

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a figure on horseback, a castle, and a lion. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin text "LETTERAS OBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER". The text is arranged in a circular path around the central shield.

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA. CRÍTICA SOBRE
SUSPERSPECTIVAS ACTUALES**

MSc. JULIO BONIFACIO BAQUIAX BULUX

Quetzaltenango, Noviembre de 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO**

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA. CRITICA SOBRE
SUSPERSPECTIVAS ACTUALES**

TESIS

**Presentada al Honorable Consejo Académico de Estudios de postgrados de
Centro Universitario de Occidente Universidad de San Carlos de Guatemala**

Por

MSc. JULIO BONIFACIO BAQUIAX BULUX

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS EN DERECHO

Quetzaltenango, Noviembre de 2017

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS**

AUTORIDADES

RECTOR MAGNIFICO: Dr. Carlos Guillermo Cerezo Alvarado cerezo.

SECRETARIA GENERAL: Dr. Carlos Enrique Camey Rodas.

CONSEJO DIRECTIVO

DIRECTORA GENERAL DEL CUNOC: MSc. María del Rosario Paz Cabrera

SECRETARIA ADMINISTRATIVA: MSc. Silvia del Carmen Recinos

REPRESENTANTE DE CATEDRATICOS

MSC. Héctor Obdulio Alvarado Quiroa
Ing. Edelman Cándido Monzón López

REPRESENTANTES DE EGRESADOS DEL CUNOC

Licda. Tatiana Cabrera

REPRESENTANTES DE ESTUDIANTES

Br. Luis Ángel Estrada García
Br. Julia Hernández

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE POSTGRADOS

MSc. Percy Iván Aguilar Argueta

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. Ovidio Parra

VOCAL: Dr. Carlos Calderón Paz

SECRETARIA: Dr. Daniel Matul

ASESOR DE TESIS

Dr. Saúl González Dubón

RAZÓN:

“Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 31 del Reglamento de Exámenes Técnicos y Profesionales del Centro Universitario de Occidente de la Universidad San Carlos de Guatemala.)



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala
Centro Universitario de Occidente
Departamento de Estudios de Postgrado



ORDEN DE IMPRESIÓN POST-CUNOC-0055-2017

El Infrascrito Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de tener a la vista el dictamen correspondiente del asesor y la Certificación del acta No. 213-2017 de fecha 27 de octubre 2017, suscrita por los Miembros del Tribunal Examinador designados para realizar Examen Privado de la Tesis Titulada “Control de Convencionalidad en el ámbito de los Derechos de los pueblos indígenas en Guatemala”, presentada por el Doctorando **Julio Bonifacio Baquix Bulux** con Registro Académico No. **100010271** previo a conferírsele el título de **Doctor en Ciencias en Derecho**, **autoriza** la impresión de la misma.

Quetzaltenango, 28 de octubre de 2017.

IMPRIMASE

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


M. Sc. Polycy Juan Aguilar Argueta
Director



cc. Archivo

Guatemala, 19 de enero del año 2017

Lic. Msc. Percy Iván Aguilar Argueta
Director del Departamento de Estudios de Postgrado
Centro Universitario de Occidente -CUNOC-
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Lic. Msc. Aguilar Argueta:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente del Departamento de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución de la Dirección del Departamento de Estudios de Postgrado se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho** del Maestro **Julio Bonifacio Baquix Bulux**, con número de carné 100010271, titulada **“EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA. CRITICA SOBRE SUS PERSPECTIVAS ACTUALES”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **Julio Bonifacio Baquix Bulux** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR SAÚL GONZÁLEZ CABRERA



EL INFRASCrito DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE OCCIDENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

CERTIFICA:

Que ha tenido a la vista el libro de Actas de Exámenes Privados del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente en el que se encuentra el acta No. 213/2017 la que literalmente dice:-----

En la ciudad de Quetzaltenango, siendo las diecisiete horas del día viernes veintisiete del año dos mil diecisiete, reunidos en el salón de sesiones del Departamento de Estudios de Postgrado, el Honorable Tribunal Examinador, integrado por los siguientes profesionales: **Examinador:** Dr. Ovidio Parra; **Examinador:** Dr. Daniel Matul; **Examinador:** Dr. Carlos Calderón Paz con objeto de practicar el **Examen Privado** del Doctorado en **Derecho** en el grado académico de **Doctor en Derecho** del Maestro **Julio Bonifacio Baquix Bulux**, identificado con el número de carné **100010271** procediéndose de la siguiente manera:-----

PRIMERO: El sustentante practicó la evaluación oral correspondiente, de conformidad con el Reglamento respectivo.-----

SEGUNDO: Después de efectuadas las preguntas necesarias, los miembros del tribunal examinador procedieron a la deliberación, habiendo sido el dictamen **FAVORABLE** -----

TERCERO: En consecuencia el sustentante **APROBO** sin observaciones cubriendo así todos los requerimientos académicos necesarios previo a otorgarle el título profesional de **DOCTOR EN DERECHO** -----

CUARTO: No habiendo más que hacer constar, se da por finalizada la presente, en el mismo lugar y fecha una hora con treinta minutos después de su inicio, firmando de conformidad, los que en ella intervinieron.-----

Y para los usos legales que al interesado convengan, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN** en una hoja membretada del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala a los veintiocho días del mes de octubre del año dos mil diecisiete. ---

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Certifica:

Yamara Yamileth Rodas De León
 Secretaria de Postgrados

Vo. Bo.

M. Sc. Percy Iván Aguilar Argueta
 Director de Postgrados



ACTO QUE DEDICO

A DIOS: “Porque da la sabiduría, y de su boca viene el conocimiento y la inteligencia”. Proverbios 2.6

A MIS PADRES: Juan Lázaro Baquix y Manuela Cipriana Bulux (Q.E.P.D.)
Por inculcarme principios y valores que contribuyeron
lcanzar mis éxitos

A MIS SUEGROS: José Ángel Yax y Petrona Juliana Velásquez, por su aprecio.

A MI ESPOSA: María del Carmen Yax Velásquez, por su comprensión e
Incondicional apoyo.

A MIS HIJOS: Lic. Yonathan Alexander, Dr. Juan José, Ingrid Manuela,
Zulmy Jeanteh Baquix Yax. Por ser la razón de mi vida y
de mí lucha cotidiana.

A MI NIETA: Katery Julieth.
Por ser la alegría de mi familia.

A MIS HERMANAS: Angelina, Juana, Florinda, por su cariño, sabios consejos y
apoyo espiritual.

A MIS SOBRINOS: Orlando Raúl, Julio Armando, María del Carmen.
Por su respeto y cariño.

A MIS CUÑADOS: Francisco, Guillermo, Nery, José, Edith.
Por su respeto y cariño.

A MI HERMANO

ESPIRITUAL: Pedro Cutz y esposa, con especial afecto.

A MIS COMPAÑEROS

DE TRABAJO Y AMIGOS: En las judicaturas de paz, primera instancia y
Sentencia y amigos con especial aprecio.

A MI CANTÓN: Mi recordado Cantón Juchanep, Totonicapán,
tierra que me vio nacer.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Alma Mather de Estudios Superiores y artífice de mi formación profesional.

ALAS UNIVERSIDADES: Cunoroc, Rafael Landívar, Mariano Gálvez
Huehuetenango, por permitirme compartir mis
Conocimientos.

**DEDICATORIA ESPECIAL A:
DIOS PADRE HIJO Y ESPIRITU SANTO**

Porque en su palabra encontré, inspiración y fortaleza ante dificultades y luchas:

Bienaventurado el hombre que halla la sabiduría, y que obtiene la inteligencia;
Porque su ganancia es mejor que la ganancia de la plata, y sus frutos más que el oro fino.

Más preciosa es que las piedras preciosas; Y todo lo que puedes desear, no se puede comparar a ella.

Proverbios 3: 13, 14, 15.

No temas porque yo estoy contigo; no desmayes, porque yo soy tu Dios que te esfuerzo; siempre te ayudar, siempre te sustentare con la diestra de mi justicia.

Porque yo Jehová soy tu Dios, quien te sostiene de tu mano derecha, y te dice: no temas yo te ayudo.

ISAÍAS 41: 10,13.

AMI MADRE:

Manuela Cipriana Bulux (Q.E.P.D.)

Por sus atenciones, ejemplos lucha, consejos y el Amor especial que me dio en vida.

AMIS HERMANOS:
les

Soledad, Daniel y Domingo Baquix Bulux, Dios
conceda eterno descanso.

CONTENIDO

	Página
Resumen ejecutivo	i
Introducción	ii
Capítulo I: Pluralismo jurídico y multiculturalismo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	1
1. El concepto de pueblos indígenas	2
2. El desarrollo de la protección de los derechos de los pueblos indígenas	4
3. Derechos autónomos y derechos colectivos	20
4. La protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	30
4.1 La protección desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	32
Capítulo II: El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Control concentrado y control difuso de Convencionalidad	40
1. La constitución y los tratados de derechos humanos	40
2. La convencionalización del ordenamiento jurídico	48
3. Control de convencionalidad concentrado y originario (Corte IDH) y control de convencionalidad difuso y derivado (Estados nacionales)	57
4. El control de convencionalidad y las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno	61
5. La jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno	67
6. Los cánones hermenéuticos en la jurisprudencia de la corte IDH	72

Capítulo III: Evolución del control de convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	76
1. El contexto del control de convencionalidad	77
2. Delimitación del control de convencionalidad	79
3. Los fundamentos que justifican el control de convencionalidad	81
4. Evolución del control de convencionalidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	85
5. Extensión y sustancia del control de convencionalidad	92
Capítulo IV: El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas	99
1. Principios determinados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	99
1.1 Sobre el derecho a la tierra	100
1.2 El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	130
1.3 El derecho a la participación	134
1.4 El derecho al debido proceso y a la protección judicial	139
1.5 El derecho a la vida	148
1.6 Las reparaciones frente a las violaciones de derechos de los pueblos Indígenas	153
Capítulo V: Alguna jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos de los pueblos indígenas	159
1. El derecho de consulta	159
2. La tierra ancestral	162
3. Pluralismo jurídico	166
4. Acciones de inconstitucionalidad	169
5. Opiniones consultivas	173
Conclusión	174
Bibliografía	176

RESUMEN EJECUTIVO

La importancia y necesidad de la investigación realizada no necesita ser destacada ni resaltada, pues los problemas sociales, jurídicos y políticos surgidos de la diversidad racial, cultural, social y económica, es una realidad sociopolítica e histórica en Guatemala, al respecto urge encontrar soluciones viables, por la vía pacífica, de diálogo y negociación, además de que dichas soluciones contribuyan a la construcción de un Estado Constitucional de Derecho, que garantice a todos sus ciudadanos el acceso a todos los beneficios que una población trabajadora y pacífica merece, sin perjuicio de beneficiar el bien común y apuntalar el orden público, sin perder de vista que el pluralismo jurídico y el multiculturalismo representan perspectivas actuales de interpretación del Derecho como normas de contenido moral y principios fundamentales de derechos humanos basados en la dignidad humana y que no deben ser soslayadas al momento de resolver casos concretos de la experiencia jurídica inspirados en el Neo constitucionalismo como paradigma del Derecho Constitucional sustantivo y de Justicia Constitucional.

El control de convencionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas puede fortalecer y favorecer la construcción de las instituciones del Estado de Derecho, así como permitir la armonización del derecho interno de Guatemala con los tratados internacionales de derechos humanos, las que se verifican por medio del control convencional derivado del Poder Judicial, y el control originario por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ambos controles pueden ser efectivo como contralor Político, y del Poder Legislativo, Ejecutivo, de esa forma, mejorar sustancialmente la aplicación y la observancia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en Guatemala.

CAPÍTULO I

PLURALISMO JURÍDICO Y MULTICULTURALISMO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

No obstante el sistema interamericano de derechos humanos no cuenta todavía con un instrumento específico vinculante de protección de los derechos de los pueblos indígenas, la protección y promoción de tales derechos no ha sido ajena a las resoluciones de sus órganos ni a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Los distintos órganos del sistema han estudiado el tema desde hace tiempo y han emitido jurisprudencia sobre la materia desde la década de los años setenta del siglo XX, en particular gracias al importante impulso dado desde el seno de la Comisión Internacional de Derechos Humanos”¹.

El reconocimiento de derechos particulares y colectivos de los pueblos indígenas ha sido objeto de una evolución en el sistema interamericano que, a su vez, refleja la evolución y el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, a pesar de que ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni otros instrumentos en vigor

¹ Salmón, Elizabeth. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2001. Pp. 177.

en el sistema interamericano regulan de manera específica los derechos de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido jurisprudencia sobre el tema a partir de su sentencia en el caso *Awás Tingni*.

1. EL CONCEPTO DE *PUEBLOS INDÍGENAS*

El concepto necesario para el análisis de la jurisprudencia y las opiniones vertidas en ella, es el concepto de *pueblos indígenas*, que no tiene aún plena uniformidad en la comunidad internacional. No obstante ello, una referencia importante es lo que establece el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta referencia puede ser pauta para un criterio de acercamiento al concepto, al establecer, en su artículo 1.2 que *la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*.

“Uno de los reclamos actuales de los pueblos indígenas es su derecho a la *autodefinición*, en la medida en que, tradicionalmente, la definición de *pueblo indígena* se encontraba sujeta a la determinación por parte de las autoridades del Estado”². Desde 1953, la OIT estableció que no existía una definición única y universal del concepto de *pueblos indígenas*. En la actualidad existe cierta

² Fernández Liesa, Carlos, R. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA HISTÓRICA. Editorial Porrúa. México. 2014. Pp. 167.

unanimidad en relación con la *autodeterminación*, que entiende que la definición deberá ser brindada por los propios pueblos indígenas.

A pesar de ello, se pueden encontrar algunos aspectos elementales de la definición de *pueblos indígenas*. Thornberry identifica cuatro criterios en torno al término *indígena*, extraídos a partir del caso *Kennewick*: “En primer lugar, la asociación con un territorio particular. En segundo lugar, la idea de estar ante un hábitat u ocupación anterior a la de otros grupos. En tercer lugar, el estar ante habitantes originales. Y, en cuarto lugar, la idea de que se está ante sociedades particulares y distintivas”³.

Por su parte, Anaya también subraya esta falta de consenso, pero esboza una definición del término: “Mientras que la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece superada todavía, se han convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente usados en asociación con un conjunto de cuestiones y de gentes a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos. En nuestros días, el término *indígena* se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones. Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad

³ Thornberry, Patrick. *THE ETHIC QUESTION. Indigenous peoples and human rights*. Manchester University Press. 2002. Pp. 37

que viven en las mismas tierras o muy próximos. Son los pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral”⁴.

2. EL DESARROLLO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El sistema interamericano de protección de derechos humanos, y los sistemas europeo y universal, se caracterizan por la ausencia de regulación específica de los derechos de los pueblos indígenas. Como consecuencia de ello, el análisis y la protección de dichos derechos se ha producido a través de una serie de fuentes y de jurisprudencia.

Por un lado, una fuente ha contemplado la protección de los pueblos indígenas en aquellos instrumentos adoptados en el seno de la OIT, manifestándose concretamente a través de: el Convenio 107 relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

Adoptado el 7 de junio de 1989 por la Conferencia General de la OIT, el Convenio 169 contiene una serie de disposiciones que fueron establecidas con el

⁴ Anaya, James. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: Berraondo, Mike (coordinador). PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS. Universidad de Deusto (Instituto de Derechos Humanos). Bilbao. 2006. Pp. 29-30.

apoyo de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), de la Organización Mundial de la Salud (OMS) así como del Instituto Indigenista Interamericano.

El convenio 169 es una referencia importante en lo que tiene que ver con derechos de los pueblos indígenas en la medida que aporta una definición de pueblos tribales y pueblos indígenas; establece que los pueblos indígenas tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; reconoce el vínculo que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras tradicionales, así como su derecho de participar en toda decisión que afecte a las mismas; consagra el principio de no discriminación frente a dichos pueblos, entre otros derechos. A su vez, en palabras de Anaya: “Lo más importante es que el Convenio 169 reconoce los derechos colectivos de los *pueblos indígenas*, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas, y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres”⁵.

