.: “Calculating Slavery Reparations. Theory, Numbers and Implications”, en TORPEY, J. (Ed.): *Politics and the Past...*, *op. cit.*, pp. 117-125.

35 HOWARD-HASSMANN, R.E.: “Moral Integrity and Reparations to Africa”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: Redressing Past Wrongs*, *op. cit.*, pp. 344 y ss.



36 KRIEBAUM, U.: “Restitution Claims for Massive Violations of Human Rights During the Nazi Regime. The Austrian Case”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Ibidem*, pp. 165-210.

37 Ver el acuerdo de compensación al que llegaron el Gobierno de Canadá y la Asamblea de First Nations de Canadá en noviembre de 2005, <http://www.irsr-rqpi.gc.ca/english/questions.html>.

38 PARKER, K. and CHEW, J.F.: “Compensation for Japan’s World War II War-Rape Victims”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 17, 1994, pp. 498-510.

39 NEWTON, N.J.: “Indian Claims for Reparations, Compensation and Restitution in the United States Legal System”, en BROOKS, R.L. (Ed.): *When Sorry isn’t Enough. The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York University Press, New York, 1999, pp. 261-269.

40 ULRICH, G.: “The Moral Case for Reparations: Three Theses about Reparations for Past Wrongs”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: Redressing Past Wrongs*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

41 THOMPSON, J.: *Taking Responsibility for the Past...*, *op. cit.*, p. xvi.

42 GOMEZ, N.: “Indigenous Peoples and Psychosocial Reparation: The Experience with Latin American Indigenous Communities”, en LENZERINI, F. (Ed.): *Reparations for Indigenous Peoples...*, *op. cit.*, pp. 143-159.

43 DANIELI, Y. (Ed.): *International Handbook of Multigenerational Legacies of Trauma*, Plenum Press, New York, 1998; ANTZE, P. and LAMBEK, M. (Eds.): *Tense Past: Cultural Essays in Trauma and Memory*, Routledge, London, 1996; DAVIDOVITCH, N. y ALBERSTEIN, M.: “Trauma y Memoria. Entre la experiencia individual y colectiva”, en MEDINA DOMENECH, R.; MOLINA RUEDA, B. y GARCIA-MIGUEL, M. (Eds.): *Memoria y Reconstrucción de la Paz*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, pp. 41-58.

44 Francisco Ferrándiz se ha referido a una “memoria traumática” en el caso de los descendientes de las víctimas de la Guerra Civil española y el Franquismo. Entre los legados de las guerras y los



conflictos violentos, sostiene, se encuentran “generaciones traumatizadas, sostenidas en las desapariciones, en las represalias, en la interrupción o imposibilidad del duelo, en la experiencia de huérfanos, exiliados o mutilados, o en la creación e imposición de versiones oficiales de los eventos históricos que silencian las voces de distintos tipos de colectivos que generalmente agrupamos bajo la ambigua y a veces problemática denominación de *víctimas*”, FERRANDIZ, F.: “Exhumaciones y políticas de la memoria en la España contemporánea”, en GOMEZ ISA, F. (Director): *El derecho a la memoria*, *op. cit.*, p. 549.

45 MARRUS, M.: “Official Apologies and the Quest for Historical Justice”, *Journal of Human Rights*, Vol. 6, 2007, p. 92.

46 SHELTON, D.: “The World of Atonement...”, *op. cit.*, p. 308.

47 Todorov nos alerta sobre los abusos y manipulaciones de la memoria como instrumento para mantener vivos odios profundamente enraizados entre comunidades, TODOROV, T.: *Los abusos de la memoria*, Paidós, Barcelona, 2000.

48 VOLKAN, V.: *Bloodlines. From ethnic pride to ethnic terrorism*, Westview, Colorado, 1997.

49 BARKAN, E.: “Legal Settlements as a Form of Cultural Politics: A Moral and Historical Framework for the Right to Reparations”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations..*, *op. cit.*, p. 407.

50 HAMBER, B.: “Repairing the Irreparable: Dealing with double-binds of making reparations for crimes of the past”, Paper presented to the African Studies Association of the UK, London, 14-16 September 1998, en <http://www.incore.ulst.ac.uk/publications/conference/thepast/repair.html>.

51 ANTZE, P. and LAMBEK, M. (Eds.): *Tense Past: Cultural Essays in Trauma and Memory*, *op. cit.*

52 “Voto razonado del Juez A. A. Cañado Trindade”, en *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*,



Sentencia de 26 de mayo de 2001, Reparaciones, Serie C, nº 77, paras. 42 y 43.

53 HAMBER, B. and WILSON, R.: "Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies", *Journal of Human Rights*, Vol. 1, nº 1, 2002, p. 5.

54 GOMEZ-REINO, M.: "Un balance sobre la aparición de los pueblos indígenas en las arenas políticas", en MARTÍ I PUIG, S. (Ed.): *Pueblos Indígenas y Política en América Latina. El reconocimiento de sus derechos y el impacto de sus demandas a inicios del siglo XXI*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2007, pp. 149-158.

55 GARCIA ALIX, L. y BORRAZ, P.: "Participación indígena en los foros internacionales: Lobby político indígena", en BERRAONDO, M. (Coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 219-248.

56 BARKAN, E.: *The Guilt of Nations: Restitution...*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

57 LUTZ, E.L.: "After the elections: Compensating Victims of Human Rights Abuses", en KRITZ, N.J. (Ed.): *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, United States Institute of Peace Press, Washington, D.C., 1995, p. 562.

58 HAMBER, B. and WILSON, R.: "Symbolic Closure through Memory...", *op. cit.*, p. 16.

59 HAMBER, B.: "The Dilemmas of Reparations: In Search of a Process Driven Approach", en DE FEYTER, K.; PARMENTIER, S; BOSSUYT, M. and LEMMENS, P. (Eds.): *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 142.

60 MARTIN BERISTAIN, C. y PAEZ ROVIRA, D.: *Violencia, apoyo a las víctimas y reconstrucción social*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2000. En este libro se realiza un análisis comparativo interesante de diferentes procesos de transición y cómo se ha abordado el proceso de reparaciones en países como Chile, Argentina, Guatemala, Sudáfrica o Irlanda del Norte.



61 BROOKS, R.L.: “African American Redress Movement: the Quest for Atonement”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: op. cit.*, p. 17.

62 MANI, R.: “Reparation as a Component of Transitional Justice Pursuing *Reparative Justice* in the Aftermath of Violent Conflict”, en DE FEYTER, K.; PARMENTIER, S. *et al.* (Eds.): *Out of the Ashes...*, *op. cit.*, p. 71.

63 TAYLOR, CH.: “The Politics of Recognition”, en GOLDBERG, D.T. (Ed.): *Multiculturalism: A critical reader*, Blackwell, Oxford, 1994, pp. 75-106; ALVAREZ MOLINERO, N.: “From the theory of discovery to the theory of recognition of indigenous rights: conventional international law in search of homeopathy”, en MECKLED-GARCIA, S. and ÇALI, B. (Eds.): *The Legalization of Human Rights. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Routledge, London, 2006, pp. 165-180.

64 Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005. Un análisis pormenorizado del proceso de elaboración de estos Principios y de los principales aspectos de su contenido figuran en SHELTON, D.: “The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”, en DE FEYTER, K.; PARMENTIER, S. *et al.* (Eds.): *Ibidem*, pp. 11-33.

65 GOMEZ ISA, F.: “El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos”, en GOMEZ ISA, F. (Director): *El derecho a la memoria, op. cit.*, pp. 37 y ss.

66 Informe de la 2ª Reunión Consultiva sobre los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y reparaciones (Ginebra, 20, 21 y 23 de octubre de 2003), E/CN.4/2004/57, 10 de noviembre de 2003, p. 12.

67 TOMUSCHAT, C.: “Individual reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: the Position under General International Law”, en RANDELZHOFFER, A. and TOMUSCHAT, C. (Eds.): *State Responsibility and the Individual. Reparation in*



Instances of Grave Violations of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, p. 25.

68 *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Reparaciones*, Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, nº 116, paras. 49.12 y 90 a).

69 Ver el Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia recién mencionada, que subraya la relevancia de la dimensión cultural en el proceso de reparaciones. Un caso en el que los aspectos culturales jugaron un papel fundamental fue el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, nº 79. Ver un estudio monográfico sobre esta sentencia auténticamente pionera en GOMEZ ISA, F. (Ed.): *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

70 TOLEDO LLANCAQUEO, V.: “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004, ¿las fronteras indígenas de la globalización?”, en DÁVALOS, P. (comp.): *Pueblos indígenas, Estado y democracia*, CLACSO, Buenos Aires, 2005, pp. 67-102.

71 *Recomendación general nº 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, A/52/18, Anexo V, 1997, para. 5.

72 Principio 20.

73 THIPANYANE, T.: “Current Claims, Regional Experiences, Pressing Problems: Identification of the Salient Issues and Pressing Problems in an African Post-Colonial Perspective”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations: op. cit.*, p. 50.

74 Principio 21.

75 Determinados prejuicios e imágenes distorsionadas de los indígenas están profundamente arraigadas en las sociedades contemporáneas. La propia categoría de “indio” es una categoría construida que tiene consecuencias para la delimitación de grupos sociales, HERNÁNDEZ DIAZ, J.: “La construcción de la categoría “indio” en el discurso antropológico”, en HERNÁNDEZ DIAZ, J.



(coord.): *Las imágenes del indio en Oaxaca*, Instituto Oaxaqueño de las Culturas-UABJO, Oaxaca, 1998, pp. 11-30.

76 FLORESCANO, E.: *Memoria indígena*, Taurus, México, 1999.

77 BROOKS, R.L.: "The Age of Apology", en BROOKS, R.L. (Ed.): *When Sorry isn't Enough. The Controversy over Apologies and Reparation...*, op. cit., pp. 3 y ss.