La relevancia y actualidad de este instrumento ha permitido que tanto la CIDH como la Corte IDH se hayan referido al mismo medio de interpretación de la Convención Americana. Ello lo ha hecho, por ejemplo, la Corte en el caso

⁵ Anaya, James. Op Cit. Pp. 33.

Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, donde señaló que: “En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁶.

La facultad de acudir a otros instrumentos internacionales para efectos de interpretación quedó afirmada por dicha Corte en su Opinión Consultiva 1/925, al establecer que: “La interpretación textual del artículo 64 de la Convención no conduce a deducir que ese propósito restrictivo esté presente en dicho tratado. Dentro de ese contexto, el sentido corriente de los términos del artículo 64 no permite considerar que se haya buscado la exclusión de su ámbito a ciertos tratados internacionales, por el solo hecho de que Estados ajenos al sistema interamericano sean o puedan ser parte de los mismos. En efecto, la sola limitación que nace de esa disposición es que se trate de acuerdos internacionales concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. No se exige que sean tratados entre Estados americanos, o que sean tratados regionales o que hayan sido concebidos dentro del marco del sistema interamericano”⁷.

⁶ Corte IDH. CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY. Fondo de Reparaciones. Sentencia del 17 de junio de 2005. Párrafo 127.

⁷ Corte IDH. OTROS TRATADOS OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982. Párrafo 37.

Otra fuente por la cual se introdujo paulatinamente el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido a través del reconocimiento de derechos de minorías y el principio de no discriminación. Un reflejo de ello es la evolución del tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas dentro de la labor de la Comisión Interamericana: “En la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podemos distinguir diversas etapas respecto de la cuestión indígena. Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la idea de igualdad y no discriminación y en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías; la última etapa, basada en un enfoque de derechos, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos”⁸.

En lo que se refiere a minorías, un evento importante fue la emisión, el 16 de diciembre de 1966, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, el cual, en su artículo 27, establece que *“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a la personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, al tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”*.

⁸ Nash Rojas, Claudio. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. Ponencia presentada en el Seminario de Derechos Indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos del norte de Chile. Universidad Arturo Prat. Iquique. 2003. Pp. 10.

Algunas críticas a este artículo señalan principalmente que muchos grupos minoritarios, así como importantes sectores de la doctrina, han considerado que el mismo no constituye una base efectiva para un sistema de protección de derechos humanos. En esta medida, Stavenhagen identifica cuatro grandes problemas que se desprenden del artículo 27: “En primer lugar, la terminología *En los Estados en que existan minorías étnicas* resulta poco afortunada en la medida que deja abierta la propia definición de minoría, y pone de manifiesto el interrogante de quién se encuentra facultado para determinar la existencia o no de una minoría dentro de un Estado. En segundo lugar, el artículo 27 apuntaría a la regulación de derechos individuales (lo que se demuestra en la propia redacción del mismo), y excluye el reconocimiento de derechos colectivos. En tercer lugar, la protección de los derechos se consagra en términos negativos *no se negará a las personas*, por lo que no se regula el reconocimiento de derechos específicos en términos positivos. Finalmente, el artículo no se refiere explícitamente a minorías nacionales o a pueblos indígenas”⁹.

A pesar de ello, se debe destacar la importancia de este artículo en la medida que se presenta como un avance frente a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuya única referencia a los pueblos indígenas se hizo en torno a la regulación del derechos a la educación en el artículo 26.2, el cual señala que la educación “favorecerá la comprensión, la

⁹ Stavenhagen, Rodolfo. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS. UNESCO. México. 2007. Pp. 61.

tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos”.

Stavenhagen afirma aún más la importancia del artículo 27 del Pacto, al señalar que “éste incluso podrá ser considerado como un paso esencial en la transición de derechos individuales a derechos colectivos”¹⁰.

La relevancia de esta disposición queda reafirmada al constatar la referencia al mismo en el seno del sistema interamericano de derechos humanos. Manifiesta Nash que: “Un desarrollo interesante en la temática indígena se produce en el informe de la CIDH respecto de Ecuador en el año 1977. En este informe la Comisión adopta claramente la perspectiva de que los derechos de los indígenas podían ser comprendidos dentro de los derechos de las minorías y aplicar a su respecto la norma del art. 27 del PIDCP, en especial, en la protección de las características culturales del grupo”¹¹.

Los derechos de las minorías también se encuentran regulados por la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas. Esta fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 18 de diciembre de 1992, mediante Resolución 47/135. La misma reconoce el derecho a las minorías étnicas de disfrutar de su cultura sin discriminación, el derecho de establecer y

¹⁰ IBIDEM. Pp. 62.

¹¹ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 12

mantener sus propias asociaciones, el derecho de participar en las decisiones que se adopten de nivel nacional, y el derecho a mantener su identidad y ejercer sus derechos de manera individual o en comunidad con los demás miembros de su grupo.

“La inserción de la protección de los pueblos indígenas dentro del concepto de minorías acarrea una serie de complicaciones, comenzando con el hecho de que no existe verdaderamente un consenso sobre cómo se debe definir el concepto de *minorías*”¹².

Stavenhagen manifiesta que la definición mayormente aceptada es aquella brindada por Francesco Capotorti, antiguo Relator Especial de la antigua Subcomisión para la prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. Éste define minoría como: “Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en posición no dominante, cuyos miembros –naturales del Estado– presentan desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico, características que difieren de las del resto de la población y manifiestan, aun cuando no sea más que de manera implícita, un sentimiento de solidaridad, con el fin de preservar sus culturas, sus tradiciones, su religión o su lengua”¹³.

¹² Álvarez Molinero, N., Oliva Martínez, D. & Zúñiga N. (Editores). DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. HACIA UN MUNDO INTERCULTURAL Y SOSTENIBLE. Editorial Catarata. México. 2009. Pp. 388.

¹³ Capotorti, Francesco. DERECHO DE MINORÍAS Y DE PUEBLOS AUTÓCTONOS. Siglo XXI Editores. México. 1999. Pp. 174.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 23, precisó que el artículo 27 del Pacto se refiere a personas que pertenecen a un grupo y que comparten una cultura, religión o lengua. Sin embargo, la falta de un consenso sobre qué se debe entender como minoría lleva a que tal noción se encuentre cubierta por una serie de complejidades, muchas de ellas de carácter extrajurídico. Por ejemplo, el hecho de que los Estados, con frecuencia, hayan manejado sus propios conceptos de *minoría* para responder a intereses propios o, incluso, hayan negado la existencia de minorías dentro de sus jurisdicciones. Por ello, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 23, se pronuncia sobre el término *existan*, y señala que no será relevante determinar el grado de permanencia que dicho término connota. En tal sentido, establece que la existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un determinado Estado no dependerá de la decisión de un Estado parte, aunque sí se exigirá la adopción de criterios objetivos para tal reconocimiento.

“Esta incertidumbre ha traído como consecuencia que uno de los mayores reclamos de los pueblos indígenas en la actualidad sea su derecho a la *autodefinición*”¹⁴.

Otra fuente por la cual se ha analizado la protección a los pueblos indígenas, vinculada con la posición anterior, ha sido a través del *principio de no discriminación*. Como se ha precisado, si bien la Declaración Universal dejó de lado la protección de los derechos de los pueblos indígenas e hizo referencia a los

¹⁴ Stavenhagen, Rodolfo. Op Cit. Pp. 60.

grupos étnicos solamente con relación al derecho de educación, sí reguló el principio de no discriminación, lo cual se presenta como una ventana abierta para incluir, junto con otros grupos, la no discriminación de los pueblos indígenas. El artículo 2.1 de la Declaración Universal regula este principio del siguiente modo: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Según Thornberry, “esta disposición será la más aplicable a cuestiones indígenas, y se presentaría como la única ventana ante una exclusión deliberada de aquella temática”¹⁵.

En el marco interamericano, la Declaración Americana y la Convención Americana regulan el principio de no discriminación en sus artículos II y 1.1, respectivamente: Declaración Americana (art. II): “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción”. Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1.1): “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, políticas o de cualquier otra índole, origen

¹⁵ Thornberry, Patrick. Op Cit. Pp. 100.

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el ámbito de la ONU, la Asamblea General adoptó, el 21 de diciembre de 1965, mediante Resolución 2106 A (XX), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD). “Este instrumento incluye el origen étnico dentro del concepto de discriminación racial, prohibiendo de este modo toda distinción, exclusión o preferencia que anule o menoscabe el ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales en condiciones de igualdad en torno a dicho origen”¹⁶.

En su Recomendación General No. 234, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial reafirmó que las disposiciones de la CERD se aplican a los pueblos indígenas, y exhortó a los Estados partes a que tomen las medidas necesarias para garantizarle a estos pueblos el derecho de practicar sus propias costumbres, el derecho de emplear su propio idioma, y respetar y reconocer su historia como una forma de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y de promover la propia preservación de dichos pueblos.

El Comité invocó a los Estados a respetar el derecho de los pueblos de poseer y explotar sus propias tierras y de participar en toda decisión que afecta sus derechos e intereses. En este punto, el Comité reafirmó la necesidad de distinguir entre el derecho general de participación en la vida pública, y el derecho

¹⁶ Salmón, Elizabeth. Op. Cit. Pp. 190.

específico de los pueblos indígenas de participar en las decisiones que afectasen directamente a dichos pueblos.

Thornberry critica que el Comité emplea un lenguaje mixto a la hora de analizar la aplicabilidad de la CERD a los pueblos indígenas: “mientras que en ciertas secciones se refiere a los derechos de los pueblos como tal (en sentido colectivo), en otras se refiere a miembros de los pueblos indígenas (en sentido individual)”¹⁷.

Ello quizá responda al hecho de que los pueblos indígenas gozan tanto de derechos colectivos en su titularidad como pueblo, así como de derechos individuales adjudicados a sus miembros.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha tenido oportunidad de analizar los derechos de los pueblos indígenas a la luz de la CERD. Concretamente, en su evaluación del Noveno Informe Periódico de Australia, el Comité se pronunció favorablemente sobre algunos desarrollos en Australia en torno a la regulación de los derechos de los aborígenes.

Si bien estas dos fuentes (protección a minorías y principio de no discriminación) presentaron una solución ante un vacío normativo, las mismas resultan insuficientes para una debida protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁷ Thornberry, Patrick. Op Cit. Pp. 219.

Ha manifestado la CIDH que esta aproximación a los derechos de los pueblos indígenas por la vía de los conceptos de ‘minorías’ o de la ‘prohibición de discriminación’, si bien ha sido en algunas ocasiones el único mecanismo existente, constituye un enfoque incompleto, reduccionista y por tanto inadecuado. El tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminaciones, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata en efecto de un hecho más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. “En efecto, los pueblos indígenas configuran una historia, y una cultura, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones, técnicas ancestrales, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, territorios y hábitat. Además, los derechos de los indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y los colectivos”¹⁸.

Otra vertiente ha sido la interpretación de ciertos derechos de los pueblos indígenas a través de deducciones tradicionales individualistas de los derechos humanos. La estructura tradicional y liberal de los derechos humanos, sin embargo, no puede ser fácilmente extrapolable a los pueblos indígenas, pues ignora la complejidad en el reconocimiento y goce efectivo de los derechos de dichos pueblos.

¹⁸ Fernández Liesa, Carlos R. & otros autores. Op. Cit. Pp. 156.

Al respecto manifiesta Melo que: “Una lectura lata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos podría dejar la impresión de que el ámbito restringido y el alcance del catálogo de derechos que consagra son insuficientes para proteger a las poblaciones indígenas, que en el continente americano tienen especial importancia debido a los requerimientos que imponen sus particularidades étnicas y religiosas”¹⁹.

Thornberry manifiesta que: “lo universal en el concepto de ‘derechos humanos universales’ beneficia a los pueblos indígenas si es entendido en una dimensión compleja y no de simple universalismo”²⁰.

A pesar de ello, es muy importante la labor de interpretación que han realizado ciertos tribunales (incluyendo la Corte Interamericana) ante dicha deficiencia. De este modo, a través de una interpretación dinámica de los derechos humanos, se ha reafirmado la vigencia de estos instrumentos y su aplicabilidad a los derechos de los pueblos indígenas más allá de interpretaciones literales. La Corte Interamericana ha manifestado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.

¹⁹ Melo, Mario. ÚLTIMOS AVANCES EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Revista de Internacional de Derechos Humanos Sur. Año 3. No. 4. 2006. Pp. 32.

²⁰ Thornberry, Patrick. Op Cit. Pp. 114.

Esta interpretación evolutiva y amplia de las disposiciones de la Convención Americana se ha visto influida tanto por la jurisprudencia de otros tribunales internacionales como también de tribunales internos.

Ruiz Chiriboga manifiesta que: “La interpretación de las normas contenidas en la Convención Americana también deben contar con los aportes que brindas la jurisprudencia interna de los Estados parte del SIDH [Sistema Interamericano de Derechos Humanos] especialmente en casos sobre los derechos de los grupos étnico-culturales, aún en gestación en el ámbito internacional, pero con un desarrollo más amplio en la legislación y jurisprudencia internas”²¹.

Rodríguez-Piñero, manifiesta que: “La Convención, la Declaración y el resto de los instrumentos del sistema actualmente en vigor mantienen silencio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación de los órganos interamericanos ha sido, por tanto, fundamental para dotar de contenidos específicos a estas normas en relación con los derechos de estos pueblos. Para llegar a dar contenidos a los derechos de los pueblos indígenas en su interpretación de la Convención y de la Declaración, los órganos del sistema han tomado explícita o implícitamente elementos provenientes de otros instrumentos internacionales en vigor, especialmente el Convenio No. 169 de la OIT. Estas normas son tenidas en cuenta como expresión de un consenso generalmente aceptado por los Estados miembros del sistema interamericano –que, en

²¹ Ruiz Chiriboga, Oswaldo. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO. Revista de Internacional de Derechos Humanos Sur. Año 3. No. 5. 2006. Pp. 49.

determinadas ocasiones, y notablemente en relación con el derecho a la tierra y recursos naturales, puede ser constitutivo de derecho consuetudinario internacional– y que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas del sistema”²².

Estas opiniones son relevantes porque al ser adoptadas dotarían de generalidad, más allá de todo consentimiento individualizado, al carácter normativo de los derechos de los pueblos indígenas.

3. DERECHOS AUTÓNOMOS Y DERECHOS COLECTIVOS

La complejidad e insuficiencia de las fuentes señaladas llevaron a la necesidad de adoptar esfuerzos concretos para el reconocimiento de derechos autónomos para los pueblos indígenas, derechos que, en buena medida, estarían marcados por un fuerte componente de colectividad. Solamente en las Américas existen más de 400 grupos étnicos aborígenes diferenciados en cultura, lenguaje y modo de vida.

“Por ello, según la Comisión, pese a su diversidad y al distintos nivel de incorporación a la sociedad nacional que puedan haber alcanzado, existen fundamentadas razones para propiciar la necesidad de normas jurídicas comunes

²² Rodríguez-Piñero Royo, Luis. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: Berraondo, Mikel (coordinador). PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS. Universidad de Deusto. Madrid. 2006. Pp. 180-181.

de carácter internacional relativas a la protección de los derechos humanos de tales poblaciones”²³.

Un evento importante fue la adopción en 1981 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual constituyó el primer instrumento internacional que incluyó no sólo derechos individuales sino también colectivos. Siguiendo dicha tendencia, la Declaración de Viena de 1993, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, afianzó la separación y autonomía de los derechos indígenas frente a los derechos de las minorías. De esta forma, mientras que el párrafo 19 regula los derechos de las minorías, el párrafo 20 consagra los derechos autónomos de los pueblos indígenas, los cuales citamos a continuación:

Párrafo 19:

Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esas personas, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la

²³ Fariñas Dulce, M. J. GLOBALIZACIÓN, CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas. Editorial Dykinson. Colombia. 2000. Pp. 212.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a profesar y a practicar su religión y a emplear su propio idioma en público y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

Párrafo 20:

La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el derecho internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

En el ámbito de la ONU, la consagración de derechos autónomos para los pueblos indígenas se tradujo en la adopción de una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007, tras más de veinte años de trabajo en el seno del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas (creado en 1982), comenzó a elaborar el Proyecto de Declaración en 1985. “La declaración regula tanto derechos individuales como derechos colectivos. De este modo, incluye derechos culturales, el derecho de la identidad, derechos sobre educación, salud, empleo, idioma, prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve su participación en los asuntos que les conciernan”²⁴.