78 COICAUD, J-M. and JONSSON, J.: "Elements of a Road Map for a Politics of Apology", en GIBNEY, M.; HOWARD-HASSMANN, R.E.; COICAUD, J-M. and STEINER, N. (Eds.): *The Age of Apology. Facing up to the Past*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008, pp. 77 y ss.

79 MARRUS, M.: "Official Apologies and the Quest for Historical Justice", op. cit., pp. 79 y 80.

80 Principio 23.

81 La educación de las actuales y de las futuras generaciones sobre determinados acontecimientos del pasado es un elemento fundamental que contribuye a la conformación de la memoria. Un ejemplo de ello es la *Task Force for International Cooperation on Holocaust Education, Remembrance and Research*, un grupo de representantes gubernamentales y de la sociedad civil que lo que pretende es avanzar en la educación, la conmemoración y la investigación sobre un hecho de tanta magnitud como fue el Holocausto, en <http://taskforce.ushmm.org>.

82 BARKAN, E.: "Legal Settlements as a Form of Cultural Politics: A Moral and Historical Framework for the Right to Reparations", op. cit., p. 422.

83 APARICIO, M.: *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, CEDECS Editorial, Barcelona, 2002; CLAVERO, B.: "Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas", en BERRAONDO, M. (Coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 313-338.



84 CLAVERO, B.: *El orden de los poderes...*, op. cit., p. 298.

85 VANDEGINSTE, S.: “Reparation for gross and systematic human rights violations: the interaction between the national and international level, against the background of the Rwandan and South African experience”, en *Expert Seminar on Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations in the Context of Political Transitions*, Universiteit Antwerpen-Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, 2002, p. 33.

86 MINOW, M.: *Between Vengeance and Forgiveness. Facing History after Genocide and Mass Violence*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 91 y ss.

87 ROMBOUITS, H.: *Victim Organisations and the Politics of Reparation: A Case Study on Rwanda*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, pp. 59 y ss.

88 José Zalaquett ha señalado que, aunque las asociaciones de víctimas y los familiares de las víctimas tienen que ser oídos, en último término la responsabilidad de aprobar un programa de reparaciones le corresponde al conjunto de la sociedad mediante sus representantes elegidos democráticamente, en ZALAQUETT, J.: “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, en KRITZ, N.J. (Ed.): *Transitional Justice...*, op. cit. p. 9. Una prevención contra un cierto cultivo excesivo de la cultura de las víctimas, que puede acabar degenerando en *victimismo*, ha sido planteada por Javier Marías, para quien “no por ser víctimas tienen siempre razón ni la tienen en todo; ni tan siquiera serlo las convierte en buenas personas”, en MARIAS, J.: “Sufrir no da razón”, *EL PAÍS SEMANAL*, 2005. De todas formas, se ha instalado entre nosotros una tendencia que hace que “el cuestionamiento de las demandas de las víctimas se considere por muchos como inaceptable o, al menos, políticamente incorrecta”, una tendencia que debemos tener en cuenta a la hora de abordar un proceso de reparaciones, en FERUDI, F.: “New Britain-a nation of victims”, *Social Science and Modern Society*, Vol. 35, 1988, p. 84.

89 *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2005, Serie C, nº 114, para. 280.13. En idéntico sentido, en el *Caso de la*



Masacre Plan de Sánchez la Corte ordenó a Guatemala que diseñase “en conjunto con las mujeres líderes de la comunidad y con profesionales en salud mental, planes de ayuda para la recuperación, rehabilitación y reinserción plena en la comunidad de las mujeres víctimas de violación sexual”. Por su parte, a la hora de crear un comité para evaluar la condición física y psíquica de las víctimas, la Corte consideró que en ese comité debía tener “una participación activa la organización no gubernamental Equipo de Estudios Comunitarios de Acción Social”, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, *op. cit.*, para. 90. i) y 108 respectivamente. Ver igualmente *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C, nº 120, para. 198.

90 Los casos de los judíos víctimas del genocidio nazi, de los *Japanese-Americans* internados durante la Segunda Guerra Mundial en Estados Unidos o de algunos pueblos indígenas en Canadá son bastante ilustrativos de algunos “éxitos” conseguidos por víctimas de graves violaciones de los derechos humanos en materia de reparaciones, como ya hemos visto.

91 SCHOTMANS, M.: “Victim’s expectations, needs and perspectives after gross and systematic human rights violations”, en DE FEYTER, K.; PARMENTIER, S. *et al.* (Eds.): *Out of the Ashes...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

92 CHAUMONT, J-M.: *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, La Découverte, Paris, 1997, p. 172.

93 ULRICH, G.: “The Moral Case for Reparations: Three Theses about Reparations for Past Wrongs”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations...*, *op. cit.*, p. 376.

94 Un análisis polémico del papel que ha jugado la política en la atribución de la condición de *víctimas privilegiadas* a los judíos y cómo ello ha sido utilizado por el Estado de Israel en la esfera política tanto interna como internacional se puede encontrar en FINKELSTEIN, N.G.: *La Industria del Holocausto. Reflexiones sobre la explotación del sufrimiento judío*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2002. Ver al respecto la reflexión de TRAVERSO, E.: “La singularidad de Auschwitz. Un debate sobre el uso público de la



historia”, *Pasajes de Pensamiento Contemporáneo*, Primavera 2005, pp. 111-118.

95 MATE, R.: *Memoria de Auschwitz...*, *op. cit.*, p. 24.

96 Citado en THOMPSON, J.: *Taking Responsibility for the Past...*, *op. cit.*, p. 150.

97 DE GREIFF, P.: « The Role of Apologies in National Reconciliation Processes: On Making Trustworthy Institutions Trusted », en GIBNEY, M. *et al.* (Eds.): *The Age of Apology...*, *op. cit.*, pp. 120-136.

98 TEITEL, R.: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 135. Reyes Mate, en el primer aniversario del atentado terrorista de Madrid en marzo de 2004, también ha señalado que el proceso de visibilización de las víctimas ha hecho que se conviertan “en material político e informativo”, lo que inevitablemente conlleva ciertos riesgos. Lo importante “es lo que ellas puedan decir”, pero, para ello, “tienen que conquistar su propio espacio”, en MATE, R.: “El lugar de las víctimas”, *EL PAIS*, 11 de marzo de 2005.

99 En nuestro país, en el contexto de las víctimas del terrorismo de ETA, y al calor de la propuesta del Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero de explorar una salida dialogada a la violencia, se ha denunciado la politización de algunas asociaciones de víctimas del terrorismo, que han patrocinado, en connivencia con el principal partido de la oposición, varias manifestaciones contra la propuesta del Gobierno. Al respecto ver ARANZADI, J.: “Traducir a los muertos”, *EL PAIS*, 18 de mayo de 2005, pp. 13 y 14.

100 Resolución 61/295 de la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

101 Un análisis pormenorizado de los orígenes del Convenio y de sus principales contenidos en RODRÍGUEZ-PIÑERO, L.: *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

102 El artículo 15.2 dispone una “indemnización equitativa” por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de actividades de



prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras cuando el Estado tenga derechos sobre esos recursos.

103 El artículo 16.1, por su parte, establece el derecho de los pueblos indígenas a no ser trasladados de las tierras que ocupan. Cuando, excepcionalmente, ello tenga que producirse, sólo deberá efectuarse “con su consentimiento” (artículo 16.2). Siempre que sea posible, “estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales...” (artículo 16.3). Si dicho retorno no es posible, dichos pueblos deberán recibir “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”. De todas maneras, si los pueblos prefieren recibir una indemnización en dinero o en especie, “deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas” (artículo 16.4).

104 CHAKMA, S.: “The Issue of Compensation for Colonialism and Slavery at the World Conference Against Racism: A Fine Balance Between Rhetoric and Legality”, en ULRICH, G. and BOSERUP, L.K. (Eds.): *Reparations...*, *op. cit.*, p. 60.

105 GOMEZ DEL PRADO, J.L.: “La Conferencia Mundial contra el Racismo, Durban, Sudáfrica 2001”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 16, 2002, p. 18.

106 “Proyecto de Declaración y Plan de Acción”, *Informe de la Conferencia Regional de las Américas*, Santiago de Chile, 5 a 7 de diciembre de 2000, A/CONF.189/PC.2/7, 24 de abril de 2001, para. 3.

107 *Ibidem.*, para. 70.

108 “Declaración y Recomendaciones para un Programa de Acción”, en *Informe sobre la Conferencia Regional de África (Dakar, 22 a 24 de enero de 2001)*, A/CONF.189/PC.2/8, 27 de marzo de 2001, para. 16. A favor de la compensación también se pronunció la Conferencia Regional celebrada en Asia, en *Informe de la Conferencia Regional de Asia, (Teherán, 19 a 21 de febrero de 2001)*, A/CONF.189/PC.2/9, 10 de abril de 2001, para. 50.



- 109** *Ibidem.*, para. 20.
- 110** *Ibidem.*, paras. 2 y 3.
- 111** *Ibidem.*, para. 6.
- 112** *Ibidem.*, para. 5.
- 113** Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2001/1, 6 de agosto de 2001. Esta resolución fue aprobada por unanimidad.
- 114** GOMEZ DEL PRADO, J.L.: “La Conferencia Mundial contra el Racismo...”, *op. cit.*, p. 16.
- 115** Ver al respecto SHELTON, D.: “Reparations for Indigenous Peoples: The Present Value of Past Wrongs”, en LENZERINI, F. (Ed.): *Reparations for Indigenous Peoples...*, *op. cit.*, p. 50.
- 116** Como sabemos, en mitad de la Conferencia, el 3 de septiembre de 2001, las delegaciones de Estados Unidos e Israel decidieron retirarse de la misma, alegando las acusaciones de Estado “racista” a Israel, algo que consideraban inaceptable. Para las delegaciones árabes, Estados Unidos utilizó esa razón como excusa para no verse obligado a abordar públicamente la cuestión de las indemnizaciones por la esclavitud.
- 117** CHAKMA, S.: “The Issue of Compensation for Colonialism and Slavery at the World Conference...”, *op. cit.*, p. 59.
- 118** Tras la clausura de la Conferencia siguieron las discusiones y las controversias. Tal es así que hasta el 18 de enero de 2002 no se contó con el texto definitivo de la Declaración y Programa de Acción de Durban.
- 119** CAMPONOVO, C.N.: “Disaster in Durban: The United Nations World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance”, *George Washington International Law Review*, Vol. 34, 2003, p. 659.
- 120** BARKAN, E.: “Legal Settlements as a Form of Cultural Politics...”, *op. cit.*, p. 420.