Una consagración autónoma de los derechos de los pueblos indígenas requiere elaborar un criterio consensuado en torno al concepto de derechos colectivos.

Stavenhagen manifiesta que: “los derechos humanos universales de carácter individual, aun cuando fueran efectivos, no necesariamente logran garantizar, entre las distintas colectividades, el goce pleno de dichos derechos. Más aún, continúa a menudo la promoción de derechos humanos individuales sin tener en cuenta las particularidades de las colectividades, lo que podría incluso llevar a la violación de derechos colectivos, del mismo modo que una promoción

²⁴ Salmón, Elizabeth. Op. Cit. Pp. 189.

de derechos humanos colectivos en detrimento de los derechos individuales podría llevar a una violación de estos últimos”²⁵.

La CIDH, al momento de definir *derechos colectivos*, manifiesta que desde el comienzo y a través de su práctica sobre los derechos humanos de las personas indígenas, la Comisión ha aceptado el concepto de *derechos colectivos*, en el sentido de derechos de los que son titulares y se refieren a condiciones jurídicas de conjuntos organizados de personas como es el caso de las comunidades o pueblos indígenas.

“El reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas también ha sido afirmado por la propia ONU en el Preámbulo a la Declaración de que Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables cabe rescatar el lenguaje empleado en la propia Declaración la cual se refiere tanto a derechos de los pueblos indígenas como a derechos de los individuos pertenecientes a dichos pueblos, lo que demuestra el reconocimiento de que los pueblos indígenas gozan de derechos humanos tanto a nivel individual como colectivo. A pesar de ello, la mayoría de los derechos reconocidos en esta Declaración se encuentran formulados en términos colectivos”²⁶.

²⁵ Stavenhagen, Rodolfo. Op Cit. Pp. 70.

²⁶ Carrillo Salcedo, J. A. SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y DERECHOS HUMANOS EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 2001. Pp. 186.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas también reconoce la existencia de derechos colectivos de dichos pueblos. Así, con relación a la *autoidentificación* como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho de dicha *autoidentificación* como indígena en forma individual o colectiva, conforme las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena. Por su parte, el artículo VI reconoce expresamente los derechos colectivos y los regula del siguiente modo: “Derechos Colectivos: 1. Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos; 2. En este sentido, los Estados reconocen (y garantizan), entre otros, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a su organización social, política y económica; (a sus sistemas jurídicos) a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; (y) a usar sus lenguajes (y a administrar y controlar sus tierras, territorios y recursos naturales).

“Una guía útil para poder identificar qué derechos en concreto constituyen los derechos colectivos es el cuestionario preparado por la CIDH para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como para más de trescientas organizaciones indígenas, en el marco de negociaciones para la adopción del Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”²⁷. En aquel cuestionario se solicitó a los Estados y organizaciones que identificaran algunos de estos derechos (como un ejercicio preliminar ante el

²⁷ Salmón, Elizabeth. Op. Cit. Pp. 198.

proceso de elaboración del Proyecto de Declaración). De las respuestas emitidas, se clasificaron los siguientes derechos:

- Derechos de los pueblos indígenas a la coexistencia pacífica como tales en la sociedad nacional global;
- Derechos relativos al reconocimiento por el Estado de las características diferenciadas de las poblaciones indígenas en el seno de la sociedad global;
- Derechos relativos a la participación política como pueblos, en las decisiones que los afectan directamente;
- Derechos necesarios para que las características propias de los pueblos indígenas sean debidamente reflejadas en las instituciones estatales;
- Derechos relativos al mantenimiento y desarrollo de sus estructuras económicas tradicionales, instituciones y estilos de vida;
- Derechos relativos a un desarrollo económico propio y autónomo;
- Derechos relativos al manejo y control por los pueblos indígenas de los planes de desarrollo y de la prestación de los servicios públicos en sus territorios designados;
- Derechos territoriales y relativos a la protección por el Estado de sus territorios, y a las formas jurídicas tradicionales de propiedad y uso de la tierra;

- Derechos necesarios para la protección de la integridad ambiental de su territorio y de su equilibrio ecológico;
- Derechos relativos al desarrollo cultural propio y a la protección de sus bienes culturales;
- Derechos relativos al respeto de sus convicciones y prácticas religiosas y espirituales, y a la protección por el Estado frente a tentativas de conversión sistemática;
- Derechos relativos al establecimiento y control de sus procesos educativos, y a que la educación nacional reconozca y respete adecuadamente los valores culturales de los pueblos indígenas;
- Derechos relativos a la protección de la familia indígena, y el rol de sus comunidades en la crianza y protección de los niños;
- Derecho a medidas especiales de protección de su propiedad intelectual y artística;
- Derechos relativos al uso y desarrollo de sus propios servicios médicos, farmacología y prácticas de salud, en combinación con los servicios médicos no indígenas;
- Derechos relativos al uso de su lengua en los procedimientos estatales administrativos y judiciales que los afecten;
- Derechos relativos a la aplicación y desarrollo en lo interno del orden jurídico propio, dentro del marco constitucional nacional;

- Derechos relativos al respecto y cumplimiento efectivo por el Estado de los tratados y otros actos convencionales celebrados con los pueblos indígenas;
- Derechos relativos al mantenimiento sin obstáculo por los pueblos indígenas multinacionales de sus vínculos étnicos a través de las fronteras nacionales;
- Derechos relativos a la personería jurídica de los pueblos indígenas;

Algunos de estos derechos están presentes tanto en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. “En el caso de los derechos de los pueblos relativos a la participación política en las decisiones que los afecten directamente la Declaración de la ONU regula este derecho en su artículo 18, mientras que el Proyecto de Declaración Americana lo hace en su artículo XX inciso 2, y, en el caso de los derechos territoriales, la Declaración de la ONU lo hace en su artículo 26, mientras que el Proyecto de la Declaración Americana lo hace en su artículo XXIV”²⁸.

Más allá de la importancia del reconocimiento efectivo de los derechos colectivos, es importante también afirmar que los pueblos indígenas gozan tanto de derechos colectivos como de derechos individuales y, atendiendo a ello, resulta esencial hacer una clara distinción entre los dos tipos de derechos. Tal como precisó el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado a la sentencia de la

²⁸ IBIDEM. Pp. 200.

Corte Internacional sobre Reparaciones del caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*: “Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada “estatuto” conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes, deviene relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva. Es verdad que este fenómeno puede apreciarse en muchas sociedades, acaso en todas, pero también lo es que en algunas –así, los grupos indígenas de nuestra América– reviste caracteres especiales, más intensos y decisivos”²⁹.

4. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La complejidad de los derechos de los pueblos indígenas, la insuficiencia en la protección de estos derechos y la vulnerabilidad particular de los pueblos indígenas, llevaron a que se adoptaran importantes esfuerzos a favor de la protección de sus derechos en el seno del sistema interamericano.

²⁹ Sentencia de la CIDH de 19 de noviembre de 2004. Reparaciones. Párrafo 5. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

“Ya desde los años veinte y treinta del siglo XX, se destacó en el ámbito de la Organización Panamericana, la necesidad e importancia de trabajar el tema de los pueblos indígenas. En 1922, la Quinta Conferencia Internacional Americana solicita a los Estados profundizar el estudio de las lenguas indígenas y tomar medidas para respetar su patrimonio cultural”³⁰.

Un primer paso esencial en la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas fue la celebración, en 1940, del Primer Congreso Indigenista Interamericano, donde se adoptó la Convención de Patzcuaró (México), que dio lugar a la creación del Instituto Indigenista Interamericano. Esta es la primera organización internacional especializada en los diversos temas que afectan a los pueblos indígenas. En el marco del Instituto se reconoce que la protección de los pueblos indígenas es una cuestión de interés público, y que se requiere abordar políticas en torno a su inclusión social, en orden a equiparar las condiciones de vida de los miembros de dichos pueblos.

En 1947 se adoptó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, que es incluso anterior a la propia constitución de la OEA y a la Declaración Americana. Este instrumento internacional no sólo fue un importante antecedente en el plano regional, sino también contribuyó con los esfuerzos que se venían implementando

³⁰ Ochoa Ruiz, N. LOS MECANISMOS CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS. Editorial Civitas. Madrid . 2004. Pp. 145.

en el seno de la ONU y de la OIT por regular internacionalmente los derechos laborales. Esta Carta, que consta de 39 artículos y regula casi la integridad de los temas laborales, incluyó una serie de disposiciones relativas a las obligaciones de los Estados y los derechos indígenas, en particular, proteger la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo (al indígena) del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

En el año 1963, el Instituto se constituyó como ente especializado de la OEA en materias indígenas. El instituto organiza congresos interamericanos indigenistas periódicos, y brinda servicios técnicos y de consultoría a los Estados miembros de la OEA. Asimismo, se encarga de evaluar los marcos normativos y legislativos en torno a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Hannum manifiesta que: “hubo que esperar hasta 1985 para que los pueblos indígenas tuvieran una verdadera representación en los Congresos periódicos, sin la necesidad de contar con una invitación exclusiva de sus respectivos Estados”³¹.

Aunque el Instituto fue uno de los principales actores en la redacción del Convenio 169 de la OIT, tal como señala Rodríguez-Piñero, el sistema indigenista interamericano se basó en “*planteamientos integracionistas y asistencialistas que,*

³¹ Hannum, Hurst. THE PROTECTION OF INDIGENOUS RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM. En: David Harris y Stephen Lavingstone (editores). THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS. Clarendon Press. Oxford. 1998. Pp. 325.

*durante décadas, fueron ajenos a toda consideración de estas cuestiones en clave de derechos humanos*³².

4.1 LA PROTECCIÓN DESDE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ante el escenario de continuas exclusiones de las poblaciones indígenas en las Américas, la CIDH comenzó a recabar una serie de denuncias individuales en torno a vulneraciones de derechos humanos de poblaciones indígenas. Esto a pesar de que la Comisión carecía de un mandato específico, para evaluar los derechos de los pueblos indígenas (lo que llevó a que abordara el tema desde la perspectiva de las denuncias individuales). Igualmente, dadas las diversas denuncias que recabó en los primeros años de la década de los setenta, la CIDH adoptó, en 1972, una Resolución sobre “La Protección Especial para Poblaciones Indígenas, acción para combatir el racismo y la discriminación racial”, en la cual precisó que por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados.

La CIDH ha hecho un trabajo interesante relacionado con poblaciones indígenas. Uno de los hitos de esta labor ha sido sin duda la creación, en 1990, por parte de la Comisión, de una Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que tiene como objetivo impulsar, sistematizar, reforzar y consolidar la

³² Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 159.

acción de la CIDH sobre la materia. Asimismo, la Relatoría ha facilitado el acceso de los pueblos indígenas a los mecanismos instaurados por el sistema interamericano de derechos humanos, ha realizado visitas a comunidades indígenas y ha apoyado de manera significativa al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Rodríguez-Piñero identifica tres fases en la evolución del tratamiento a la situación de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos: “Una primera fase tardoinígena, durante la década los setenta; una segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas, desde la perspectiva general de los derechos humanos individuales, durante la década de los ochenta y mediados de los noventa; y una tercera fase de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de discusión del proyecto de declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Awás Tingni*, en 2011, fase en la que nos encontramos en la actualidad”³³.

De manera similar, en el marco de la CIDH propiamente dicha se pueden identificar una serie de etapas. Según Nash: “Una primera etapa está vinculada a la protección de los indígenas en cuanto a individuos vulnerables; una segunda, incorpora la idea de derechos dignos de especial protección, centrados en la idea

³³ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 160.

de igualdad y no discriminación y en la doctrina elaborada internacionalmente sobre minorías; la última etapa, basada en un enfoque de derechos, considerando a los indígenas como titulares plenos y en ciertos aspectos con protección especial en el goce y ejercicio de ciertos derechos”³⁴.

Con el tiempo, la Comisión ha ido creando una fuente de doctrina y jurisprudencia sobre el tema de pueblos indígenas. En la década de los setenta, la Comisión resolvió los primeros casos contenciosos. El primero de ellos se trató de una denuncia en contra del Estado colombiano ante presuntos actos de persecución y tortura a poblaciones indígenas de la región de Planas, que pertenecían al pueblo *guahíbo* en Colombia. Si bien este caso fue archivado, la Comisión precisó las limitaciones de un enfoque que girara en torno a derechos individuales y aproximaciones indigenistas. El segundo de ellos versó sobre las condiciones de esclavitud y otros actos de genocidio que se venían cometiendo contra las poblaciones indígenas en el Paraguay, especialmente contra los indios *Achés*, donde la CIDH solicitó a Paraguay que adoptara enérgicas medidas para proteger de una manera efectiva derechos de la tribu Aché. En estos casos, como bien precisa Nash, “la Comisión adoptó un enfoque de protección de derechos atendiendo a la vulnerabilidad del grupo, así como a sus particulares condiciones culturales”³⁵.

³⁴ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 10.

³⁵ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 11.

Los casos resueltos por la CIDH adoptarían entonces un segundo enfoque en la década de los ochenta. Se trató de las denuncias contra Brasil y Nicaragua por la situación de los pueblos *yanomami* y *miskitos*, respectivamente. El caso de los *yanomami* recibió mucha atención internacional, y tuvo como fundamento proteger a los *yanomami* y evitar la destrucción de sus tierras tras el asentamiento de agricultores y mineros, sobre todo a partir de la construcción de una importante carretera en 1973 que atravesaba el territorio *yanomami*. A diferencia de los casos relativos a los *achés* y los *guahibo*, en el caso de los *yanomami* la CIDH evaluó de manera detenida el marco fáctico y jurídico. De esta forma, si bien la Comisión aplicó la Declaración Americana de 1948, también señaló, de manera implícita, al referirse al artículo 27 del PIDCP, que los pueblos indígenas gozan de derechos adicionales específicos que giran en torno a sus necesidades y relación con sus tierras. Por ello, recomendó la delimitación y demarcación del Parque Yanomami, y la consulta a la población indígena afectada en lo relativo a programas educativos, protección médica e inclusión social.

En el caso del pueblo *miskitos*, la Comisión llevó a cabo un análisis aún más analítico de la situación. El caso, que se inició en torno al desalojo de la población *miskita* de sus tierras tradicionales como producto del conflicto armado interno que azotaba a Nicaragua en ese entonces, incluyó cuestiones más complejas como los derechos a la autonomía y autodeterminación. De este modo, adicionalmente al análisis de determinados derechos individuales, la Comisión señaló que los *miskito* gozaban de derechos inherentes a sus tierras tradicionales,

así como del derecho a su autodeterminación y autonomía (refiriéndose también al artículo 27 del PIDCP).

Finalmente, en la década de los noventa, la Comisión se pronunció sobre la necesidad de contar con un instrumento específico de protección de los derechos de los pueblos indígenas, atendiendo a su “situación actual generalmente carenciada y en muchos casos marginalizada aun de las garantías mínimas ofrecidas a la población civil”³⁶. Un motor de esta preocupación fue sin duda la adopción, en 1989, del Convenio 169 de la OIT. A ello se suma la creación, en 1990, de la Relatoría Especial para Asuntos Indígenas en el marco de la OEA. A su vez en 1997, la Comisión Interamericana presentó el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Finalmente, en el año 2000, la Comisión presentó su Informe sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas. Esta tercera etapa, iniciada en la década de los noventa, representa, según Rodríguez-Piñero, el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas. Por ello, lo que en un primer momento significó una preocupación inicial de la Comisión por el tema, que se traducía en la inclusión de temas relativos a los pueblos indígenas en sus informes, llevó a que paulatinamente la Comisión adoptara esfuerzos significativos por preparar nuevos cuerpos legales y declaraciones sobre la materia.

En 1989, se comienza a idear en el seno de la OEA un instrumento específico sobre derechos de los pueblos indígenas, aunque sin determinar aún si

³⁶ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 162

se trataría de una declaración, un protocolo adicional a la Convención Americana o un tratado. Finalmente, se optó por una fórmula escalonada, iniciando con una Declaración. En la redacción del mismo participaron la CIDH, el Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). El 27 de febrero de 1997, y tras recabar opiniones de gobiernos, organizaciones indígenas, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, la Comisión aprobó, en su 95º período de sesiones, el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

“El Proyecto de Declaración incorpora derechos colectivos y contiene declaraciones preliminares en relación con las instituciones indígenas y el fortalecimiento nacional; la erradicación de la pobreza y el derecho al desarrollo; el territorio y la supervivencia indígena; la seguridad y las áreas indígenas; los instrumentos de derechos humanos y los avances jurídicos nacionales”³⁷.

También regula el derecho a la personalidad jurídica, garantías especiales contra la discriminación, el derecho a la integridad cultural, el derecho a la educación, el derecho a la protección del medioambiente, y el derecho al autogobierno, entre otros. A su vez, y a diferencia de lo contenido en la Declaración de la ONU, el Proyecto de Declaración de la OEA parte de la premisa de que los pueblos indígenas tienen derecho a formar parte de la identidad de los Estados americanos, y hace un mayor reconocimiento de la subjetividad internacional de dichos pueblos.

³⁷ Salmón, Elizabeth. Op. Cit. Pp. 206.

Si bien algunas organizaciones indígenas han manifestado desacuerdo con el Proyecto de Declaración al considerarlo menos ambicioso que la Declaración de la ONU, lo cierto es que el Proyecto de Declaración de la OEA representa un texto con un importante enfoque regional, contribuye a la adopción de estándares más uniformes respecto a la protección y promoción de derechos de los pueblos indígenas y significa un avance esencial en la protección de los pueblos indígenas en las Américas.

CAPÍTULO II

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. CONTROL CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

1. LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El derecho en su aspecto más dinámico, ha sido concebido bajo el enfoque de la argumentación, desde la filosofía del derecho; y como paradigma de la Constitución normativa, en tanto proyección de la justicia constitucional en las decisiones de los tribunales, al atender de manera directa a sus contenidos materiales: los derechos fundamentales.

Ante dichos cambios, la interpretación de las normas relativas a los derechos, encierran un contenido moral que es necesario concretar a las realidades culturales, así como al modelo de justicia constitucional que cada país adopta: los principios jurídicos y su reconocimiento por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Los juzgadores, legisladores y operadores jurídicos en general, así como los abogados y cualquier persona que se pregunte como debe ser el derecho en los Estados contemporáneos, se enfrentan a la difícil tarea de buscar las soluciones adecuadas a los casos difíciles. “El sistema de derecho de muchos países latinoamericanos, no ha logrado encontrar una respuesta plausible a la luz del *espíritu del legislador* que solucione un problema jurídico, lo que hace

impostergable la participación de la comunidad científica para tratar de vislumbrar el paradigma del Estado constitucional de derecho y su apertura hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos y su práctica jurisprudencial; tanto por los tribunales constitucionales, como por las cortes internacionales de derechos humanos”³⁸.

“Bajo la convergencia de las diversas disciplinas jurídicas y a la luz de la rehabilitación de la razón práctica que pregona la filosofía del derecho contemporánea, se desarrolla el antipositivismo, como una tendencia consistente y aceptable tanto de la metodología y teoría del derecho compatible con el Estado constitucional de derecho, y cuya tipología específica encuentra cause en el neoconstitucionalismo; entendida como una doctrina que pugna por la materialización del ordenamiento jurídico, cargado de principios y valores contenidos en la Constitución bajo la forma de derechos fundamentales, hace que se unan en un mismo objeto de estudio *filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas* como, por ejemplo, Robert Alexy, Ronald Dworkin o Carlos S. Nino y por *constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho*, como Zagrebelsky”³⁹.

“En la ciencia del derecho, ocurrió un cambio imprescindible en la forma de decir lo que es y lo que debe ser el derecho tras la Segunda Guerra Mundial; a

³⁸ Flores Saldaña, Antonio. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Porrúa. México. 2015. Pp. 49.

³⁹ García Figueroa, Alfonso. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18. Número 54. Septiembre-Diciembre. España. 1998. Pp. 75.

partir de entonces quedó evidenciado en el panorama mundial de la teoría y filosofía del derecho, que el contenido normativo de la Constitución condensa ciertos principios e ideales morales, que se han ido materializando en las nuevas cartas fundamentales que se han promulgado en los últimos cincuenta años”⁴⁰. Desde entonces, la distinción entre ley y derecho se hizo patente, pues se podría violar el derecho aduciendo el cumplimiento de la ley.

Ejemplos de ese cambio estructural, lo constituye la aparición de cartas fundamentales que contienen un catálogo muy nutrido de derechos, como las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Dichas constituciones han señalado el camino hacia un *cambio de paradigma* en el que los esquemas constitucionales de derecho que rigen la sociedad moderna, han renunciado al antiguo parámetro de la ley como última palabra, contenida en un conjunto de reglas en calidad de *verdades incuestionables*. Ahora el derecho cuestiona el contenido de la ley y su control a través de la justicia constitucional, se hace patente en el actual control de convencionalidad.

Los principios jurídicos han definido de manera muy importante al nuevo paradigma de *la Constitución como norma jurídica*, en la cual la ciencia y la filosofía del derecho han encontrado respuestas plausibles y racionales, ante el extravío e imposibilidad de dar solución a los cambios paradigmáticos; mismos que implicaron la transformación del Estado constitucional contemporáneo, a lo

⁴⁰ Perelman, Chaim. LA LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Civitas. Madrid. 1988. Pp. 93.

que en la actualidad los teóricos se han encargado de sistematizar gran parte de los modos de ser de esta variante:

- a) “En su aspecto *sustantivo-teórico* la doctrina constitucional contemporánea, ha definido al paradigma de la Constitución como una auténtica norma jurídica, operativa y vinculante, con el nombre de *neoconstitucionalismo*.
- b) Por otra parte, ha encontrado cauces muy influyentes en la doctrina latinoamericana, la enorme influencia de la justicia constitucional en el desarrollo *adjetivo-práctico*, el Derecho Procesal Constitucional y Convencional, se encarga de conceptualizar; sistematizar y orientar la evolución de los medios de control constitucional en el plano nacional, con la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nivel de la misma Constitución”⁴¹.

Por lo anterior, el neoconstitucionalismo como disciplina dogmática y filosófica del derecho constitucional contemporáneo, así como del derecho procesal constitucional en su aspecto adjetivo; se advierte que existe entre ambas ciencias, “una relación simbiótica que se ha seguido a la par de una gran evolución, la cual comprueba el nacimiento de una nueva etapa en el desarrollo de la ciencia del Derecho constitucional”⁴².

⁴¹ IBIDEM. Pp. 51-52.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ORIGEN CIENTÍFICO (1928-1956). Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008. Pp. 56.

Es, pues, tarea de filósofos del derecho, constitucionalistas, así como de cualquier jurista interesado por formular una doctrina, que proponga las modificaciones pertinentes a los paradigmas clásicos “bajo los cuales se habían diseñado los modelos de justicia constitucional, para traducir *el lenguaje actual de los derechos fundamentales* según cada rama del derecho en particular”⁴³.

En ese sentido el modelo jurídico y político del Estado de Derecho constitucional, es donde tiene lugar esta labor. Robert Alexy ha vislumbrado esos cambios paradigmáticos, a manera de contrastes entre los modelos jurídico-políticos del Estado de derecho; esa comparativa, la realiza con las propiedades opuestas del Estado legal de derecho, señalando en primer término las propiedades del Estado de derecho constitucional:

- 1) “Valor en vez de norma;
- 2) Ponderación en vez de subsunción;
- 3) Omnipresencia de la Constitución en vez de la independencia del derecho ordinario;
- 4) Omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional en lugar de la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución”⁴⁴.

⁴³ Cruz Parceró, Juan Antonio. EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS. ENSAYO PARA UNA TEORÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007. Pp. 109.

⁴⁴ Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2004. Pp. 160.

Rodolfo Luis Vigo, en referencia con ese cambio de paradigma, aduce que “la constitucionalización del derecho opera cuando la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, en la que se privilegia a su parte orgánica o funcional como la más importante. La Constitución pasa a ser reconocida como la *fuerza de las fuentes del derecho* y, al mismo tiempo, la más importante de ellas en tanto las define, les pone límites y las orienta. El derecho se constitucionaliza, y así a través de él, operan principios, valores o derechos humanos, encomendando a los jueces su aplicación para que garanticen que en sus respectivas sociedades se les tomen en “serio”, haciéndolos prevalecer incluso contra las decisiones mayoritarias o unánimes”⁴⁵.

Vigo hace una síntesis esquemática de los cambios más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, notoriamente alterado respecto al escenario decimonónico:

- 1) “La Ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo;
- 2) La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa;
- 3) Los derechos humanos se tornan operativos;
- 4) La supremacía de las Constituciones nacionales soberanas se quiebra;
- 5) El sistema jurídico entra en crisis;
- 6) Las sociedades incorporan un relevante pluralismo cultural y axiológico;

⁴⁵ Vigo, Rodolfo Luis. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Báez Silva, Carlos. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y TRABAJO JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2009. Pp. 224.

- 7) La legitimación de la autoridad enfrenta fuertes cuestionamientos;
- 8) Las democracias dejan de ser meramente formales para convertirse en sustanciales; y
- 9) La rehabilitación de la razón práctica⁴⁶.

Finalmente y en ese mismo contexto, Josep Aguiló Regla, manifiesta que cuando se habla de *Estados constitucionales* se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características:

- a) “La existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal y ordinaria;
- b) El concepto político, relativas a la limitación política y la garantía de los derechos y;
- c) Debe ser una Constitución formal practicada, es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada norma fundamental⁴⁷.

Los paradigmas del neoconstitucionalismo, antes descritos por algunos de los autores contemporáneos más representativos, permiten advertir de manera

⁴⁶ IBIDEM. Pp. 224.

⁴⁷ Aguiló Regla, Josep. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho. Noúmero 24. España. 2001. Pp. 450.

sistemática las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, bajo un modelo adecuado de justicia constitucional; en el Estado de derecho constitucional, el control de convencionalidad, tiene de manera consistente hacia la protección y expansión de los derechos fundamentales bajo el común denominador de la dignidad humana, aunado a la aplicabilidad y operatividad directa de la Constitución y de los tratados internacionales, como parte del mismo ordenamiento interno.

2. LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

En un artículo muy influyente para el neoconstitucionalismo, Riccardo Guastini expone las condicionantes con las cuales debe contar un ordenamiento jurídico *impregnado* por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico que se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, *pervasiva, invadente*; capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

“Las *condicionantes de constitucionalización* presuponen un cumplimiento gradual más no absoluto, pues dependiendo de cuántas y cuáles estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento jurídico, se podrá juzgar el tipo de Constitución que tiene un Estado”⁴⁸. Con un guiño hermenéutico, Guastini habla

⁴⁸ Aguiló Regla, Josep. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Lima. 2007. Pp. 69

de *la fenomenología normativa* que experimenta el Estado constitucional, se traduce en los paradigmas de cambio hacia la constitucionalización del derecho.

Para la hermenéutica iusfilosófica, podemos constatar, además del proceso de constitucionalización al que hace referencia Guastini, la existencia de *condicionantes de convencionalización del ordenamiento jurídico*; en el sentido de que los Estados parte de un tratado internacional de derechos humanos, deben de cumplir con una serie de medidas, para adecuar el régimen jurídico interno a dichos tratados. Al igual que las condiciones de constitucionalización, el cumplimiento gradual de las *condiciones de convencionalización del sistema jurídico*, se podrá juzgar el tipo de modelo de Constitución que tiene un Estado; es decir si su Constitución se encuentra *convencionalizada*, o bien, procura restringir el efecto normativo de los tratados de derechos humanos.

Veamos la comparativa entre la fenomenología normativa que experimenta el Estado constitucional, en cuanto a la *convencionalización del ordenamiento jurídico*, a la luz de los elementos que nos proporciona Riccardo Guastini.

1) “*Una Constitución rígida*. La *rigidez* no se entiende aquí necesariamente como la imposibilidad de reforma constitucional (sea total o parcial), sino que es suficiente con que exista algún procedimiento agravado de reforma; esto es, que la Constitución se halle *protegida* frente a la legislación ordinaria”⁴⁹.

⁴⁹ Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. Madrid. 2005. Pp. 50.

El control de convencionalidad presupone que el Estado parte de un tratado internacional de derechos humanos, se encuentra obligado a protegerlos (*pacta sunt servanda*) desde el momento en el que celebra dicho tratado; sin que pueda alegar la existencia de una disposición de carácter interno que anule su efecto vinculante. La *rigidez convencional* en este sentido, “estriba en el orden jurídico interno; y su vinculación se encuentra en el mismo bloque de constitucionalidad-convencionalidad, así como en el control que los tribunales hacen del mismo, ante una violación a dicho bloque”⁵⁰.

Existe la posibilidad de que un Estado parte pueda apartarse de un tratado de derechos humanos, denunciándolo ante el organismo internacional correspondiente; en cuyo caso, anula su *rigidez convencional*. En el sistema regional interamericano de protección de los derechos humanos, Trinidad y Tobago y Venezuela han abandonado la CADH.

2) “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Para que la Constitución tenga realmente primacía sobre la legislación ordinaria debe existir un mecanismo de *protección* frente a la vulneración de los preceptos constitucionales. Por eso se requiere el establecimiento de medio de control de la constitucionalidad, que puede adoptar distintas formas a través de los Tribunales Constitucionales”⁵¹.

⁵⁰ Flores Saldaña, Antonio. Op Cit. Pp. 57.

⁵¹ Guastini, Riccardo. Op Cit. Pp. 52.

El control de convencionalidad constituye una *garantía de la convención*, tanto desde su aspecto difuso de los Estados parte a través de los jueces nacionales principalmente, como desde el aspecto concentrado de la Corte IDH. En ese sentido la garantía jurisdiccional de la Convención, viene del mismo control de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad; sólo que en este caso, lo que se busca es que la CADH prevalezca sobre aquellas disposiciones que la contravengan y a través del control de convencionalidad, se haga efectiva la adecuación de las leyes y actos del régimen interior; para que sean compatibles con los tratados de derechos humanos.

3) “*La fuerza vinculante de la Constitución*. Con esta condición se requiere mostrar que en la cultura jurídica de que se trate, la Constitución no ha de versar como una simple proclama política o declaración programática, sino como una fuente de normas jurídicas vinculantes y superiores al resto de las normas del ordenamiento”⁵².

Al igual que la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, no son proclamas políticas, ni declaraciones a futuro, ni buenas intenciones de los gobiernos y autoridades de los Estados nacionales. Las normas de derechos humanos, son normas jurídicas vinculantes, operativas y supremas, en el marco de protección de los derechos fundamentales, tanto en la jurisdicción nacional, como ante las Cortes Internacionales de derechos humanos; de tal

⁵² IBIDEM. Pp. 53.

suerte que condicionan la actuación de todas las autoridades en adecuación a las disposiciones convencionales.

4) “*La “sobreinterpretación” de la Constitución.* Toda Constitución, por extensa que sea no puede regular la totalidad de la vida social y política. Con esta condición se hace referencia a la tendencia en la cultura jurídica de *extender* la Constitución más allá de los límites de su texto estricto y proyectar su sentido interpretativo hacia las problemáticas que se le presentan a los Tribunales Constitucionales”⁵³.

En ese aspecto, como en ningún otro, se ve la necesidad de que las normas de derecho humano, tengan un efecto vinculante y operativo a través a su interpretación. Sin embargo, “las normas de derechos humanos, se encuentran vinculadas con bienes humanos susceptibles de actualización y evolución en función de las necesidades básicas del hombre, tal es la necesidad de que en la interpretación de las normas de derechos humanos, sean actualizadas, de tal manera que se logre *extender* su efecto vinculante a otras realidades, más allá de los límites de su texto estricto”⁵⁴.