121 *Ibidem.*, p. 422.

122 Citado en GOMEZ DEL PRADO, J.L.: “La Conferencia Mundial contra el Racismo...”, *op. cit.*, p. 69.

123 *Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and Related Intolerance*, Durban, 31 August-8 September 2001, A/CONF.189/12, 18 January 2002, para. 13.

124 *Ibidem.*, para. 14.

125 *Ibidem.*, para. 39.

126 *Ibidem.*, para. 43.

127 El capítulo se titula “Establecimiento de recursos y medidas eficaces de reparación, resarcimiento, indemnización y de otra índole a nivel nacional, regional e internacional”.

128 *Ibidem.*, para. 98.

129 *Ibidem.*, para. 99.

130 *Ibidem.*, para. 101.

131 *Ibidem.*, para. 100.

132 *Ibidem.*, para. 102.

133 *Ibidem.*, para. 104.

134 CHAKMA, S.: “The Issue of Compensation for Colonialism...”, *op. cit.*, p. 71.

135 CONCHA MALO, F.M.: “Lucha por la dignidad y los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos de América Latina”, en MATE, R. (Ed.): *Responsabilidad Histórica...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

136 Párrafo 6 del preámbulo.



137 Ver al respecto la *US Native American Grave Protection and Repatriation Act* aprobada en 1990 , que permite la restitución a los pueblos indígenas de Estados Unidos de restos humanos y objetos culturales y ceremoniales que fueron apropiados para fines de investigación o su muestra en museos tanto públicos como privados. Sobre este tema, VRDOLJAK, A.F.: *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.





RODOLFO STAVENHAGEN

Rodolfo Stavenhagen es mexicano, antropólogo y sociólogo, investigador y profesor emérito en El Colegio de México. Es autor de múltiples investigaciones y publicaciones, entre las que destacan: *La Cuestión Étnica* (2001), *Derechos Humanos de los Pueblos Indios* (2000), *Conflictos Étnicos y Estado Nacional* (2000), *Entre la Ley y la Costumbre: El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina* (1990), entre otras. Profesor en distintas Universidades, entre ellas: la Universidad de Harvard, Universidad de Stanford, Universidad de París, Universidad de Ginebra, Universidad Católica de Río de Janeiro, entre otras. De 2001 a 2008 fue Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas.



LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Rodolfo Stavenhagen

61

Los derechos de los pueblos indígenas llegaron tarde al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Los instrumentos básicos del sistema ni siquiera los mencionan. Ni la Declaración de Bogotá ni el Pacto de San José de Costa Rica¹ hacen mención de los pueblos indígenas en el continente, probablemente porque en la época en que fueron redactados estos textos prevalecía la perspectiva que bastaba con proclamar “derechos universales” para que toda persona, “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna,” pudiera disfrutarlos plenamente. Años más tarde fue aprobado el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales que también ignora a los pueblos indígenas de los países americanos².



En la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá (1948), fue adoptada la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, enfocada principalmente como una “Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador” bajo “principios cristianos.” El artículo 39, de dicho instrumento internacional, señala:

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.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con este, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

La Carta de Garantías Sociales no tuvo mayor seguimiento y el “problema de la población aborígen” se dejó en el sistema interamericano a la atención del Instituto Indigenista Interamericano, establecido ocho años antes por el Primer Congreso Indigenista Interamericano reunido en Pátzcuaro, México (1940). En este Congreso se establecieron los principios de una política indigenista continental, que condujo paulatinamente al establecimiento, en algunos países, de los institutos indigenistas nacionales. En su acta final, el Congreso proclamaba:



- a) El respeto a la personalidad y a la cultura indígena.
- b) Rechazar los procedimientos legislativos o prácticos que tengan origen en conceptos de diferencias raciales con tendencias desfavorables para los grupos indígenas.
- c) Igualdad de derechos y de oportunidades para todos los grupos de la población americana.
- d) Respeto a los valores positivos de la cultura indígena.
- e) Facilitar a los grupos indígenas su elevación económica y la asimilación y el aprovechamiento de los recursos de la técnica moderna y de la cultura universal.
- f) Toda acción que se intente sobre la comunidad indígena deberá contar con la aceptación de la comunidad.

En aquellas décadas poco se hablaba de los derechos de los pueblos indígenas, estos eran considerados en el mejor de los casos como objeto de la política social de un Estado benefactor. Los derechos que se les reconocían eran los “individuales universales” de todos los individuos. Pero en la realidad, incluso a lo largo de la segunda mitad del siglo veinte, sus derechos eran poco respetados.

A consecuencia de la emergencia del movimiento indígena continental, que cobró impulso a partir de la década de los ochenta, tuvieron lugar algunos acontecimientos internacionales importantes³. La Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, que establece por primera vez en un convenio internacional, los derechos específicos de los pueblos indígenas⁴. En el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se iniciaron las negociaciones en torno a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,



finalmente adoptada por la Asamblea General en 2007. En el propio sistema interamericano, la Organización de Estados Americanos inició los trabajos conducentes a la adopción eventual de una Declaración Americana sobre el mismo tema⁵. A nivel doméstico, numerosos países de la región realizaron reformas constitucionales y/o legislativas a partir de la década de los ochenta, en torno al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas y sus derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Es en este contexto que comienza a tener un impacto cada vez más importante la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [*en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana"*] y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [*en adelante "la Corte", "la Corte Interamericana" o "el Tribunal"*].

Desde la década de los ochenta, los informes anuales y especiales de la Comisión contienen, cuando es pertinente, referencias a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Cada vez con mayor frecuencia llegan a la Comisión denuncias y quejas de violaciones a los derechos de estos pueblos y comunidades, ante las cuales la Comisión responde, también con frecuencia creciente, con solicitudes a los Estados involucrados demandando medidas precautorias para la protección de las poblaciones afectadas. Desde 1990 la Comisión ha nombrado un relator especial para los pueblos indígenas, y en 2000 la Comisión publica un estudio sobre "La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas"⁶. Así, paulatinamente, la protección de los derechos de los pueblos indígenas penetra en los procedimientos del sistema interamericano.

Después de varios años en que la Corte prácticamente languidece en la inactividad (salvo por algunas consultas que le hacen algunos Estados), la Comisión comienza a enviar a la Corte casos específicos para que este tribunal los juzgue. Entre estos, aparecen cada vez con mayor frecuencia los casos sobre violación a los derechos de los pueblos indígenas. Entre otros, se ven involucrados los países de Nicaragua, Paraguay y Surinam a los que me voy a referir en este artículo.

CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI CONTRA NICARAGUA⁷

La Comisión envió a la Corte (1998) el expediente sobre una queja de la Comunidad indígena Mayagna (sumo) Awas Tingni de la Región Autónoma Atlántico Norte de Nicaragua (RAAN). El caso se remonta a algunos años atrás, cuando la Junta Directiva Regional de la RAAN emite una disposición administrativa “reconociendo un convenio firmado entre el Gobierno Regional Autónomo y la Empresa SOLCARSA, para iniciar operaciones forestales.” La Comunidad indígena protesta ante el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales por no haber sido consultada en la materia, y luego interpone un amparo ante el Tribunal de Apelaciones, que es rechazado, y luego ante la Corte Suprema de Justicia pidiendo la revisión, que también es rechazado. En 1996 el gobierno concede una concesión por 30 años a la empresa SOLCARSA por 62,000 hectáreas en terrenos de la Comunidad. El gobierno argumenta que la concesión fue aprobada por el Consejo Regional de la RAAN y que la Comunidad no tiene nada que decir en el asunto. Por motivos procesales se pide la invalidez de la concesión ante



la Suprema Corte y la Comunidad de Awas Tingni solicita que el gobierno proceda a la demarcación de sus tierras. El asunto no se resuelve, y en 1995 la Comunidad se dirige a la Comisión, la cual sugiere negociaciones entre las partes. En 1997 la Comunidad pide medidas cautelares a la Comisión, a las que el gobierno se niega. En 1998 la Comisión emite un informe en el que señala que Nicaragua no ha cumplido con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El informe señala que el Estado de Nicaragua es responsable por violaciones al derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [*en adelante "la Convención" o "la Convención Americana"*], al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras de la Comunidad Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de dicha Comunidad. En 1998 la Comisión decidió presentar el caso ante la Corte, en razón de que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

Después de escuchar los argumentos de las partes y los testimonios de algunos especialistas ("peritos"), la Corte decidió que:

"en el presente caso se debe interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos



colectivos de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 de la Convención.”

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

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”

La Corte estimó que, a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y



demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes, y declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Awas Tingni. También le impuso al Estado una indemnización pecuniaria como reparación del daño ocasionado.

Muy relevante resultó el voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de fondo y reparaciones (2001), al señalar:

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

“En el curso de la audiencia realizada para recibir pruebas sobre el fondo del litigio que la Corte ha juzgado, se recibieron



dictámenes que aluden directamente al punto mencionado en el párrafo anterior. Así, el perito Rodolfo Stavenhagen hizo notar -como se lee en la versión sintética de su dictamen verbal, recogido en esta Sentencia- que “(e)n ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural.

“La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribuye al reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América, cada vez mejor comprendido y reconocido por las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales. El tema de esta Sentencia, y por ende ella misma, se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales; dicho de otra manera: se halla en el punto al que concurren el Derecho civil y el Derecho social. La Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar y en efecto significa un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro Continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención Americana.”

La sentencia de la Corte en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni marcó un parteaguas en el derecho internacional indígena porque subraya, por primera vez, la estrecha relación entre los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas con respecto al derecho de propiedad de la tierra.



CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA CONTRA PARAGUAY⁸

Otro caso sobre el derecho a la tierra se refiere a la comunidad indígena Yakye Axa en Paraguay. En este caso la Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, lo anterior 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, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte declaró que en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio



cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas. Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

La Corte concluyó que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa. Y si bien a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, sí le compete establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros. Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con la Sentencia de la Corte. El Estado deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa y entregárselos de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la Sentencia, mientras los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, y el Estado deberá crear 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. Deberá también implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario, y 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.

CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA CONTRA PARAGUAY⁹

También en Paraguay, la Corte se ocupó del caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, en donde la Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros, ya que desde 1991 se encontraría en tramitación su solicitud de reivindicación territorial, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. De acuerdo con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras, y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua su supervivencia e integridad.

A la postre, la Corte sentencia que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana en perjuicio de los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa, y violó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la misma Convención. El Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa sus tierras tradicionales, y deberá implementar un fondo de desarrollo



comunitario y efectuar el pago respectivo por concepto de daño inmaterial y costas.

De nuevo el Juez Sergio García Ramírez elabora un Voto Concurrente en el que explica, claramente, los fundamentos de la sentencia, señalando:

“En el asunto que se ha resuelto a través de la sentencia a la que agrego este Voto, los miembros de una comunidad indígena se vieron privados de bienes que les habían pertenecido bajo títulos ancestrales. Una vez más, la Corte ha debido observar los derechos comunitarios desde el lente, que autoriza el artículo 1.2 de la Convención Americana, de los derechos correspondientes a seres humanos. De ahí que se refiera a los integrantes o miembros de los grupos indígenas, y no necesariamente a estos mismos. La perspectiva convencional, que constituye el marco para la competencia de la Corte, no significa en modo alguno desconocimiento o reserva frente a derechos colectivos. Más aún, se reconoce - así lo he hecho, desde mi Voto razonado en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni- que los derechos individuales, derechos humanos en el sentido del Pacto de San José, tienen origen y adquieren presencia y sentido en el marco de los derechos colectivos. Por ello, la protección de aquéllos constituye, lógicamente, una forma de preservar éstos; la inversa también es válida: la tutela de los derechos colectivos, a través de las normas e instrumentos que a ellos se refieren, concurre a la comprensión y repercute en la preservación de los derechos individuales. Así, no existe conflicto alguno, sino complementariedad estricta, entre estas dos “formas de mirar” el estatuto de las personas”.

“En este Voto deseo poner énfasis en la naturaleza del derecho que tienen los integrantes de las comunidades -y, en su turno y para sus efectos, estas mismas- sobre las tierras que legítimamente reclaman: tierras ancestrales, que les corresponden al amparo de títulos anteriores a las formas de apropiación de la tierra que sobrevinieron bajo el imperio de la conquista y la colonia. Es cierto que el Pacto de San José no



se refiere explícitamente a esta forma de tenencia de la tierra, pero también lo es, como ya se dijo en el Caso de la Comunidad Mayagna, que “mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, 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 (...)”. Este reconocimiento se halla en el ordenamiento de diversos países americanos”.

“Cuando se habla de propiedad a propósito del derecho que tienen los integrantes de comunidades indígenas o las propias comunidades sobre determinadas tierras -a las que asocian, además, tradiciones y convicciones, relaciones espirituales que van más allá de la posesión escueta y el aprovechamiento patrimonial-, se alude a un derecho que no se confunde necesariamente con el dominio pleno característico del derecho civil ordinario. La propiedad de los indígenas es diferente -y así debe ser reconocida y protegida- de esta otra forma de dominio instituida por el derecho europeo de raíz liberal. Más aún, la introducción forzada de los conceptos de propiedad oriundos del Derecho romano y acogidos, con determinadas modalidades, por el Derecho decimonónico que se aclimató en América, determinó un amplio proceso de despojo y dispersión de las comunidades, cuyas consecuencias aún se hallan a la vista”.

“Los bienes de los grupos indígenas, tenidos y aprovechados bajo su propio Derecho original, fueron ocupados merced a un Derecho impuesto, de segunda generación, ultramarino e indiano. Luego, el orden jurídico de tercera generación, que floreció bajo el liberalismo, desalentó aún más las reclamaciones indígenas, desvaneciéndolas en el pasado. Habría que esperar a un Derecho de cuarta generación -el orden derivado de la reforma agraria y el reconocimiento de los pueblos originales- para rescatar figuras del viejo sistema y traerlas al régimen del presente y el porvenir, sencillamente



en aras de la justicia. Las manecillas del reloj debieron avanzar, en poco tiempo -y con resultados relativos-, cuatrocientos años”.

“A partir de la conquista, pues, los primitivos pobladores de América -que habían sido, además, señores de sus territorios y protagonistas de su propia historia- se ausentaron de ésta y de sus derechos; erraron en sus viejas tierras, transformadas en nuevos señoríos, e invocaron sin fortuna títulos ancestrales frente a voluntades de reciente cuño. Se constituyeron, finalmente, en “extrañados”, y así contemplaron el curso de los siglos, prácticamente sin protagonizarlo. El daño causado a grupos e individuos tuvo muy grandes y graves proporciones. En la entraña de los casos sometidos a la Corte Interamericana late ese fenómeno de exclusión de las antiguas formas de tenencia de la tierra y su relevo por nuevas expresiones de dominio, amparadas con el concepto occidental de propiedad privada”.

“No cuestiono, por fuerza, que se emplee la palabra propiedad para caracterizar los derechos de los indígenas sobre las tierras que les han pertenecido y les pertenecen, a condición de que se entienda que, en la especie, se trata de una “propiedad calificada”, esto es, de una figura de dominio con características propias, que en algunos aspectos coincide con los signos de la propiedad ordinaria, pero en otros difiere radicalmente de ellos. La idea de emparejar la propiedad indígena -es decir, la tenencia indígena de la tierra, sujeta al ordenamiento consuetudinario propio de sus pueblos- con la propiedad civil que también preserva el artículo 21 de la Convención, pudiera culminar en consecuencias altamente desfavorables para los intereses legítimos y los verdaderos derechos de los indígenas. Nada de esto podría prosperar al amparo del Pacto de San José y de su interpretación rigurosa, que la Corte ya ha sentado en el Caso de la Comunidad Mayagna.”



CASO DEL PUEBLO SARAMAKA CONTRA SURINAM¹⁰

En Surinam se presenta un caso similar, del cual la Corte se ocupa en 2007. La demanda de la Comisión somete a la jurisdicción de la Corte las presuntas violaciones cometidas por el Estado de Surinam en contra los miembros del Pueblo Saramaka. La Comisión alegó que el Estado no ha adoptado medidas efectivas para reconocer su derecho al uso y goce del territorio que han ocupado y usado tradicionalmente; que el Estado ha, presuntamente, violado el derecho a la protección judicial en perjuicio del Pueblo Saramaka al no brindarles acceso efectivo a la justicia para la protección de sus derechos fundamentales, particularmente el derecho a poseer propiedad de acuerdo con sus tradiciones comunales, y que el Estado supuestamente no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno para asegurar y respetar estos derechos del Pueblo Saramaka.

La Comisión y los representantes alegaron que el Pueblo Saramaka conforma una unidad tribal y que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad. El Estado ha objetado que el Pueblo Saramaka pueda definirse como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho a la posesión colectiva de la propiedad. Por lo tanto, la Corte debe analizar si los integrantes del Pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal y, de ser así, si está sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos.



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. Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de 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.

Por ello 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, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procede a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, es



interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana, confiere a los integrantes del Pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

La Corte, por lo tanto, concluyó que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, la Corte expresó que es necesaria la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres. Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, según lo establecido en los casos Yakyé Axa y Sawhoyamaya, 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 Estados.

En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluyó lo siguiente: Primero, que los integrantes del Pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia. Segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del Pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales del Pueblo Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte consideró que el Estado ha violado el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1 de dicho



instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka.

La Corte notó que es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de la Comunidad para el goce de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad personal. Sin embargo, dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial; es decir, el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales. La Corte consideró que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.

En conclusión, el Pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte consideró que el Estado debe reconocer a los integrantes del Pueblo Saramaka dicha capacidad, para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el



Pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el Pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

La Corte decidió que el Estado violó, en perjuicio de los miembros del Pueblo Saramaka, el derecho de propiedad, reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno dicho derecho, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional. El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del Pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el Pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del Pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho Pueblo.



El Estado debe otorgar a los miembros del Pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. El Estado debe eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del Pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el Pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del Pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio a otras comunidades indígenas y tribales.

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para 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, previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del Pueblo Saramaka. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

CASO YATAMA CONTRA NICARAGUA¹¹

De nueva cuenta en Nicaragua, la Corte se ocupó de un caso de violación de los derechos políticos de una Comunidad indígena. En el caso Yatama contra Nicaragua dictó sentencia con base en el siguiente expediente:

YATAMA, una organización política indígena en Nicaragua, tiene una forma organizativa propia heredada de sus ancestros, denominada “democracia comunitaria”, la cual se basa en asambleas de comunidades y barrios en los territorios indígenas o étnicos y regionales en la Costa Atlántica y Jinotega. YATAMA participó por primera vez en las elecciones regionales de Nicaragua en el año de 1990, y volvió a participar en el año de 1994. En 1996 YATAMA participó por primera vez en las elecciones municipales. En



1998 participó en las elecciones de concejales al parlamento regional, en las cuales obtuvo 8 de 45 escaños de Concejos Regionales Autónomos de la Región Atlántica Norte y 4 de 45 en la Región Atlántica Sur. Participó en las contiendas electorales mencionadas bajo la figura de “Asociación de Suscripción Popular”, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes electorales de 1990 y de 1996. Dicha figura permitía la participación política de cualquier organización que reuniera un mínimo de 5% de ciudadanos incluidos en el padrón electoral de la respectiva circunscripción electoral, o inscritos en los Catálogos de Electores de la última elección. Las asociaciones de suscripción popular podían presentar candidatos para alcaldes, vicealcaldes y concejales municipales en todo el país y para miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica. En el año 2000 fue aprobada una nueva ley electoral, y poco después el Consejo Supremo Electoral emitió una resolución, que excluyó a YATAMA de las elecciones de 5 de noviembre de mismo año.