La sobre interpretación convencional, reclama en el Estado de derecho contemporáneo, a una *Constitución intencional*; el sentido proyectante de los contenidos normativos de los derechos humanos, trasciende en el tiempo y el

⁵³ IBIDEM. Pp. 54.

⁵⁴ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Op Cit. Pp. 203.

espacio, para cuestionar al *derecho neutral*. “Los bienes humanos no son neutrales, exigen protección actual y efectiva a las nuevas necesidades de la humanidad y en ese sentido, la interpretación actualiza su contenido normativo dentro de las posibilidades hermenéuticas de las normas de derechos humanos: bien para adecuar su contenido a una *interpretación conforme* a la Constitución y a los tratados de derechos humanos; o bien para encontrar dentro de las posibles interpretaciones, aquella que beneficie en mayor medida al titular del derecho en atención del principio *pro persona*”⁵⁵.

5) “*La aplicación directa de las normas constitucionales*. Además de considerar que los preceptos constitucionales son verdaderas normas jurídicas, vinculantes para el legislador, que no pueden ser contravenidas y que cuentan con mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes; la función de la Constitución, también pretende *moldear* las relaciones sociales, para producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia”⁵⁶.

Los tratados de derechos humanos, son normas jurídicas vinculantes, indisponibles para el legislador constitucional y ordinario de los Estados, pudiendo accionar el mecanismo del control de la convencionalidad de los actos del poder público; en ese mismo sentido, la cultura de los derechos humanos de fuente internacional, también pretende *moldear* las relaciones sociales, de tal suerte que

⁵⁵ Flores Saldaña, Antonio. Op Cit. Pp. 59.

⁵⁶ Guastini, Riccardo. Op Cit. Pp. 55.

todas las autoridades y los particulares, puedan invocar en tribunales sin mayores requisitos, la violación directa a una disposición contenida en un tratado internacional.

6) “*La interpretación conforme de las leyes.* Otro signo claro de la constitucionalización de un ordenamiento consiste en que una determinada disposición legislativa es susceptible de diversas interpretaciones, pero sólo alguna es compatible con la Constitución, se debe optar por aquella *interpretación conforme* al texto constitucional”⁵⁷.

Como ya lo referimos con la sobre interpretación de la Convención, en este aspecto, la *interpretación conforme a los tratados de derechos humanos*, establece que dentro de las posibles interpretaciones de las normas que dicta un Estado nacional, se debe preferir aquella que sea compatible con la Convención.

7) “*La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.* Con esta condición, se hace referencia a una serie de factores que tienen en común la utilización de la Constitución como *armas políticas*; argumentos para la toma o justificación de decisiones políticas, o bien para la resolución de controversias de naturaleza más política que jurídica”⁵⁸.

⁵⁷ IBIDEM. Pp. 57.

⁵⁸ IBIDEM. Pp. 58.

En la actualidad cualquier acto de autoridad que vulnera los derechos humanos, tales como derechos de los pueblos indígenas, equidad de género, medidas para la no discriminación, etc., y cualquier otra política pública que implemente el gobierno, ya no está exenta de su recriminación social y política en caso de que sea vulnerada; en ocasiones la presión política y social en los medios de comunicación y redes sociales con motivo de una violación a los derechos humanos, es mayor; que los mecanismos de protección jurisdiccionales.

Esas realidades indisponibles que son los derechos humanos ya no sólo se protegen a la luz de la Constitución, sino que la globalización del derecho exige que el Estado de Derecho Constitucional se dirija hacia un derecho convencionalizado; normas constitucionales y normas internacionales, tienen un mismo objeto normativo en el sistema jurídico complejo en el derecho contemporáneo: la protección de los derechos humanos con independencia de la fuente nacional o internacional de la norma que lo contempla.

Todos estos fenómenos que expresan los neoconstitucionalistas antes mencionados, son producto de las consecuencias del proceso de *rematerialización* o *sustancialización* del derecho que ha supuesto la incorporación a las modernas constituciones de numerosos principios de una *ética hermenéutica*, y que se traducen en realidad indisponibles para el poder público en los derechos humanos.

Esto significa que el derecho habría asumido como propia la moral crítica, lo que viene a terminar con el postulado positivista de la separación de derecho y moral, para quedar en los derechos humanos principios de valor positivizados. En

ese sentido, Habermas advierte la naturaleza de la argumentación constitucional de los jueces, en la cual *“la moral ya no flota sobre el derecho, como todavía sugiere la construcción del derecho natural racional, como un conjunto suprapositivo de normas. Emigran al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo”*⁵⁹.

Bajo ese cariz se plantea una visión renovada de los derechos fundamentales en general, la Constitución se aplica de manera directa sin la necesidad de desarrollo legislativo; entendiéndose por ello, la necesidad de que las normas constitucionales bajen al nivel de las normas ordinarias para tener la eficacia jurídica que le corresponde. “El cambio de paradigma implica que los derechos fundamentales ya no sean concebidos como garantías programáticas, cuya implementación no puede ser inmediata, con lo cual se estaría postergando el cumplimiento de las normas constitucionales a un segundo momento: la concreción legislativa”⁶⁰.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO Y ORIGINARIO (CORTE IDH) Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO Y DERIVADO (ESTADOS NACIONALES)

⁵⁹ Habermas, Jürgen. ¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD VÍA LEGALIDAD?. En: ESCRITOS SOBRE MORALIDAD Y ETICIDAD. Editorial Paidós. Barcelona. 1998. Pp. 168.

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Civitas. Madrid. 2006. Pp. 69.

Atentos a lo anterior; es claro que el control de convencionalidad es una herramienta hermenéutica que se encuentra en construcción, la cual sigue un proceso homogéneo a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH y su diálogo jurisprudencial con las Cortes Constitucionales nacionales, que le dan sus impulsos consistentes, o bien, en el peor de los casos detienen su implementación óptima y eficaz.

Sin embargo, no hay que olvidar que *el control de convencionalidad también busca el respeto de la supremacía de la Constitución*, en tanto que la misma norma fundamental establece la obligatoriedad de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, que ya forman parte del ordenamiento jurídico interno.

“En el sistema americano al constatarse dichas violaciones por la Corte IDH, se confirma la implementación del *control concentrado y originario de convencionalidad*, mediante un *examen de confrontación normativa entre el derecho interno con el tratado internacional en un caso concreto*, para lo cual, y de ser procedente, dicte una sentencia que condene al Estado responsable; dando lugar a la obligación del Estado condenado a que derogue la norma interna, o bien expida una norma o acto que proteja los derechos vulnerados”⁶¹.

En la jurisdicción interna, los jueces tienen el deber de llevar a cabo dicho control de convencionalidad de un caso particular, que irá aplicando la norma interna y a la vez aplicando la CADH para proteger los derechos humanos. El

⁶¹ Flores Saldaña, Antonio. Op Cit. Pp. 67.

control difuso se acciona, cada vez que aplica la citada Convención; esto es, una comparativa entre la CADH y las normas internas que vulneran el marco internacional en materia de derechos humanos.

El control de convencionalidad necesariamente presupone un parámetro de regularidad. Ese parámetro se traduce en el *bloque de constitucionalidad-convencionalidad* en el ordenamiento jurídico supremo de un Estado, que procura el respeto y protección de los derechos de la persona humana, a través de la confrontación normativa entre Constitución y tratados internacionales; para advertir la norma que mejor protege a la persona y menos restringe los derechos humanos. El control de convencionalidad, busca la plena realización de la persona humana, como sujeto directo susceptible de protección por parte del poder público, en el marco del derecho internacional de la protección de los derechos humanos.

Por tanto, la importancia del reconocimiento de la especificidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no es menor. Puesto que los demás tratados que no tiene por finalidad y proteger los derechos fundamentales de las personas y por ende su operatividad directa e interpretación, estarían en una grada inferior en cuanto a su vinculatoriedad, es decir, fuera del bloque de constitucionalidad. La especificidad de los tratados de derechos humanos, implican la adopción de diversos mecanismos de protección desde el ordenamiento fundamental de los Estados nacionales, para la adecuada concreción de los contenidos iusfundamentales que se desprenden de dichos

instrumentos; medidas que van ligadas al control de convencionalidad en dos rubros:

1) “*En sede nacional*. El control que los jueces nacionales deben aplicar en su aspecto “difuso”, en una *competencia derivada* en cuanto a su obligación de implementar medidas en el derecho interno para la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En ese sentido no quiere decir que a su vez los tribunales constitucionales, no tengan un control concentrado cuando inaplican leyes o declaran inconvencionales leyes o actos del ámbito interno”⁶².

El aspecto *difuso* es en el sentido de que, si bien los jueces nacionales actúan como jueces interamericanos al momento de aplicar los tratados de derechos humanos en el ámbito interno, lo hacen desde una función derivada de la obligatoriedad del tratado; pero el último intérprete de los tratados internacionales de derechos humanos, son las cortes internacionales, con la Corte IDH; y:

2) “*En sede internacional*. El control que realizan las Cortes Internacionales de Derechos humanos cuando aplican el control de convencionalidad *concentrado*, lo hacen desde una *competencia originaria*. Tal es el caso de la Corte IDH, como el supremo guardián y último intérprete de la CADH; cuando aplica dicha convención, así como cuando establece jurisprudencia interpretando

⁶² IBIDEM. Pp. 69

los contenidos normativos de los derechos humanos de dicha Convención, en las causas que se le presentan ante su jurisdicción, se ejerce de manera originaria el control de convencionalidad. A tal grado puede llegar dicho control de convencionalidad originario y concentrado, que la Corte IDH, puede declarar inconvencionales disposiciones contenidas en las mismas constituciones de los Estados nacionales”⁶³.

La Corte IDH ejerce su facultad connatural de custodiar la obligatoriedad y fuerza coercitiva de la norma convencional, que supedita a todas las Constituciones nacionales y demás normas internas, a la norma supranacional por antonomasia, para su vinculación normativa efectiva. Sin embargo, los jueces nacionales actúan como *jueces interamericanos*, cuando aplican en el régimen interior; la CADH y los demás tratados de derecho humanos, en la función *del control difuso y ex officio de la convencionalidad de los actos y leyes en el ámbito interno*.

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

El control de convencionalidad desde su nacimiento ha experimentado diversos obstáculos que han impedido en ocasiones lograr el pleno respeto al derecho internacional de los derechos humanos por parte de las jurisdicciones nacionales; sin duda el tema que por antonomasia nos ocupa en el centro del

⁶³ IBIDEM. Pp. 70.

debate es la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno, concretamente la Constitución y su relación con los tratados internacionales de derechos humanos. Pues, derivado de los conflictos que en dichos ámbitos se originen y dependiendo de cuál de esos ámbitos tenga primacía sobre el otro, se advertirá la forma en la cual, se van a proteger los derechos humanos contemplados en las constituciones de cada Estado.

Por otra parte, cabe señalar la manera precisa en la cual se va a realizar el reconocimiento extensivo y proteccionista de los derechos humanos en los instrumentos de carácter internacional, en lo particular la CADH. Dicho cumplimiento, “deberá realizarse mediante una función del control concentrado y que de manera originaria lleva a cabo la Corte IDH a través de su interpretación convencional en cada caso que resuelve, misma que se encuentra manifestada en la jurisprudencia que emite”⁶⁴.

Ahora bien, por lo que respecta a los jueces de cada Estado americano, dependiendo de la interpretación que en cada caso resuelva, tiene dos principales opciones para aplicar el control difuso de convencionalidad: a) aplicando directamente la CADH en confrontación normativa con la Constitución y leyes internas de los estados; o bien b) si se advierte la existencia de un precedente de la Corte IDH, relacionado con la interpretación del derecho humano, es menester atender a dicho criterio.

⁶⁴ González Campos, J. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS. Editorial Tecnos. Madrid. 1966. Pp. 249.

La Corte IDH ha condensado una jurisprudencia especializada en materia de protección de los derechos humanos en control de convencionalidad, desde el cual ha logrado uniformar los criterios internos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos hacia las Cortes constitucionales nacionales.

“El problema que ofrecen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, se centra en la determinación de la jerarquía entre ambos ordenamientos jurídicos; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado”⁶⁵.

1) *Conflictos internacionales entre tratados y normas internas*. En un primer caso, cuando el conflicto entre una norma de derecho internacional y otra de derecho interno se produzca dentro del ámbito internacional. Esto es, cuando se plantea ante un Tribunal Internacional, la preeminencia de la norma de derecho internacional es admitida sin discusión alguna.

Por ello mismo es que ningún Estado puede invocar en sus relaciones internacionales las disposiciones de su derecho interno, ni aún las de su derecho constitucional, para dejar de cumplir las obligaciones impuestas por el derecho internacional.

⁶⁵ Rey Cantor, Ernesto. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DERECHOS HUMANOS. Editorial Porrúa. México. 2008. Pp. 61.

“Por ejemplo, cuando la Corte IDH conoce algún caso en razón de su competencia, no aplica la Constitución Política de un Estado para resolver un caso en su contra, porque se convertiría en un Tribunal Constitucional, ejerciendo una jurisdicción constitucional, para lo cual no fue creada. En ese entendido, la jerarquía entre el derecho internacional y el derecho interno constituye el punto de partida para la interpretación de las normas de derecho internacional de protección de los derechos humanos”⁶⁶.

Por lo tanto, *en el ámbito internacional, se resuelve el conflicto con la prevalencia de la norma internacional, puesto que ningún Estado puede invocar el derecho interno para incumplir con sus obligaciones en las relaciones internacionales*; una Corte Internacional de derechos humanos no puede aplicar la Constitución del Estado nacional para resolver un caso en su contra, porque se volvería un Tribunal Constitucional, ejerciendo jurisdicción que no le corresponde. La función de la Corte Internacional, se desnaturalizaría, pues es en esencia una jurisdicción complementaria y subsidiaria de la justicia constitucional nacional. Es decir, una jurisdicción convencional de carácter concentrada y originaria para aplicar el tratado internacional de derechos humanos, con fundamento en el cual fue creado dicha Corte Internacional para su aplicación y observancia.

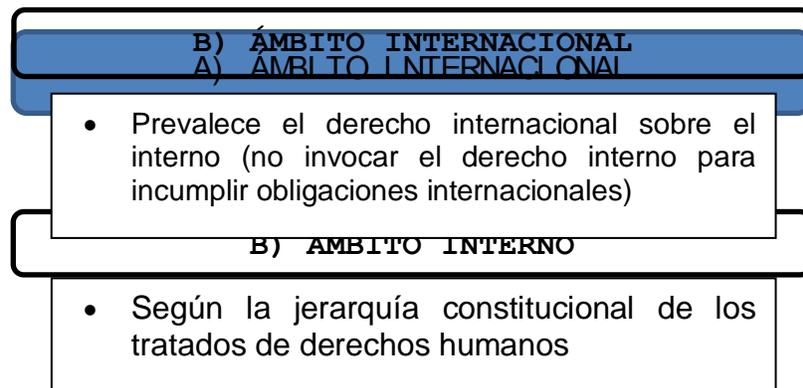
2) *Conflictos nacionales entre los tratados internacionales y el derecho interno*. El verdadero problema surge cuando hablamos del control de convencionalidad; los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno,

⁶⁶ IBIDEM. Pp. 67.

deben ser resueltos por el sistema jurídico de un Estado, de tal suerte que lo compatibilice con las obligaciones contraídas por los tratados internacionales de derechos humanos.

En efecto, en el ámbito interno se dan diversas soluciones que tienen relación directa con la jerarquía que ocupan los tratados en el ámbito del derecho interno, básicamente si se encuentran por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango de la Constitución, o por encima o en el mismo rango que las leyes federales.

En el siguiente esquema ejemplificamos, en primer término, las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Es decir, primero es necesario plantear; si el asunto debe ser resuelto dentro del ámbito internacional, o dentro del ámbito interno de un Estado. A este respecto, el control de convencionalidad se sitúa en la segunda opción, pues las normas de derecho internacional de los derechos humanos, tiene aplicación práctica y operativa en el régimen interior de un Estado, en la medida en la cual la Constitución le reconoce determinado nivel jerárquico en el sistema jurídico nacional.



En ese sentido se pueden dar diversas opciones, en cuanto a la jerarquía normativa que el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra con respecto a la Constitución, la cual le confiere una determinada *clausula normativa*. Es decir, “no puede existir una Constitución en la doctrina contemporánea, que no tome una posición de jerarquía, respecto del ámbito normativo interno, en el cual tendrán aplicación operativa las normas internacionales que contienen derechos humanos; lo cual no quiere decir que la Constitución, siempre se encuentre a un nivel jerárquico superior de los tratados de derechos humanos, sino que en ocasiones se encuentran al mismo nivel, o incluso, sobre la Constitución.”⁶⁷.

5. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNO

“La complicación deviene, cuando de esa jerarquía que haya adoptado el Estado nacional, con respecto a los derechos humanos de fuente internacional; establezca restricciones, delimitaciones, requisitos, valoraciones previas, cualquier tipo de medida o *pasavante*, que a la luz del derecho interno, de la Constitución del Estado nacional o de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, impida que no sean aplicables de manera directa los tratados internacionales de derecho humanos (*self executing*)”⁶⁸.

⁶⁷ Ayala Corao, Carlos. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS RELATIVOS A DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México. 2003. Pp. 43.

⁶⁸ Flores Saldaña, Antonio. Op Cit. Pp. 255.

Por lo anterior, resulta fundamental advertir una serie de modelos de jerarquía normativa, para apreciar las opciones que el derecho internacional de los derechos humanos puede tener con respecto de la Constitución nacional; lo anterior, para efecto de determinar, a qué nivel jerárquico se encuentran los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema jurídico de un Estado, con la finalidad de advertir el tipo de aplicación que encontrará cauce en el ámbito interno, las disposiciones internacionales de derechos humanos.

Veamos las opciones normativas que tienen los Estados, para reconocer los tratados de derechos humanos en el ámbito interno.

- a) *“Valor supraconstitucional del derecho internacional.* En esta opción, la jerarquía superior a la Constitución en el que se encuentran los tratados internacionales, se acredita desde el momento que ocurre un conflicto normativo y por tanto prevalece aún respecto de la Constitución del propio Estado, los tratados internacionales en materia de los derechos humanos.

- b) *Valor constitucional del derecho internacional.* El valor de jerarquía constitucional, que tiene el derecho internacional de los derechos humanos, se aprecia desde un plano de igualdad. Es decir, los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución,

dando lugar a lo que hemos venido señalando, forman un bloque integrado, unificado y armónico de constitucionalidad-convencionalidad.

En esta clasificación se da en México, Argentina y Colombia.

c) *Valor legal del derecho internacional.* En esta vertiente se encuentran las constituciones, que le reconocen a los tratados, el rango de leyes federales o bien leyes ordinarias. Es decir, la jerarquía normativa de valor legal del derecho internacional, asigna a los tratados el mismo nivel jerárquico de las leyes internas con los Estados. Los Estados Unidos de América, es el ejemplo más claro en el cual los tratados internacionales tienen rango de leyes federales.

d) *Valor supralegal del derecho internacional.* El sistema normativo que le otorga un valor superior a los tratados internacionales, con respecto a las leyes internas de un Estado, se dice que ese derecho internacional tiene un valor *supralegal*. Es decir, el sistema jurídico en el cual, las normas de derecho internacional tienen un valor superior a las normas de derecho interno. En esta clasificación se encuentra Guatemala, España, Alemania y Francia”⁶⁹.

⁶⁹ IBIDEM. Pp. 256-257.

A continuación se presentan los ejemplos antes señalados, mismos que reflejan la jerarquía normativa que la Constitución les otorga a los tratados internacionales de derechos humanos.

Jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en relación con la Constitución y las leyes:

1. **Supraconstitucional:** tratados por encima de la Constitución (Países Bajos).
2. **Constitucional:** tratados y Constitución del mismo nivel (México, Argentina, Colombia).
3. **Legal:** tratados al mismo rango de las leyes internas (Estados Unidos).
4. **Supralegal:** tratados superiores a las leyes internas (Alemania, Francia, España, antes México).

De las diversas opciones normativas del derecho internacional con respecto al ordenamiento jurídico interno de un Estado (Constitución y leyes internas), se advierte con claridad la necesidad de que la operatividad inmediata de los tratados humanos sea efectiva. Esa necesidad se traduce en "la posibilidad de aplicar sus disposiciones, directamente en el derecho interno, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo previo, la autorización de alguna autoridad administrativa o jurisdiccional; lo cual equivale a negar el carácter de normas operativas a los tratados internacionales de derechos humanos, y por ende, afirmar la necesidad

llevar a cabo la homologación, por los poderes del Estado para que dichas normas internacionales puedan aplicarse”⁷⁰.

Sin embargo puede existir otro tipo de jerarquía normativa como los casos de Guatemala, España, Alemania y Francia, en el cual se traduzca un adecuado funcionamiento en el respeto y promoción de las prerrogativas fundamentales sin que la Constitución les reconozca el mismo nivel jerárquico.

Es decir el paradigma de la Constitución, debe replicarse en el ámbito del derecho interno de los Estados, como el *paradigma de la convencionalidad de los derechos humanos* pues las normas contenidas en la Constitución, pueden y deben ser aplicadas de manera directa e inmediata por el juez y por la administración gubernamental, sin necesidad de exigir su desarrollo legislativo o la autorización administrativa o jurisdiccional. En ese mismo sentido, “las disposiciones internacionales de derechos humanos, deben participar de esa misma operatividad: la operatividad en el régimen interior de un Estado parte de la CADH y los demás tratados relativos en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos”⁷¹.

En los ordenamientos contemporáneos se advierte la tendencia creciente para otorgar a las normas fundamentales que regulan los derechos humanos ese carácter: las normas internacionales sobre derecho humanos, se transforman en

⁷⁰ Ayala Corao, Carlos. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS RELATIVOS A DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS. Op Cit. Pp. 30.

⁷¹ Cancado Trindade, Antonio A. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA ESPECIFICIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. Editorial Jurídica de las Américas. México. 2008. Pp. 38.

disposiciones operativas o *auto-ejecutivas* con rango constitucional, incrementando así los preceptos que reconocen el carácter auto aplicativo (*self executing*), en el ámbito interno de las normas de los tratados internacionales de los derechos humanos.

El intérprete de la norma constitucional ya no sólo debe estar atento al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino además al contenido de los nuevos tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional relativa a su evolución interpretativa. Con lo cual se plantea una dinámica necesaria para interpretar la Constitución, teniendo en cuenta los estándares emanados de los instrumentos internacionales, y de su jurisprudencia, en atención al principio de derecho internacional sobre *la progresividad de los derechos humanos*, que posee actualmente también rango constitucional.

6. LOS CÁNONES HERMENÉUTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La interpretación de los tratados de derechos humanos está determinada por directivas interpretativas cuyo objeto y fin es la protección de los derechos inherentes a la persona humana; a las cuales, los Estados parte en la CADH, se han comprometido y responsabilizado, para garantizar el buen ejercicio del gobierno, de forma democrática y representativa. En ese contexto, la jurisprudencia de la Corte IDH, ha utilizado el artículo 29 de la Convención en diversos sentidos:

- 1) Como normas de interpretación, para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención; el inciso a) para delimitar el alcance de las restricciones a las garantías establecidas en la Convención; el literal b) para interpretar las garantías de la Convención a la luz de estándares establecidos en otros instrumentos internacionales y en normas de derecho interno; y finalmente c) para interpretar los derechos convencionales a la luz de los derechos que derivan de la forma democrática representativa de gobierno, así como la expansión de los derechos a la luz de la dignidad de la persona humana.
- 2) De igual forma el citado artículo 29, ha sido utilizado para fijar criterios de interpretación, tales como el principio de *interpretación evolutiva* de los tratados de derechos humanos, que es *consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas* en dicho artículo. En ese mismo sentido, se ha desarrollado el principio de *aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos* como derivado del artículo 29, inciso b) y la prohibición de privar a los derechos de su *contenido esencial* como derivado del artículo 20, inciso a).
- 3) La Corte IDH, ha utilizado el artículo 29 para determinar el alcance de su competencia consultiva, para lo cual ha señalado que de conformidad con su inciso d), al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre.

En otro precedente, la Corte IDH ha señalado que no obstante que el texto de una norma sobre derechos humanos aparezca literalmente claro, es necesario analizarlo aplicando otros métodos interpretativos, de manera que, el *sentido corriente* de los términos no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado, de forma que la interpretación de manera alguna debilite el sistema de protección consagrado en la Convención, lo que puede propiciarse a través de la aplicación de diversos métodos de interpretación de los derechos humanos:

- a) *“Interpretación sistemática*, según la cual, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico a que pertenecen;
- b) *Interpretación teleológica*, que busca analizar el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado y, de ser necesario, examinar los propósitos del sistema regional de protección;
- c) *Principio de efecto útil (effet utile)*, que precisa tener presente la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo objetivo tiene que ver con la creación de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción; además de que estos tratados se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva;

- d) *Trabajos preparatorios* de las normas sobre derechos humanos, aunque solo en forma subsidiaria ante la insuficiencia de los métodos interpretativos anteriores⁷².

La Corte IDH ha señalado de manera específica en cuanto al principio *pro persona*, como principio de interpretación de la norma favorable a la persona humana; en lo particular; en lo que refiere al artículo 29, en su inciso b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos; el principio de mérito, no es otra cosa más que la *directiva hermenéutica* de que la Convención debe ser interpretada, de tal suerte que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, es decir; si en un caso son aplicables dos normas distintas, *debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*.

CAPÍTULO III

⁷² Flores Saldaña, Antonio. Op Cit. Pp. 271-272.

EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EJERCIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

El control de convencionalidad es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El denominado *control de convencionalidad*, tiene una clara inspiración en la institución del *control de constitucionalidad* ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de *control internacional*. En la actualidad vemos que ya no basta con la mera incorporación formal de los tratados internacionales de derechos humanos, sino que para dar cumplimiento a sus imperativos se requiere de un esfuerzo interpretativo mayor por parte de las jurisdicciones nacionales, que incorpore el desarrollo de estándares a nivel internacional.

De ahí que sea relevante plantear la pregunta *¿cuál es el alcance de la institución del control de convencionalidad a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?*. “El control de convencionalidad es la *concreción jurisdiccional de la obligación de garantía* de los derechos humanos en el ámbito

interno. Su particularidad es que marca un fuerte punto de convergencia entre los sistemas de protección nacional e internacional”⁷³.

Se está aquí ante una institución que la Corte ha tenido que desarrollar no porque esté aportando una nueva obligación a las ya existentes, sino que surge del déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al sistema de protección de los derechos humanos. Esto es especialmente evidente en los casos que llegan ante la Corte IDH donde el problema se produce porque las autoridades locales, principalmente del poder judicial, no aplican las obligaciones contraídas por el Estado e incorporadas a la legislación nacional. Es decir, estamos ante una institución que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad.

1. EL CONTEXTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Durante estos últimos años en la región latinoamericana hemos sido testigos del desarrollo de una creciente interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el derecho interno de los Estados. Esta relación se manifiesta, por un lado, en la incorporación formal (de tratados internacionales) y sustantiva (de estándares) del derecho internacional al derecho interno, y a su vez existe una integración de estándares desde los sistemas

⁷³ Nash Rojas. Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PRECISIONES CONCEPTUALES Y DESAFÍOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX. Bogotá. 2013. Pp. 490.

nacionales hacia el sistema internacional, como por ejemplo, en la influencia que tiene el derecho interno en dar contenido y alcance a los derechos consagrados internacionalmente. De esta forma, se vive un proceso de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho nacional que implica que los sistemas de protección de derechos fundamentales, están vinculados de forma tal que constituyen un solo cuerpo jurídico de garantía y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción (que es un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos).

Un ejemplo de esta interacción, es el control de convencionalidad, que se constituye como “un punto de convergencia que permite el diálogo jurisprudencial a la luz de las experiencias nacionales e influye en generar una articulación y estándares en materia de protección de los derechos humanos”⁷⁴.

2. DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad, puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el ámbito internacional.

En la esfera internacional, es la Corte IDH quien ejercer el control de convencionalidad propiamente como tal, esto es, “un control que permite la

⁷⁴ Albanese, Susana (coordinadora). EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Editorial Ediar. Argentina. 2008. Pp. 35

expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento”⁷⁵. Aquí es relevante destacar que esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas a la CADH como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH.

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. Sin embargo, “las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno”⁷⁶.

Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH. Teniendo claro esto, se puede afirmar que “los que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Derecho es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente, sea por vía de preferencia de la norma

⁷⁵ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 392.

⁷⁶ García Ramírez, Sergio. EL CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2011. Pp. 53.

internacional, mediante un ejercicio hermenéutico o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno”⁷⁷.

Considerando los dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, se puede sostener que esta es una institución que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realiza la Corte IDH y todos los agentes estatales, de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y de efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

3. LOS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento. “La mención a estos elementos es esencial para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional”⁷⁸.

⁷⁷ Herrerías, Ignacio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS. Ubijus Editorial. México. 2011. Pp. 78.

⁷⁸ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 394.

En ese sentido, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH.

El artículo 1.1 de la Convención dispone: “Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El artículo 2 dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo en sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Por su parte, el artículo 29 establece: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados

Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

De la lectura integrada de dichos artículos se interpreta que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados y que éstos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, protección y promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como “la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no sólo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia”⁷⁹.

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.1 y 2). Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se reconocen en la CADH. Es decir, “el Estado está obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y

⁷⁹ García Ramírez, Sergio. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA. UNAM. México. 2002. Pp. 41.

ejercicio de los derechos consagrados en la Convención. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado”⁸⁰.

Asimismo, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens: pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público, debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.

Emana también de los principios del derecho internacional público, el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, “la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la Convención, incluye la de adecuar la normativa no convencional existente”⁸¹.

⁸⁰ IBIDEM. Pp. 47.

⁸¹ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 495.

El hecho de que el fundamento de la institución del control de convencionalidad se basa tanto en normas convencionales como en principios del derecho internacional público, otorga un poderoso respaldo jurídico que permite salvar las objeciones que se pueden plantear en torno a la posible restricción a la soberanía de los Estados que supondría la obligación de realizar un control de convencionalidad.

4. EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto *control de convencionalidad*. Analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta institución.

Fue el Magistrado Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* quien por primera vez hizo alusión al control de convencionalidad. En su voto razonado, este Magistrado pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, el analizar el funcionamiento del Estado en su conjunto y que en este análisis la Corte IDH realice un control de convencionalidad de las actuaciones del Estado: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que

señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad”, que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁸².

A continuación, se realiza una breve referencia a la evolución del control de convencionalidad en la Corte IDH:

En sus inicios, es en la jurisprudencia de la Corte IDH donde se delinearon los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad. En estos inicios, se señala que el poder judicial debe realizar una *especie* de control de convencionalidad, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta institución de aquel ejercicio propio del derecho constitucional.

Asimismo, se ha indicado que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión debatida: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en

⁸² Corte IDH: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. 25 de noviembre de 2003. Párrafo 27.

el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁸³.

En síntesis, los elementos centrales del control de convencionalidad serían los siguientes:

- a) “Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- b) Este es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las

⁸³ Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 26 de septiembre de 2006. Párrafo 124.

obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado.

- d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH⁸⁴.

En una segunda ola o segunda fase, la Corte IDH estableció que el control de convencionalidad debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local y aclara que éste se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de la magistratura. Esta aproximación de la Corte IDH, es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente de las instituciones.

La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también *de convencionalidad* ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta

⁸⁴ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 496.

función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁸⁵.

Habiendo llegado a este punto en el análisis del control de convencionalidad por la Corte IDH, esta señala que este control compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencia de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para realizar el control, permite la inclusión de los Tribunales Constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe realizar este control con independencia de las características particulares de la organización de sus funciones.

Es importante aclarar que este control difuso no puede imponerse por la Corte IDH: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se

⁸⁵ Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú. 24 de noviembre de 2006. Párrafo 128.

vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un *control de convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁸⁶.