Ante la imposibilidad de obtener justicia a través de procedimientos judiciales domésticos, los representantes de YATAMA acuden a la Comisión y posteriormente a la Corte. Ésta determina que la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho



a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales de 2000. La Corte estima que la limitación analizada en los párrafos precedentes constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido.

La Corte encuentra que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, ya que se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000.

La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención. Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó los artículos 23 y 24 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento internacional, en



perjuicio de los candidatos propuestos por YATAMA para participar en las elecciones municipales de noviembre de 2000, ya que dispuso y aplicó disposiciones de la Ley Electoral No. 331 de 2000 que establece una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y lo reglamentan de forma discriminatoria.

Para atender los requerimientos del principio de legalidad en esta materia, el Estado debe reformar la Ley Electoral No. 331 de 2000 de manera que regule con claridad las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de participación electoral, los procedimientos que debe observar el Consejo Supremo Electoral al determinar tal incumplimiento y las decisiones fundamentadas que al respecto debe adoptar dicho Consejo, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado.

Una vez más, el Juez Sergio García Ramírez expresa en su Voto Concurrente una opinión sobre los principios jurídicos de esta sentencia de la Corte Interamericana.

“En el Caso YATAMA se ha tenido a la vista otro rango de violaciones que agravan a miembros de comunidades. No se trata aquí de las vertientes más dramáticas advertidas en los casos anteriores: supresión física, privación de territorios, afectación del derecho a la vida, por ejemplo. Las circunstancias en que se producen los hechos de este caso suponen que la organización YATAMA, que reúne miembros de muchas comunidades, ha logrado, merced a una larga lucha que ya ha producido avances apreciables, un espacio propio en la vida política y social, que le confiere una posición relevante y aceptada -no sin severas reticencias, con implicaciones jurídicas diversas- y la pone a salvo de agresiones con las características que se observan en los otros casos. De lo que ahora se trata es de acciones u omisiones con



las que se “contiene” el avance de los integrantes de comunidades, en su calidad de tales. Nos hallamos, pues, ante una situación distinta que acaso corresponde a una última etapa en la sucesión de resistencias a la admisión de la igualdad y la no discriminación en favor de todas las personas, inclusive, por supuesto, los miembros de estos grupos minoritarios.

“Ahora las acciones y omisiones que lesionan derechos reconocidos por la Convención se concentran en la actividad política, y por esta vía afectan la posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas intervengan en pie de igualdad material con sus conciudadanos integrantes de otros sectores sociales y participen con eficacia en las decisiones que les atañen, conjuntamente con aquéllos. Esa intervención y esta participación se producen a través del ejercicio de los derechos políticos, entre otras vías.

“Aquí me refiero a una igualdad material y a una efectiva no discriminación, no a la mera igualdad formal que deja intacta - o disimula apenas- la marginación y mantiene a salvo la discriminación. Se tiende a la obtención de aquella forma de igualdad por medio de factores o elementos de compensación, igualación, desarrollo o protección que el Estado brinda a los integrantes de las comunidades, a través de un régimen jurídico que reconoce los datos provenientes de cierta formación cultural y se instala sobre el genuino reconocimiento de las limitaciones, discriminaciones o restricciones reales y contribuye a superarlas, suprimirlas o compensarlas con instrumentos adecuados, no apenas con declaraciones generales sobre una igualdad inexistente e impracticable. La igualdad no es un punto de partida, sino un punto de llegada al que deben dirigirse los esfuerzos del Estado.

“Esta es la primera vez que incursiona la Corte en la reflexión sobre derechos políticos, a los que se refiere el artículo 23 del Pacto de San José, que el Tribunal ha analizado en conexión con otras disposiciones de alcance muy amplio: artículos 1.1, 2 y 24 del mismo instrumento. En concepto del Tribunal - conforme a mi propia apreciación- esos derechos deben



abastecerse con las circunstancias en las que sus titulares han de asumirlos y ejercerlos. No es posible, tampoco ahora, considerar los derechos en abstracto, como fórmulas vacías, neutrales, incoloras, provistas para conducir la vida de ciudadanos imaginarios, perfilados por los textos y no por las condiciones de la realidad estricta.

“De lo que se trata, en la especie, es de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. En consecuencia, es preciso ver la forma en que ese favorecimiento debe presentarse, conforme a las condiciones específicas en que se hallan quienes son titulares en concreto de derechos que no deben analizarse en abstracto. Para este fin, es preciso remover obstáculos específicos, considerar alternativas de organización, proveer medidas, en suma, “crear una circunstancia” que permita a ciertos individuos, en determinada situación característica, alcanzar los objetivos que persiguen los derechos humanos en materia política. Suponer que las declaraciones generales serán bastantes para facilitar el desempeño de personas que se hallan en una circunstancia distinta y distante de las que tuvieron a la vista los autores de esas declaraciones, es rotular a la ilusión como realidad.”

CASO DE LA COMUNIDAD MOIWANA CONTRA SURINAM¹²

El 20 de diciembre de 2002 la Comisión sometió a la Corte el caso de la Comunidad Moiwana en Surinam, que se origina en una denuncia del año 1997. De conformidad con lo señalado por la Comisión, el 29 de noviembre de 1986 miembros de las fuerzas armadas de Surinam atacaron la Comunidad N’djuka Maroon de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la Comunidad. Los que lograron escapar huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o



internamente desplazados. Asimismo, a la fecha de la presentación de la demanda, supuestamente no habría habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes de dicha masacre permanecerían desplazados de sus tierras; consecuentemente, serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional.

Como antecedentes para su sentencia, la Corte tomó en consideración los siguientes hechos. El pueblo N'djuka Maroon es descendiente de esclavos africanos que escaparon en el siglo XVII al bosque lluvioso de la parte oriental del país. En 1760 el pueblo N'djuka firmó un tratado con las autoridades coloniales que dispuso su liberación de la esclavitud, un siglo antes de que la esclavitud fuera abolida en la región. En 1837 este tratado fue renovado; los términos del acuerdo permitían a los N'djuka continuar residiendo en el territorio donde se habían establecido y determinaron los límites de ese área. Los Maroons en general – y los N'djuka en particular – consideran dichos tratados aún válidos y con autoridad respecto de su relación con el Estado, a pesar de que Surinam logró su independencia de Holanda en 1975.

La Comunidad N'djuka, la cual consta de 49,000 miembros aproximadamente, está organizada en clanes que se encuentran dispersos en varias aldeas dentro del territorio tradicional de la Comunidad. Los N'djuka son diferentes de otros pueblos Maroon de Surinam, pues tienen su propio idioma e historia, así como tradiciones culturales y religiosas. Asimismo, las otras poblaciones Maroon y la comunidad indígena de la región, los amerindios, respetan los límites de las tierras tradicionales N'djuka. A pesar de que a los



miembros individuales de las comunidades indígenas y tribales se les reconoce como personas en la Constitución de Surinam, el ordenamiento jurídico del Estado no reconoce tales comunidades como entidades jurídicas. Igualmente, la legislación nacional no establece derechos colectivos a la propiedad.

La relación de la Comunidad N'djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material. Para que la cultura mantenga su integridad e identidad, los miembros de la Comunidad deben tener acceso a su tierra de origen. Los derechos a la tierra en la sociedad N'djuka existen en varios niveles, y van desde los derechos de la Comunidad entera hasta los del individuo. Los derechos territoriales más amplios están depositados en todo el pueblo, según la costumbre N'djuka; los miembros de la Comunidad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables.

Los N'djuka tienen rituales específicos que se deben seguir con precisión ante la muerte de un miembro de la comunidad. Es extremadamente importante tener la posesión de los restos mortales del fallecido, ya que el cadáver debe ser tratado de una forma específica durante los rituales mortuorios N'djuka y debe ser colocado en el sitio de sepultura del grupo familiar apropiado. Si no se efectúan los diferentes rituales mortuorios de acuerdo con la tradición N'djuka, esto es considerado una transgresión moral, la cual no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros fallecidos de la Comunidad. Lo anterior tiene como consecuencia una serie de "enfermedades de origen espiritual", las cuales se manifiestan como enfermedades físicas reales y pueden,



potencialmente, afectar el linaje completo. Los N'djuka consideran que dichas enfermedades no se curan espontáneamente, sino que se deben resolver a través de medios culturales y ceremoniales; si no fuera así, las consecuencias negativas persistirían por generaciones.

En el marco de un fuerte conflicto civil debido a la resistencia popular a un golpe militar en los años ochenta, el 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana. Agentes del Estado y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros indefensos de la Comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Asimismo, la operación quemó y destruyó la propiedad de la Comunidad, y forzó a los sobrevivientes a huir.

Varios residentes de la aldea escaparon al bosque, donde atravesaron difíciles condiciones de todo tipo, y llegaron a campos de refugiados en la Guyana Francesa. Otros fueron desplazados internamente: algunos huyeron a ciudades más grandes en el interior de Surinam, y otros a la capital, Paramaribo. Dichos desplazados, tanto en la Guyana Francesa como en Surinam, han sufrido condiciones de pobreza y privación desde su huida de la aldea de Moiwana y no han podido practicar sus medios tradicionales de subsistencia.

La aldea de Moiwana y sus tierras tradicionales circundantes han quedado abandonadas desde el ataque de 1986. A los miembros de la Comunidad les ha sido imposible recuperar los restos de sus familiares que murieron durante el ataque; en consecuencia, han sido incapaces de proveer



los ritos mortuorios apropiados requeridos por los principios fundamentales de la cultura N'djuka.

La Corte consideró que fueron violados los derechos y las garantías de los miembros de la Comunidad Moiwana, por:

- La obstaculización a los esfuerzos de los miembros de la Comunidad para obtener justicia.
- La imposibilidad de los miembros de la Comunidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos, y
- La separación de los miembros de la Comunidad de sus tierras tradicionales.

Con fundamento en el anterior análisis, la Corte concluyó que los miembros de la Comunidad Moiwana han sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente, en forma tal que constituye una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de aquéllos.

A la fecha de la Sentencia (2005), los miembros de la Comunidad continúan desplazados internamente en Surinam o viven como refugiados en la Guyana Francesa, por lo que persiste el desplazamiento continuo de la Comunidad que se produjo por el ataque de 1986 y se mantiene hasta el presente.

La Corte declaró que el Estado había violado diversos derechos y garantías contenidos en la Convención Americana en perjuicio de los miembros de la Comunidad Moiwana y decidió que, entre otras medidas, el Estado:



- Debe de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesaria 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. Estas medidas deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales, en los términos de los párrafos 209 a 211 de la presente Sentencia.
- Debe de garantizar la seguridad de los miembros de la Comunidad Moiwana que decidan regresar a la aldea de Moiwana.
- Debe de implementar un fondo de desarrollo comunitario.
- Debe de realizar un acto de disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional.
- Debe de pagar una indemnización por daño material e inmaterial.

La particularidad del Caso Moiwana estriba en que la Comunidad N'djuka puede ser considerada como una comunidad "indígena o tribal" tal como las considera el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, debido a su historia social de marginación y discriminación en la época colonial, (incluyendo la firma de un tratado con las autoridades coloniales), su estrecha vinculación con la tierra y el entorno ambiental en que han vivido durante generaciones, así como su identidad cultural que la distingue de otras comunidades semejantes, tanto propiamente indígenas (amerindias) como Maroon (afroamericanas). La Corte Interamericana tomó en cuenta los aspectos culturales colectivos de la Comunidad



para ubicar y tipificar las violaciones que ha sufrido este pueblo a manos de agentes del Estado.

En su Voto Concurrente, el Juez Antonio Cancado Trindade, subraya el carácter de “pueblo” y sujeto de derecho internacional de la Comunidad N’djuka Maroon de Moiwana. Asimismo elabora una importante e inspirada tesis sobre el “daño espiritual” que sufre todo un pueblo a consecuencia del desplazamiento o el destierro forzado, como lo han sufrido los desterrados de Moiwana y las víctimas supervivientes de otras masacres similares que fueron cometidas por los militares en aquellos tiempos, y cuyos autores siguen gozando de impunidad en su país.

CONCLUSIONES

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los recientes casos señalados en los que han intervenido algunas comunidades indígenas de los países latinoamericanos, subrayan una nueva jurisprudencia muy significativa para estos pueblos y para el desarrollo de los derechos humanos en el continente. En primer lugar, la Corte reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con lo cual toma como propio uno de los principios que ya se encuentra en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (cuya adopción ha sido posterior a las sentencias mencionadas de la Corte). Es importante señalar esta circunstancia, ya que aún persiste en muchas instancias la doctrina que insiste en que solamente deben ser tomados en cuenta los derechos individuales, es decir, de los miembros de alguna comunidad indígena o tribal, y no de los de la colectividad entera como



un ente sociológico y cultural y por lo tanto que puede y debe ser considerado como sujeto de derecho y de derechos. Las sentencias de la Corte establecen claramente la interrelación entre lo individual y lo colectivo cuando se trata de los derechos de los pueblos indígenas, y como ha señalado el Juez García Ramírez en sus diversos votos concurrentes, los derechos individuales no pueden ser plenamente protegidos sin referencia a los derechos colectivos, ni éstos sin la reafirmación de los derechos individuales.

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte descansa sólidamente en el reconocimiento del derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales y ancestrales, derecho que con alguna frecuencia ahora se encuentra en la legislación doméstica, pero que igualmente es violado mediante disposiciones jurídicas o administrativas adversas a estas comunidades. En las sentencias mencionadas, este ha sido el caso en Awas Tingni (Nicaragua), Sawhoyamaxa (Paraguay) y Saramaka (Surinam). En numerosos casos las autoridades o los intereses privados alegan falta de títulos, de demarcación o de documentos para negar a las comunidades indígenas el derecho de propiedad de sus tierras ancestrales. El mérito de las sentencias de la Corte está en que reafirman el derecho de propiedad privada consagrado en la Convención Americana pero no lo subordinan a la existencia de una norma secundaria como el registro o la titulación de la propiedad, ni que el sujeto del derecho sea necesariamente una persona física o moral de acuerdo a la legislación existente. De esta manera, las tierras ancestrales indígenas - cuya existencia es muchas veces anterior a la legislación agraria vigente- son reconocidas como fuente y objeto de un



derecho humano fundamental para la supervivencia misma de los pueblos indígenas.

Pero aún más importante es el reconocimiento que hace la Corte de la estrecha interrelación entre la tierra, la identidad y la cultura de los pueblos indígenas. Así, para argumentar en favor del derecho humano a la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos y comunidades indígenas de América, la Corte reconoce principios no estrictamente jurídicos en el sentido técnico, sino principios sociológicos y antropológicos que subyacen la dinámica social y cultural de numerosísimos pueblos y comunidades en todo el continente americano, cuyos derechos humanos han sido sistemáticamente violados precisamente en torno al despojo de sus tierras ancestrales. La implicación de esta argumentación es que la ley que justifica el derecho a la propiedad exclusivamente con una visión patrimonial e individual (derivada del derecho romano), descansa a su vez en un concepto cultural que la Corte somete, con toda razón, a un severo escrutinio.

Por tanto, la identidad cultural de los pueblos indígenas, en tanto implica una relación específica con el concepto de propiedad y tenencia de la tierra, está vinculada también a formas específicas de organización y participación política que a su vez constituyen derechos humanos que deben ser respetados. Por ello en los casos señalados resulta tan importante el derecho al consentimiento previo, libre e informado, que ya está incluido en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y cuya violación, como en algunos de los casos



estudiados, requiere de atención particular de las instancias jurisdiccionales de los derechos humanos.

De lo anterior se desprende que con base en el derecho internacional (y en muchos casos domésticos) los Estados tienen obligaciones específicas para con las comunidades indígenas (tierras, titulación, reconocimiento jurídico, acceso a la justicia, participación política), y las sentencias de la Corte son claras en cuanto a cómo este tribunal entiende las obligaciones de los Estados en el marco de la Convención Americana.

La jurisprudencia de la Corte, tal como se puede entender en las sentencias presentadas, nos dice, en resumen, que los derechos colectivos de los pueblos indígenas no solamente son la suma de los derechos individuales de sus miembros, que los derechos individuales de sus miembros se derivan de los derechos colectivos que tienen los pueblos y comunidades, y que tanto los derechos colectivos como los individuales están protegidos por la Convención Americana y por otros instrumentos internacionales.

Comenzamos diciendo que la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, y otros instrumentos jurídicos de derechos humanos, no prestaron atención, en su época, a los derechos de los pueblos indígenas. Le ha correspondido a la Comisión y a la Corte Interamericanas interpretar los instrumentos jurídicos interamericanos a la luz de los movimientos sociales y las transformaciones constitucionales y legislativas en materia de derechos de los pueblos indígenas que han ocurrido en el continente americano durante las últimas décadas.



Podemos preguntarnos si está en construcción una nueva doctrina jurídica sobre los derechos de los pueblos indígenas que pueda leerse en las sentencias de la Corte Interamericana, sobre todo en cuanto al derecho a la tierra. Así lo entiende cuando menos un estudioso de la materia. Dannemaier¹³ sostiene que en la literatura reciente sobre los derechos de los pueblos indígenas se advierte claramente una tendencia a subrayar la existencia de una conexión muy especial (distinctive o unique) entre los pueblos indígenas y la tierra, que debe ser considerada como un elemento fundamental de la identidad indígena. Esta conexión da lugar, según este autor, no solamente a una doctrina sobre la propiedad de la tierra (como fue el caso, de acuerdo a este estudioso, en el Caso Awas Tingni mencionado arriba), sino también a una doctrina de los derechos humanos de los pueblos indígenas con implicaciones ambientales y culturales, que iría más allá de una concepción centrada solamente en la cuestión de la propiedad de la tierra.

No cabe duda que la Corte Interamericana ha generado interpretaciones novedosas y creativas de la Convención Americana en torno a los derechos humanos que benefician a los pueblos indígenas, y como tal está contribuyendo a una nueva etapa en la creación del derecho social internacional. La tarea ahora es que esta jurisprudencia sea reconocida e implementada a nivel doméstico por los tribunales nacionales, y sobre todo por las instituciones públicas. Ello contribuiría asimismo a que la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas llegue a consolidarse como derecho internacional consuetudinario, lo cual haría irrelevante el falso debate sobre si esta Declaración es o no es vinculante jurídicamente.



NOTAS:

1 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

2 Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988).

3 Rodolfo Stavenhagen, "Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina," Revista de la CEPAL, No. 62, agosto 1997, pp. 61-73.

4 Ha sido ratificado por veinte estados miembros.

5 www.oas.org/consejo/sp/CAJP/Indigenas.asp

6 www.cidh.oas.org/Indigenas/Informes.htm

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 1 de febrero de 2000.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yaxye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Moiwana Vs. Nicaragua. Sentencia de 15 de junio de 2005.

13 Eric Dannemaier (2008), "Beyond Indigenous Property Rights: Exploring the Emergence of a Distinctive Connection Doctrine," Washington University Law Review, 86:53.





JOSÉ AYLWIN OYARZÚN

José Aylwin Oyarzún es abogado especialista en derechos humanos y pueblos indígenas. Fue Director del Instituto de Estudios Indígenas de la UFRO entre 1994 y 1997. Coordinador del Programa de Derechos Indígenas del Instituto (2002-2004). Co Director del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas (hoy Observatorio Ciudadano). Ha realizado estudios e investigación sobre derechos de pueblos indígenas en América del Norte (maestría en Universidad de British Columbia, Canadá) y Latinoamérica para CEPAL (ONU), Universidad de Montana, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos e IWGIA de Dinamarca. Es autor de varias publicaciones sobre la temática de los derechos humanos y los pueblos indígenas en Chile y el exterior. Es profesor de Derecho Indígena en la Universidad Austral de Chile y Co director del Observatorio Ciudadano de Chile (www.observatorio.cl).