Asimismo, en esta sentencia se clarifica cualquier duda que pudiera surgir sobre la naturaleza de esta institución y los alcances propiamente interpretativos del control de convencionalidad: “*De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso y que aplican para toda violación de derechos humanos que se alegue hayan cometido miembros de las fuerzas armadas. Ello implica que, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar, en base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de*

⁸⁶ Corte IDH: Caso Cabrera García y Montel Flores vs. México. 26 de noviembre de 2010. Párrafo 225.

*oficio el conocimiento de los hechos por el juez natural, es decir el fuero penal ordinario*⁸⁷.

Por último, en jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública. Es decir, se amplía el espectro desde el poder judicial a todos los órganos públicos.

A propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH: *“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de los “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*”⁸⁸.

⁸⁷ IBIDEM. Párrafo 233.

⁸⁸ Corte IDH: Caso Gelman vs. Uruguay. 24 de febrero de 2011. Párrafo 239.

5. EXTENSIÓN Y SUSTANCIA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Una vez analizada la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al control de convencionalidad, es importante resolver algunas cuestiones relativas a la extensión y a la sustancia de esta institución, así como su forma de implementación:

- 1) “El desarrollo de las interacciones a que se ha hecho referencia, tiene como base una interpretación de los estándares interamericanos sobre derechos humanos desde una mirada normativa y no meramente programática. Por tanto, todo agente del Estado para el cumplimiento de sus labores deberá tomar en consideración las normas y jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos”⁸⁹.

Lo que pide la Corte es que al momento de resolver un caso o tomar cualquier decisión estatal lo que debe hacerse es determinar los hechos relevantes sobre los cuales debe tomarse una cierta decisión; luego, analizar el sistema normativo a utilizar y es aquí donde tiene un primer impacto del control de convencionalidad ya que se amplía o robustece el sistema normativo aplicable pues no solo queda limitado a las normas de origen interno (constitucionales,

⁸⁹ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 499.

legales y reglamentarias) sino que también aquellas de origen internacional que han sido recepcionadas internamente como el caso de la Convención ADH.

Finalmente, lo que procede es hacer un ejercicio interpretativo para aplicar dichas normas a la situación concreta y en dicha interpretación se debe tener en consideración el contenido y alcance que la jurisprudencia de la Corte IDH ha dado a las normas convencionales (tanto obligaciones generales como derechos específicos).

- 2) “El control de convencionalidad incorpora en el análisis de la adecuación de la normativa y actos del Estado a la CADH, también la interpretación que ha realizado la Corte IDH de las normas de la Convención. Para el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales del Estado el rol de la jurisprudencia interamericana es determinante, puesto que las pautas interpretativas que emana de dicha jurisprudencia, son la guía que podrán utilizar los agentes del Estado para cumplir con sus funciones. Asimismo, permite un diálogo jurisprudencial (entre la jurisdicción internacional e interna) que enriquece los estándares de protección de los derechos fundamentales”⁹⁰.

En este sentido, el control de convencionalidad permite que la regulación interamericana sobre derechos humanos sea un complemento eficaz de la

⁹⁰ IBIDEM. Pp. 501.

legislación interna del Estado. En efecto, en los sistemas normativos relativos a derechos humanos pueden existir lagunas y antinomias. Las lagunas pueden ser absolutas y relativas; las primeras serían aquellos casos en que el sistema interno no contempla un cierto derecho que sí se contempla en el ámbito interamericano; las relativas, serían aquellos casos en que exista una cierta norma, pero está planteada en términos incompletos y esto impide su aplicación en la realidad. Las antinomias hacen referencia a las contradicciones entre las normas internas y los compromisos internacionales del Estado.

Mediante las normas y jurisprudencia interamericana se pueden superar las lagunas absolutas, incorporando al ordenamiento normas que están reguladas en la CADH. También se superan lagunas relativas, dando concreción a las normas redactadas como principios generales que requieren aplicación concreta, tanto recurriendo a las normas interamericanas como a la jurisprudencia de la Corte IDH. Asimismo, “las normas y la jurisprudencia interamericana incorporadas al sistema normativo interno permiten tener una base normativa para aplicar dichas normas y no las internas que se encuentran en contradicción con la normativa internacional, sin apartarse de la obligación que tienen las autoridades nacionales de aplicar las normas jurídicas vigentes en el Estado”⁹¹.

De esta forma, la institución del control de convencionalidad aclara que en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer un ejercicio

⁹¹ Mora Restrepo, Gabriel. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRARIEDAD DE LOS JUECES. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. Editorial Marcial Pons. Buenos Aires. 2009. Pp. 88.

hermenéutico en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos.

- 3) “El control de convencionalidad debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública. La oficialidad del control implica que además de la petición de parte, los jueces deben realizar el control de convencionalidad por iniciativa propia. Esto es de suma importancia para dar pleno cumplimiento a las obligaciones internacionales, sin embargo, esta oficialidad siempre debe concordarse con las capacidades procesales que tenga cada juez en el ámbito de sus competencias. No podrían excusarse las autoridades en el hecho que no ha existido una solicitud explícita de realizar dicho ejercicio de compatibilidad.

- 4) El control se realiza dentro del ámbito de competencias y regulaciones procesales de la autoridad pública. En esto la Corte IDH ha sido prudente y ha señalado que no es posible imponer desde el control internacional un tipo particular de control de derechos humanos en el ámbito interno. Lo que sí es claro es que la elección del Estado en este sentido no es discrecional, sino que el diseño institucional por el que opte debe permitir cumplir con las obligaciones internacionales del Estado y dar efectividad a los derechos en el ámbito interno. El resultado de esta libertad de diseño institucional es que

el Estado no puede excusar un incumplimiento de sus obligaciones internacionales en la normativa interna”⁹².

Tras el análisis contextual, conceptual y jurisprudencial del control de convencionalidad, se pone de relieve algunas cuestiones que parecen fundamentales para entender la relevancia del control de convencionalidad.

En primer lugar, hay que reafirmar la importancia de que todo el análisis del control de convencionalidad es una pieza clave para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional. Esto se realiza mediante la incorporación de estándares, aplicación directa de normas internacionales y análisis de la compatibilidad de las normas internas con la CADH por parte de los órganos públicos llamados a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales, principalmente, aunque no exclusivamente, en la labor jurisdiccional. Este ejercicio se basa en la consideración de que el control de convencionalidad si tiene un sustrato jurídico que se encuentra en la conjugación normativa de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH y en los principios del derecho internacional público.

Es necesario poner de relieve la importancia de la obligación de garantía como pilar fundamental en el actuar del Estado y aquí es donde el control de convencionalidad es clave para asegurar que se dé pleno y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención en conformidad a los estándares

⁹² Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 501-502.

internacionales. En este sentido, “el control de convencionalidad no viene a ser una obligación nueva sino más bien la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados. En este contexto, es claro que el control de convencionalidad se implementa en cada Estado conforme a su regulación interna, sin que la Corte IDH imponga un determinado sistema de control de constitucionalidad”⁹³.

Cuando el control de convencionalidad se perfila como un instrumento relevante para la protección de los derechos fundamentales y legítima al actuar del Estado, el diálogo jurisprudencial se constituye en herramienta fundamental a la hora de desarrollar estándares comunes que tiendan a la efectividad del sistema.

⁹³ IBIDEM. Pp. 507.

CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. PRINCIPIOS DETERMINADOS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de derechos humanos tomó una serie de iniciativas importantes en pro de la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. En particular, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos significó un importante motor e impulso a la jurisprudencia de la Corte. En concreto, según Rodríguez-Piñero, la “*principal interacción entre la Corte y la Comisión (en materia indígena) se da en el contexto del procedimiento de peticiones individuales o procedimiento contencioso*”⁹⁴.

A continuación se realiza una exposición sucinta de alguna jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas:

1.1 SOBRE EL DERECHO A LA TIERRA

⁹⁴ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Op Cit. Pp. 59.

a) La relación de los pueblos indígenas con la tierra

Los pueblos indígenas han encontrado en la propiedad (derecho liberal por excelencia), la vía más importante para resguardar una serie de derechos tradicionales.

El artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece lo siguiente: “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

La relevancia de este artículo en torno a las reivindicaciones de los pueblos indígenas es indudable en la medida que, justamente, una de las principales reivindicaciones de dichos pueblos es aquella relativa al derecho a sus tierras tradicionales. Ello se debe al hecho de que, “para la mayoría de los pueblos indígenas en el mundo, la tierra cumple un doble rol: además de constituir el sustento económico de los pueblos, la tierra constituye también el espacio

histórico, físico y espiritual con el cual determinado grupo construye su identidad y sobre el cual basa su propia existencia”⁹⁵.

Son estas consideraciones las que han llevado a la Corte IDH a adoptar Una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana, que se extiende más allá de la interpretación tradicional e individualista de derecho a la propiedad para incluir concepciones y particularidades propias de los pueblos indígenas y su relación especial con sus tierras tradicionales.

De esta forma, la Corte estableció en el caso *Awás Tingni*: “Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de 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, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”⁹⁶.

Un primer elemento que se puede identificar de la jurisprudencia arrojada por la Corte en esta interpretación evolutiva del derecho a la propiedad gira en torno a la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras, lo que ha

⁹⁵ Stavenhagen, Rodolfo. . LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS. Op Cit. Pp. 101.

⁹⁶ Corte IDH: Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awás Tigni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Párrafo 148.

llevado a la Corte a establecer como estándar el deber de los Estados de reconocer y garantizar aquella relación intrínseca. Esta necesidad se torna más urgente ante la verificación de que, históricamente, los gobiernos y las elites políticas, económicas y sociales han negado esta relación, tanto en etapas coloniales como en la actualidad.

Ejemplo de ello han sido los conflictos surgidos en torno a la reivindicación de tierras de las comunidades Sawhoyamaxa y Yakye Axa del pueblo Enxet-Lengua en Paraguay, las cuales fueron vendidas a capitales ingleses a fines del siglo XIX a través de la bolsa de valores de Londres, y adquiridas por empresarios británicos. Ante la negativa de los actuales “dueños” de vender dichas tierras al Estado (para efectos de la adjudicación a las comunidades indígenas) frente a propuestas de expropiación (y justa indemnización), el Estado paraguayo simplemente abandonó aquellos reclamos de las comunidades.

En otras palabras, salta a la vista la inacción del Estado frente a la negativa de las compañías de vender aquellos territorios, y se pone de manifiesto la debilidad de dicho Estado frente a las presiones de grandes bloques empresariales.

La relación intrínseca entre los pueblos indígenas y sus tierras ha sido recogida en los instrumentos internacionales sobre la materia.

En este sentido, el Convenio 169 de la OIT establece, en su artículo 13 inciso 1, que: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte de Convenio, los

gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece, en su 7º párrafo, lo siguiente: *“Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”*.

A su vez, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala, en el punto 4 de su Preámbulo: *“Reconociendo la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras, territorios y recursos [y] reconociendo que para los pueblos indígenas sus formas tradicionales colectivas de propiedad y uso de sus tierras, territorios, aguas y zonas costeras, son condición necesaria para su supervivencia, organización social, desarrollo, espiritualidad, bienestar individual y colectivo”*.

En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo XXIV de dicho Proyecto de Declaración precisa que: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios*

y recursos, y [el deber] de asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras”.

Esta declaración intrínseca ha sido recogida por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Así, en el caso *Awás Tingni*, la Corte estableció que: “La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe 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”⁹⁷.

De modo similar, en el caso *Yakye Axa*, la Corte precisó que: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁹⁸.

⁹⁷ IBIDEM. Párrafo 149.

⁹⁸ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 17 de junio de 2005. Párrafo 135.

La relación especial que guardan los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales va más allá de un mero aspecto económico y se traduce en elementos relacionados con la propia identidad de dichos grupos, y, finalmente, con su propia supervivencia. Tal como precisa Ruíz Chiriboga, el artículo 21 de la Convención Americana: “Comprende el derecho de éstos [los pueblos indígenas] al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla”⁹⁹.

Cabe precisar que la relación particular entre los pueblos indígenas y las tierras puede también presentarse en otro supuesto. En efecto, y tal como señala Rodríguez-Piñero, “una de las consecuencias de vínculo social y cultural reconocido por la jurisprudencia de la Corte entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales es el reconocimiento de derechos de propiedad comunal a grupos que, en sentido estricto, no se consideran indígenas”¹⁰⁰.

Este es el caso, por ejemplo, de la comunidad *moiwana*, perteneciente al pueblo *N'djuka*, uno de los grupos *marron*, y del pueblo *Saramaka* (otro de los grupos pertenecientes al pueblo *marron*), en Surinam. Los ancestros de los *marron* fueron esclavos africanos llevados a Surinam en el siglo XVII por colonos

⁹⁹ Ruíz Chiriboga, Oswaldo. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO. Op Cit. Pp. 60.

¹⁰⁰ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 188.

Europeos, que luego buscaron refugio en el interior del país para establecer en comunidades libres y autónomas.

Al respecto, la Corte Interamericana se refirió a los mismos como “comunidades tribales”. Así, en el caso *Saramaka* estableció que dichas comunidades tienen características sociales, culturales y económicas que se diferencian de otras secciones de la sociedad nacional de Surinam, “particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales”. A su vez, en el caso *Moiwana* la Corte precisó lo siguiente: “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”¹⁰¹.

Finalmente, con respecto a la relación especial entre los pueblos indígenas y las comunidades tribales con sus tierras, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado el principio de continuidad. La Corte afirmó este principio al tratar la interrogante de si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece inalterado en el tiempo. Atendiendo a ello, en el caso *Sawhayamaxa*, la Corte estableció que mientras que la relación única entre los

¹⁰¹ Corte IDH: Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005. Párrafo 86.6.

pueblos y sus tierras permanezca –relación que se podrá manifestar de formas diversas tales como la caza, la pesca, la práctica de ritos religiosos o cultos, el uso de recursos naturales, entre otras formas– entonces permanecerá el derecho de las mismas (y el derecho a su reivindicación). En caso contrario, señala la Corte, se extinguirá.

Lo novedoso de dicho principio es que no es necesario que esta relación se encuentre materializada, sino que la misma sea posible. De este modo, la Corte preciso que: “Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”¹⁰².

Atendiendo a esta particularidad es que será irrelevante si los usos de la tierra se dan de manera permanente o periódica.

Por tanto, el principio de continuidad se plantea efectivamente como un desarrollo novedoso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Tal como

¹⁰² Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006. Párrafo 132.

apunta Rodríguez-Piñero: “Aunque todavía queda por desarrollar en usos concretos, éste quizá uno de los elementos más rupturistas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el derecho de propiedad comunal indígena, definiendo la vigencia de este derecho aún en situaciones que, conforme al derecho interno, supongan una extinción formal de este derecho”¹⁰³.

b) El carácter colectivo y complejo del derecho de propiedad de los pueblos indígenas

Un segundo elemento del derecho a las tierras de las comunidades indígenas constituye, efectivamente, el carácter colectivo y complejo del derecho a la propiedad.

La complejidad y particularidad de este derecho ha sido reconocida en los instrumentos específicos sobre derechos de los pueblos indígenas. De este modo, el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece lo siguiente: “Artículo 26. 1. Los pueblos indígenas tiene derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma; 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y

¹⁰³ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 196.

recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Por su parte, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce dicha complejidad en su artículo XXIV inciso 2: “Artículo XXIV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión y dominio de sus tierras y territorios, de acuerdo a los principios del sistema legal de cada Estado. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para ese reconocimiento, y para su efectiva demarcación o titulación.

En lo que se refiere a la jurisprudencia, ya desde el primer caso en que la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre derechos de los pueblos indígenas, ésta reconoció la complejidad y el carácter colectivo del derecho a la propiedad. En efecto, y como precisa Melo con respecto al caso *Awás Tingni*, “*la Corte supera la mirada individualista del derecho civil clásico de la propiedad privada y hace caber, en el artículo 21 de la Convención Americana la dimensión colectiva de la propiedad comunitaria indígena*”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Melo, Mario. ÚLTIMOS AVANCES EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Op Cit. Pp. 35.

De este modo, la Corte precisó: “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”.

Dicha aproximación fue adoptada en los casos posteriores relacionados con el derecho a la tierra. Por ejemplo, así lo reconoció la Corte en el caso *sawhoyamaxa*: “Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”¹⁰⁵.