La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y sus implicancias para América Latina

José Aylwin Oyarzún



INTRODUCCIÓN

El 13 de Septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó, con el voto favorable de 144 Estados miembros, el voto en contra de 4 Estados miembros (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (incluyendo a Colombia en América Latina), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración fue adoptada por la ONU luego de dos décadas de debate, primero en el seno de su Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas creado en 1982 por el Consejo Económico y Social de esta entidad, luego al interior de la Comisión de Derechos Humanos, y contar del 2006, en el Consejo de Derechos Humanos. La discusión y elaboración de la Declaración contó con la participación activa no solo de



los Estados miembros de la ONU, sino que también, de representantes de pueblos indígenas de todo el mundo.

Se trata de un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, los que están integrados por más de 300 millones de personas en todo el planeta.

Como señalara el 22 de octubre de 2007 ante la Asamblea General de la ONU el Relator Especial de la ONU para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, *“la Declaración 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.”*¹

LOS CONTENIDOS DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En su Preámbulo la Declaración establece la igualdad que los pueblos indígenas tienen con los demás pueblos, subrayando su derecho a ser diferentes y a ser respetados como tales. En dicha sección de la Declaración, además, se condena las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas fundadas en el origen nacional, étnico y cultural, y se afirma, en concordancia con la Carta de Naciones Unidas, los Pactos de



derechos humanos, y la Declaración de Viena y Programa de Acción, la importancia fundamental del derecho a la libre determinación de los pueblos.

En su articulado la Declaración dispone que los indígenas, como colectivos (pueblos) y como personas, tienen el derecho al disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la normativa internacional de derechos humanos (Artículo 1) sin discriminación alguna (Artículo 2). Se trata de una Declaración que, como lo ha señalado con mucha claridad el jurista indígena estadounidense James Anaya, no crea derechos nuevos sino que reconoce a los indígenas derechos relativos a los pueblos y a las personas actualmente vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos², pero que hasta ahora no les han sido respetados por muchos de los Estados en que habitan.

A pesar de que su texto final fue objeto de diversas modificaciones con el objeto de lograr un consenso mayoritario para su aprobación por la Asamblea General³ en muchos aspectos la Declaración va más allá del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, el que hasta septiembre pasado constituía el instrumento de derecho internacional más avanzado relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Entre los derechos más importantes reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración cabe destacar los siguientes:



Los derechos de carácter político, incluyendo entre ellos la libre determinación⁴, derecho reconocido en términos muy similares a como lo hace para todos los pueblos el Artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966), y el derecho de autonomía o al autogobierno, estos últimos, en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Artículo 4).⁵

Los mismos derechos son reafirmados a lo largo de la Declaración al reconocer a los pueblos indígenas el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones (Artículo 5)⁶; el derecho a definir su propio desarrollo (Artículo 23)⁷; y a mantener y desarrollar sus estructuras institucionales y costumbres o sistemas jurídicos. (Artículo 34)⁸.

Ello no obsta, de acuerdo a la Declaración, al derecho que los pueblos indígenas mantienen a *“...participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del país.”* (Artículo 5)

Además, y como una consecuencia del derecho de libre determinación, la Declaración va mas allá que el Convenio 169, el que había establecido el derecho de consulta a los pueblos indígenas frente a diversas circunstancias que les atañen (medidas legislativas y administrativas, y la prospección o explotación de los recursos del subsuelo existentes en sus tierras). Ello al disponer el derecho de los pueblos indígenas a que se obtenga su consentimiento libre, previo e informado antes de que los Estados adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a la Declaración requieren del consentimiento libre,



previo e informado de los pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10), aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con “...*el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.*” (Artículo 32.2).

Otro importante ámbito de derechos establecidos por la Declaración son aquellos relativos a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. Junto con establecer el derecho de estos pueblos 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 de otra forma...*” (Artículo 26.1), la Declaración reconoce el derecho que estos pueblos tienen “...*a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.*” (Artículo 26.2). A través de esta disposición, la Declaración reconoce en forma expresa el derecho de propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras territorios y recursos. En el mismo sentido la Declaración establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones (Artículo 26.3).

Igualmente importante es el establecimiento en su texto del derecho de los pueblos indígenas a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea



posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido « *confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado*” (Artículo 28).⁹

La Declaración también hace un reconocimiento y vela por la protección de los derechos culturales de los pueblos indígenas, incluyendo, entre ellos, el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (Artículo 11.1)¹⁰, a utilizar, fomentar y transmitir sus historias, idiomas, tradiciones orales, nombres, entre otros, (Artículo 13.1)¹¹, a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, medicinas, diseños, y a la propiedad intelectual sobre estas expresiones culturales (Artículo 31.1).¹²

En estrecha relación con lo anterior, la Declaración establece el derecho de los pueblos y personas indígenas a no ser objeto de asimilación forzada o destrucción de su cultura (Artículo 8.1).

Finalmente, la Declaración dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados y otros arreglos constructivos celebrados por ellos con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y respetados por los Estados. (Artículo 37.1)¹³.

IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS



Las implicancias jurídicas de la Declaración son aun materia de debate. Para algunos Estados, en particular para aquellos que votaron en contra de la Declaración, se trata de un documento de carácter no vinculante, sin fuerza jurídica que los obligue a ceñirse por sus disposiciones. Para los pueblos indígenas que promovieron la Declaración se trata de un instrumento fundamental, que debe orientar la legislación y políticas públicas de los Estados que les conciernen.

Como sabemos, una Declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por si mismas, efectos jurídicos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

Por lo pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones (Artículo 42)¹⁴.

Tal como los señalan los juristas estadounidenses James Anaya y Siegfried Wiesser en una reciente artículo interpretativo sobre sus alcances jurídicos¹⁵, hay diversos elementos que se deben tomar en consideración para dimensionar las implicancias jurídicas de este instrumento futuro.



Desde luego se trata de una Declaración, tan solemne como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, que los Estados miembros de esta entidad – en particular aquellos que la aprobaron con su voto - deben respetar tanto en su ámbito interno como en sus relaciones internacionales.

Por otro lado, varias de sus disposiciones pueden ser vinculantes si son consideradas como generadoras de derecho internacional consuetudinario. Para su consideración como tal, sin embargo, se requiere de una amplia y representativa práctica de los Estados en apoyo de esta nueva regla, incluyendo especialmente los Estados afectados, así como además, la convicción de los Estados de estar obligados por ella (*opinio juris*)¹⁶.

Según Anaya y Weisser, el hecho que cuatro Estados miembros de la ONU (Estados Unidos, Canadá, Australia, y Nueva Zelanda) se hayan opuesto a la Declaración, no invalida la consideración de contenidos centrales de la declaración o de los principios en que están imbuidos, como derecho internacional consuetudinario. En efecto, al analizar las prácticas de los Estados en relación a los pueblos indígenas, constatan que en muchos de ellos esta ha sido consistente con los principios fundamentales de la Declaración. De hecho las políticas de asimilación de los pueblos indígenas han sido abandonadas en favor de la preservación y vigorización de las culturas, lenguas y religiones indígenas.

Lo mismo señalan en relación a temas centrales de la Declaración, como el derecho de libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, y los derechos de



tratados que en ella se reconocen. Muchos Estados, sostienen estos autores, incluyendo aquellos que votaron en contra de la Declaración, o aquellos que se abstuvieron, como el caso de Colombia, tiene en su política interna una práctica que es consistente con los derechos reconocidos en ella.¹⁷

Respecto a la *opinio juris*, dichos autores sostienen que la participación por largos años de los Estados en un proceso tendiente al establecimiento de un status especial para los pueblos indígenas traducido en derechos, incluyendo la de aquellos que votaron en contra de la Declaración o se abstuvieron, es demostrativa de la existencia de una convicción por parte de los mismos de que deben ceñirse por la Declaración.

Teniendo presente lo anterior, así como el hecho que solo una norma *de jus cogens* requiere de la unanimidad de todos los miembros de la comunidad internacional para convertirse en derecho, dichos autores concluyen que existen antecedentes suficientes para considerar los contenidos centrales de la Declaración como derecho internacional consuetudinario, generador de obligaciones jurídicas para los Estados.

IMPLICANCIAS DE LA DECLARACIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS PARA AMÉRICA LATINA

Las implicancias de la Declaración en América Latina, en cuyos Estados habitan cerca de 50 millones de indígenas que representan poco menos que un diez por ciento de la



población regional, son aun inciertas. Diversos antecedentes, sin embargo, permiten pensar que su adopción por la Asamblea General está dando lugar a un nuevo escenario jurídico y político más favorable para los pueblos indígenas y sus derechos en la región.

Desde luego, el voto en favor de la Declaración de la casi unanimidad de los Estados latinoamericanos, con la sola excepción de Colombia, da cuenta de la adhesión de los Estados a sus contenidos centrales y de su voluntad de ceñirse por sus disposiciones y lineamientos tanto en su política interna como internacional. Es más, tres Estados latinoamericanos – Perú, Guatemala y México- fueron los que finalmente propiciaron y negociaron su adopción por la Asamblea General. Sería no solo contrario al artículo 42 de la Declaración antes reseñado, sino que además políticamente incongruente, el que los Estados latinoamericanos que votaron en favor de su adopción por Naciones Unidas no tuviesen la voluntad de implementar las políticas públicas necesarias para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, o que adoptasen medidas que resultaran en su violación.

Hechos ocurridos con posterioridad a la adopción de la Declaración por la Asamblea General son demostrativos de la voluntad de diversos Estados latinoamericanos de ceñirse por las disposiciones de la Declaración de la ONU sobre la materia.

Así por ejemplo, el Senado de Bolivia aprobó el 1 de noviembre de 2007 la Declaración de la ONU como ley, convirtiéndose en el primer país en la región y en el mundo en incorporarla como parte de su ordenamiento jurídico



interno. Siguiendo ese ejemplo, recientemente el Relator de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, propuso al Congreso de la Unión Mexicana que este otorgara rango constitucional a la Declaración, ajustando así la legislación interna a sus disposiciones.

De gran relevancia también, es la reciente decisión de la Corte Suprema de Belice en el caso de comunidades maya que reclamaban derechos sobre sus tierras ancestrales protegidas por la Constitución de ese país y por el derecho internacional. En su fallo de octubre pasado la Corte aceptó los reclamos de las comunidades demandantes basándose en las disposiciones de la Declaración de la ONU, considerando que esta contiene principios generales del derecho internacional que obligan al Estado de Belice.¹⁸

Sin embargo, uno de los factores que más puede incidir en la fuerza jurídica vinculante de la Declaración a nivel regional, está determinado por la recepción que sus orientaciones centrales han encontrado en la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun siendo esta un proyecto de Declaración, en sus decisiones relativas a denuncias por la violación de derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas.

En efecto, ambas instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado en diversas decisiones sobre denuncias por violaciones a derechos de pueblos indígenas al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que las disposiciones contenidas en el entonces proyecto de Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas, así como en el proyecto de Declaración sobre los mismos derechos existente en el



ámbito de la OEA, al igual que aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, pueden ser consideradas al analizar casos sobre derechos indígenas.

Así el 2001 al resolver el caso *Awás Tingni Vs. Nicaragua*, la Corte aplicó lo que denominó un método de interpretación “evolutivo” que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra, reconociendo el derecho de propiedad comunal de esta comunidad indígena de la Costa Atlántica de ese país sobre tierras ancestrales reclamadas.¹⁹ En un razonamiento similar, la Comisión consideró en su informe sobre el caso *Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos (2002)* las disposiciones del Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas y otras fuentes del derecho internacional como “principios legales generales internacionales” actualmente vigentes dentro y fuera del sistema interamericano, reconociéndoles también, al igual que en el caso anterior el derecho de propiedad sobre sus tierras.²⁰

En base a esta interpretación evolutiva la Comisión y la Corte han reconocido en los últimos años a través de diversos fallos derechos de propiedad comunal ancestral de los pueblos indígenas (*Yaxye Axa Vs. Paraguay, 2005*; *Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, 2006*) y derechos de participación política a los mismos pueblos (*Yatama Vs. Nicaragua, 2005*).

Más recientemente, en el caso *Saramaka Vs. Surinam (2007)*, la Corte citó la Declaración de la ONU sobre Derechos



de los Pueblos Indígenas, aprobada con el voto favorable de Surinam, para fundamentar los derechos que el Pueblo Saramaka tiene de ser consultado, y en su caso, la obligación de obtener su consentimiento libre, previo e informado frente a los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto sus territorios.

Tal jurisprudencia configura una nueva realidad para los derechos de los pueblos indígenas en la región que los Estados no pueden desconocer. Aun cuando los ordenamientos jurídicos internos de los Estados no reconozcan estos derechos, se puede afirmar que estos derechos se encuentran vigentes en la región, dado que órganos de tratados que aplican las convenciones de derechos humanos de las que la mayoría de los Estados de la región son signatarios, interpretan la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, así como otros instrumentos internacionales referidos a los mismos derechos, como el Convenio 169 de la OIT, como principios generales del derecho vigentes. Ello aun cuando a nivel Americano no exista una Declaración, ni menos un tratado específico relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Lo mismo cabe señalar respecto a los órganos de tratado de las Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos, los que desde hace años vienen afirmando la vigencia para los pueblos indígenas de los derechos reconocidos a todos los pueblos por las convenciones Internacionales de derechos humanos que orientan su acción y que hoy son recogidos por la Declaración. Es el caso, por ejemplo del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, el que ha sido afirmado reiteradamente por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como un derecho



vigente para los pueblos indígenas al amparo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966.

Como consecuencia de ello, los Estados americanos saben que los pueblos indígenas, de no ser respetados en sus derechos, y de no ser acogidas sus reclamaciones al nivel domestico, recurrirán – luego de agotados los recursos jurídicos internos- a los órganos de tratado de las Naciones Unidas, o del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas decisiones son jurídicamente vinculantes *per se*, para denunciar su violación y exigir su cumplimiento. Los mismos Estados saben también que tales instancias, como lo han hecho en los últimos años, acogerán las reclamaciones de los pueblos indígenas, y les ordenaran dar cumplimiento a sus derechos, así como la reparación de los daños causados por su acción.

CONCLUSIÓN

La globalización, en este caso de los derechos humanos, configura una nueva realidad que los Estados no pueden obviar tanto por razones éticas – estos no pueden desconocer derechos cuyo reconocimiento han apoyado- como por razones más pragmáticas, configuradas por la evolución jurisprudencial antes referida. Dicha realidad esta determinada por la emergencia de un derecho supra estatal de los derechos humanos, que debe orientar sus acciones tanto en el ámbito interno como en el plano internacional.

Los derechos de los pueblos indígenas, hasta hace poco tiempo negados sistemáticamente por muchos Estados, y



cuya especificidad había sido omitida por el derecho internacional, no están fuera de este proceso de emergencia de un derecho supra estatal de los derechos humanos. Por lo mismo, con la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas por su Asamblea General, estos pasan a formar parte del consenso universal sobre derechos humanos a que se refería el Relator Stavenhagen, que los Estados no pueden sino respetar.

NOTAS:

1 Stavenhagen, Rodolfo, 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, disponible en <http://www.unhcr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/6B74CFC18196996EC12573560049630F?opendocument>

2 Debido a esta circunstancia Anaya afirma que, en estricto rigor, no debía existir una Declaración específica sobre derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, sostiene, ella se hace necesaria por el legado de la historia de opresión que estos pueblos han vivido. Por lo mismo, la Declaración tiene por objeto remover esas inequidades, idealmente dejando de ser necesaria en el futuro. (Anaya, James, Why there should not be a Declaration on the Right of Indigenous People,, Sevilla, 52 Congreso de Americanistas, 2006)

3 Nueve modificaciones fueron introducidas a su texto para lograr el apoyo del grupo de Estados africanos en la Asamblea General de la ONU. La más importante de estas modificaciones fue aquella introducida en el artículo 46.1, el que en su texto final dispone:



“Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiera a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas o se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”

Cabe señalar que muchos de los representantes indígenas que participaron de los debates previos a la votación por la Asamblea de la ONU, si bien no concordaron con esta y otros modificaciones introducidas a la Declaración, consideraron que el texto final no se veía afectado en lo sustancial por ellas. Por lo mismo, apoyaron su aprobación por la Asamblea General.

4 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” (Artículo 3)

5 “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.” (Artículo 4)

6 “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales...”. (Artículo 5)

7 “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.” (Artículo 23)

8 “Los pueblos indígenas tienen derecho 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.” (Artículo 34)



9 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.” (Artículo 28.1)

10 “Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (Artículo 11.1)

11 “Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.” (Artículo 13.1)

12 “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.” (Artículo 31.1)

13 “Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.” (Artículo 37.1)



14 “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.” (Artículo 42)

15 Anaya, James, y Siegfried Wiesser, The UN Declaration on the rights of indigenous peoples: Towards Re empowerment, 2007 disponible en: <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>

16 Al respecto cabe señalar que el artículo 38 del estatuto del Tribunal Internacional de Justicia define la costumbre internacional como "prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho". De acuerdo a esta definición, la costumbre es una forma de creación del derecho que surge con la práctica seguida por los Estados de forma uniforme y que, con el paso del tiempo, acaba consolidándose como derecho. De acuerdo a la doctrina, sin embargo, junto al elemento material para la creación de derecho, que consiste en la práctica uniforme y continuada de los Estados, se requiere un elemento subjetivo, también conocido como opinio iuris, que es la convicción de que la misma resulta jurídicamente obligatoria.

17 Ejemplos de esta práctica son los tratados de autogobierno celebrados por Canadá con diferentes pueblos indígenas en los últimos 30 años; las relaciones de gobierno a gobierno que Estados Unidos mantiene con los pueblos indígenas que allí habitan, y la soberanía que les reconoce; la valoración e importancia del Tratado de Waitangi de 1840 en las relaciones de Nueva Zelanda con los maories; las decisiones de las cortes en Australia, como la del caso Mabo v. Queensland en 1988, reconociendo el título ancestral indígena sobre las tierras; y la política de reconocimiento de la autonomía indígena en el caso de Colombia.

18 El fallo de la Corte Suprema de Belice en este caso de 17 de Octubre de 2007 puede ser encontrado en: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf



19 En base a esta metodología, en su voto razonado en el caso Awas Tingni el Juez García Ramírez hizo referencia a las disposiciones del Convenio 169 de la OIT, aún cuando Nicaragua no era parte de dicho Convenio.

20 En su Informe en el Caso Dann la Comisión Interamericana dispuso:

“al considerar las denuncias de violaciones de la Declaración Americana, es necesario que la Comisión considere dichas denuncias en el contexto de la evolución de las normas y principios del derecho en materia de derechos humanos en las Américas y en la comunidad internacional en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional. De acuerdo con este criterio, para determinar en torno a las reivindicaciones que tiene ante sí, la Comisión considera que este cuerpo más amplio del derecho internacional incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas....estas normas y principios abarcan distintos aspectos de derechos humanos relacionados con la propiedad, el uso y la ocupación por comunidades indígenas de sus tierras tradicionales.” (pár. 124).





**CUADERNOS
OBSERVATORIO PUEBLOS INDÍGENAS**

**Publicación Semestral
Centro de Espiritualidades EMAUS
Instituto de Estudios de las Culturas Andinas – IDECA.**

**Pasaje San Carlos No. 128
Apto. No. 295
Teléfono: (51) (51) 205547
Fax: (51) (51) 357415
Email: observatoriopueblosindigenas@gmail.com**

Puno - Perú