En el caso *Yakye Axa*, la Corte estableció que el derecho a la propiedad comunal se encuentra conformado por elementos materiales y “elementos

¹⁰⁵ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Op Cit. Párrafo 120.

incorporales” que se desprenden de la relación con la tierra; “*la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana*”.

Para afirmar ello, la Corte se basó en lo que previamente había establecido en *Awas Tingni* con relación al concepto de “bienes”, lo cual, en aquella ocasión, determino que incluye “cualquier objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.

Sin embargo, “es necesario recalcar que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas no es absoluto”¹⁰⁶. Así, la Corte ha establecido una serie de pautas para resolver los conflictos que puedan surgir entre los pueblos indígenas y terceras personas con respecto a la propiedad sobre territorios reclamados por los primeros. En este sentido, aplicó los estándares regulares de restricción de los derechos según el Derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual toda restricción debe estar *establecida por ley*, debe ser *necesaria, proporcional*, debe hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

En el caso *Yakye Axa*, la Corte estableció que: “145. El Artículo 21.1 de la Convención dispone que “la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al

¹⁰⁶ Laviña, Félix. SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1987. Pp. 61.

interés social”. La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido. 146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural¹⁰⁷.

Como se infiere esta cita, los conflictos en torno a la propiedad comunal y los derechos de terceros requieren un análisis casuístico que debe tener en cuenta las particularidades del derecho a la propiedad y la relación especial entre

¹⁰⁷ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Op Cit. Párrafo 145-146.

los pueblos y sus comunidades. Por ello, los conflictos tampoco podrán resolverse en torno a argumentos como el de la “falta de productividad” de las tierras en manos de los pueblos indígenas, como esbozó el Estado paraguayo en los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa*.

Sin embargo, ello tampoco implica, como precisó la Corte, que siempre se deberá resolver a favor de los pueblos indígenas, pues, *“Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”*. No obstante, los Estados tendrán la carga de la prueba a fin de justificar las razones detrás del impedimento del reconocimiento y la reivindicación de tierras de los pueblos indígenas.

También, continuó la Corte en *Yakye Axa*, en aquellos casos en que efectivamente se imposibilite la entrega de tierras a las comunidades: “La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”.

La colectividad y complejidad en el derecho de propiedad implicará, por tanto, según lo desarrollado por la Corte IDH, que el Estado deberá tomar una

serie de medidas especiales para garantizar dicha propiedad. Algunas de estas serán objeto de mayor análisis en líneas posteriores, pero se puede mencionar de manera preliminar que el reconocimiento de este derecho requerirá el reconocimiento previo de la personalidad jurídica de los pueblos; la adopción de medidas (incluyendo medidas legales) específicas por parte de los Estados para garantizar la posesión y propiedad sobre dichas tierras; la adopción de estándares particulares al momento de evaluar reparaciones en torno a la vulneración del derecho a la propiedad, el reconocimiento de la estrecha relación con sus tierras como base de sus propia identidad e, incluso, supervivencia, entre otras medidas.

Un ejemplo de aquellas medidas específicas es el reclamo de la comunidad *Moiwana* por justicia ante el ataque armado por parte del Ejército de Surinam a su aldea en 1986. Los temores en torno a la repetición de dichos hechos llevó a que muchos miembros de dicha comunidad se vieran forzados a desplazarse y, a su vez, impedidos de retornar a sus tierras y purificarlas de los espíritus enfurecidos de las personas fallecidas, según las creencias de dicha comunidad.

c) La consulta

“Otro elemento inherente al derecho de los pueblos indígenas a sus tierras es el derecho a ser consultado sobre toda acción o decisión que pueda afectar el uso y goce de sus tierras y los recursos naturales que se encuentren en las mismas”¹⁰⁸. Por tanto, la Corte ha desarrollado también una importante

¹⁰⁸ Salmón, Elizabeth. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op Cit. Pp. 219.

jurisprudencia respecto de la participación de las comunidades indígenas en toda forma de decisiones respecto a dichas tierras, participación que requerirá, a su vez, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos o las comunidades indígenas.

El derecho a ser consultado se encuentra estipulado en el Convenio 169 de la OIT (arts. 6 y 7), en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 37 y 32), así como el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (art. XXIV).

De dichas disposiciones se extrae la obligación no sólo de consultar, sino también de obtener un consentimiento libre e informado. Asimismo, “es importante recalcar que las consultas deberán tomar en cuenta el derecho a la identidad, en la medida que deberán respetar las formas tradicionales de adopción de decisiones, deberán hacerse, en la medida de lo posible, en las lenguas de las comunidades, y deberán dirigirse a las autoridades y líderes de dichas comunidades”¹⁰⁹.

Al respecto, cabe traer a colación lo apuntado por Ruíz Chiriboga, quien señala que “*debe garantizarse la representación de los grupos étnico-culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos*”¹¹⁰, y precisa que ello no se agota en la representación en instancias

¹⁰⁹ IBIDEM. Pp. 220.

¹¹⁰ Ruiz Chiriboga, Oswaldo. Op Cit. Pp. 58.

estatales pues, los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; sólo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos participar en el proceso de toma de decisiones y que su contribución, además, sea beneficiosa para el país en que habitan”¹¹¹.

Es atendiendo a ello que Ruíz Chiriboga entabla una relación inherente entre los derechos a la propiedad, a la participación y a la identidad cultural.

Ahora bien, además de los elementos recién esbozados, cabe definir claramente el concepto de “consentimiento pleno e informado”. En tal sentido, Deocon lo define como: “El consentimiento prestado de conformidad con o respetando los regímenes y prácticas consuetudinarias, que se da a través de las organizaciones e instituciones representativas, libre de coacción, previo al inicio de las actividades y con posterioridad a una completa divulgación de las informaciones disponibles sobre las actividades propuestas y sus implicaciones, a través de un proceso acordado y en los tiempos y espacios adecuados”¹¹².

En esta misma línea la Corte estableció, en el caso *Saramaka*, que: “al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones.

¹¹¹ IBIDEM. Pp. 58.

¹¹² Deocon, Carlos. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y PUEBLOS INDÍGENAS. En: Berraondo, Mikel. Op Cit. Pp. 603.

Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones”.

De esta decisión, “la Corte establece los siguientes requisitos en torno a la consulta que debe realizar el Estado al momento de adoptar alguna decisión que afecte los derechos territoriales de un pueblo: a) Participación efectiva del pueblo indígena en los planes de desarrollo e inversión dentro de su territorio; b) Las consultas deberán hacerse tomando en cuenta las costumbres y tradiciones de los pueblos, incluyendo los métodos tradicionales de toma de decisiones; c) Las consultas deberán basarse en el diálogo y la comunicación permanentes entre las partes; d) Las consultas deben hacerse de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; e) Las consultas deberán realizarse en toda etapa del proceso,

enfatisando, en particular, las consultas tempranas para asegurar un verdadero intercambio de información, y un verdadero proceso de negociación y; f) La información brindada por el Estado deberá incluir información sobre los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, derivados de los proyectos propuestos”¹¹³.

Se recalca que no será suficiente cumplir con las obligaciones en torno a una consulta, sino también, y sobre todo, de contar con el consentimiento (pleno, libre e informado) para realizar cualquier proyecto o medida que pueda afectar los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

d) Utilización de los recursos naturales y sus beneficios

Un cuarto punto o estándar respecto al derecho a la tierra de los pueblos indígenas, según lo arrojado por la jurisprudencia de la Corte, constituye el derecho de los mismos a utilizar los recursos naturales, así como el derecho a participar en los beneficios de aquellos recursos que son explotados por terceros. La Corte ha definido a los recursos naturales como aquellos que han usado los pueblos indígenas tradicionalmente y son necesarios para su propio desarrollo, identidad cultural y supervivencia.

¹¹³ Salmón, Elizabeth. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op Cit. Pp. 222.

Es atendiendo a ello que, en su interpretación del artículo 21 de la Convención Americana, la Corte estableció, en el caso *Yakye Axa*, que este protege la estrecha vinculación de los pueblos indígenas tanto con las tierras tradicionales como con los recursos naturales que se encuentran en las mismas.

De igual forma, en el caso *Saramaka*, la Corte reafirmó la doble protección del artículo 21, tanto sobre la tierra como sobre los recursos naturales, y afirmó que: “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales del uso y goce de su propiedad”.

De igual forma, la Corte ha enfatizado que la extracción de un recurso que no sea necesario para la supervivencia y el desarrollo de un pueblo también deberán ser sometidos a consulta y a evaluación en la medida que dicha extracción podría repercutir sobre otros recursos que sí son considerados vulnerables.

En esta forma, la Corte brinda el ejemplo de la extracción del oro; si bien la extracción de oro podría a primera vista no ser perjudicial para una comunidad que tradicionalmente no ha empleado, el oro, dicha extracción podría afectar la calidad del agua potable, lo que tendría una serie de repercusiones alimentarias y de salubridad sobre los miembros de una comunidad.

En cuanto a la participación en los beneficios de una explotación en tierras tradicionales de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 15 inciso 2, establece dicha participación: “En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho sobre estos recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

En forma similar, el Proyecto de Declaración de la OEA recoge el derecho a participar en los beneficios en su artículo XXIV inciso 7, al establecer, entre otras cosas, que *“Los pueblos interesados deberán participar en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que pudieran sufrir como resultado de dichas actividades”*.

Bajo el concepto de beneficios compartidos, la Corte IDH ha entendido que él mismo forma parte del derecho a la indemnización, y precisó que: “el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa” conforme al artículo 21.1 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo *Saramaka* a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales para su supervivencia”.

Es necesario enfatizar que todo proyecto de exploración o explotación de recursos deberá estar acompañado por evaluaciones de impacto social y ambiental, para resguardar la supervivencia de los pueblos indígenas y su derecho al medioambiente. En conclusión, cabe señalar que “las tres garantías que deberán observarse al momento de restringir el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, según lo apuntado por la Corte, son las siguientes: a) Deber de consultar y obtener el consentimiento pleno, libre e informado de los pueblos indígenas; b) Garantizar los beneficios compartidos de toda explotación de recursos naturales y; Realizar evaluaciones previas de impacto social y ambiental”¹¹⁴.

e) La titularidad del derecho de propiedad

¹¹⁴ IBIDEM. Pp. 225.

Otro principio estándar en la construcción colectiva del derecho a la propiedad apunta al reconocimiento de la titularidad de los pueblos sobre sus tierras tradicionales. Ello se traduce en la obligación de los Estados de salvaguardar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de recursos efectivos, lo que a su vez lleva a un vínculo inexorable entre el artículo 21 de la Convención Americana con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

La posesión de las tierras tradicionales por parte de las comunidades indígenas ha sido evaluada por la Corte en diversas ocasiones. De este modo, en el caso *Awatitzi*, la Corte precisó que: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido 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 consiguiente registro”.

El valor de la posesión también ha sido reafirmado por la Corte en el caso *Sawhoyamaxa*, al establecer lo siguiente: “De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el

derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”¹¹⁵.

Manifiesta Rodríguez-Piñero que esta aproximación de la Corte denota que *“la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica convalidada por el mero transcurso del tiempo o por razones de justicia distributiva o benevolencia estatal sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad. En otras palabras, no se debe abordar la posesión de sus tierras por los pueblos indígenas desde una perspectiva individualista del derecho a la propiedad, ni desde aproximaciones benéficas”*¹¹⁶.

Nash reafirma el derecho consuetudinario de los pueblos a sus tierras tradicionales al señalar que *“es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario (de los pueblos indígenas) para resolver los conflictos en*

¹¹⁵ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Op Cit. Párrafo 128.

¹¹⁶ Rodríguez-Piñero Royo, Luis. Op Cit. Pp. 189.

*torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho*¹¹⁷.

Más allá de estas afirmaciones, lo cierto es que la historia de América Latina ha puesto de manifiesto que, a menudo, esta posesión tradicional no es respetada. Quizá atendiendo a ello es que la Corte también ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la posesión y propiedad a través de la delimitación, demarcación y titulación. Ello se torna aún más urgente en casos en que se dan conflictos entre derechos territoriales colectivos y derechos de terceros.

De este modo, en el caso *Awas Tingni*, la Corte precisó que: “La Corte estima que los miembros de la Comunidad *Awas Tingni* tienen derecho a que el Estado: a) Delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad y; b) Se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”.

De forma similar, en el caso *Saramaka*, la Corte señaló lo siguiente: “los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. a fin de obtener dicho título, el territorio que los

¹¹⁷ Nash Rojas, Claudio. Op Cit. Pp. 17.

miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”.

También, en el caso *Sawhoyamaya*, la Corte hizo hincapié en la obligación de que los recursos de titulación y reconocimiento de tierras sean eficaces, y los mismos deberán darse en un plazo razonable. En similar forma, la Corte precisó en *Yakye Axa* que: “De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos”¹¹⁸.

¹¹⁸ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Op Cit. Párrafo 109.

Más aún, la Corte consideró que una demora prolongada en el proceso de reivindicación de tierras podría constituir una violación de las garantías judiciales. Y con relación al artículo 14.3 del Convenio 169 de la OIT, la Corte precisó que: “Esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal”.

La adopción de recursos eficaces responde a su vez a la obligación contemplada en el artículo 25 de la Convención Americana, la cual establece que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Los estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

“Entre las medidas que deberán adoptar los Estados para salvaguardar los derechos territoriales de las comunidades indígenas y garantizar la titulación de

los mismos se incluye la adopción de normas internas”¹¹⁹. Así lo reconoció la Corte en el caso *Saramaka*, donde ha precisado que deberá tratarse de normas que tomen en cuenta la complejidad del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, sin que ello represente una discriminación contras otros grupos.

1.2 EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana de la siguiente manera: *“Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Si bien la Convención Americana recoge este derecho sin precisar la naturaleza de la persona, podremos encontrar la regulación de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en los instrumentos internacionales específicos. El proyecto de Declaración de la OEA regula dicha personalidad en su artículo IX: *“Artículo IX. Personalidad jurídica. Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”*. (Aprobado el 7 de diciembre de 2006 – Octava Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos).

¹¹⁹ Gros Espiell, Hector. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA AMERICANO. Editorial Libro Libre. San José, Costa Rica. 1986. Pp. 126.

La jurisprudencia de la Corte IDH también ha brindado pautas importantes en torno a esta personalidad e incluso ha definido el concepto de personalidad jurídica. En este sentido, la Corte ha establecido que “la personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere (a los pueblos indígenas) el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados”.

En el caso *Saramaka*, la Corte define el derecho a la personalidad jurídica al precisar lo siguiente: “La Corte ha analizado anteriormente el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana. De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones. Es decir, el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”.

“La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros”¹²⁰. En especial, la Corte ha observado que “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y

¹²⁰ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 231.

administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”.

La lectura detenida de ambos párrafos permite identificar un elemento esencial en cuanto a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas y es que, más allá del goce de los derechos individuales de los cuales puede disfrutar y ejercer cada miembro de la comunidad, el goce y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como tal requeriría el reconocimiento de la personalidad jurídica de estos pueblos.

Como ha reafirmado la Corte Interamericana, *“el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas”*. Esta necesidad se hace más evidente ante la constatación de la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas frente a sus sociedades.

“La falta de personalidad jurídica podrá, efectivamente, afectar el goce de determinados derechos colectivos de los pueblos indígenas”¹²¹. Salta a la luz, por ejemplo, la particular relevancia de la personalidad jurídica frente a los reclamos de reivindicación de tierras.

¹²¹ Monroy Cabra, Marco Gerardo. LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1980. Pp. 187.

Como manifestó la Corte en el caso *Saramaka*: “el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se deben 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 de ciertos derechos de forma comunitaria”.

“Otro derecho que se podría afectar por la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica es el derecho a la protección judicial y de acceso a la justicia”¹²². Esta preocupación ha sido también recogida por la Corte, la cual recoge la relación intrínseca entre la personalidad jurídica y la protección judicial al sostener que “los Estados deben establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas y así garantizar el pleno goce y ejercicio de sus derechos, incluyendo el derecho al uso y disfrute de sus tierras de conformidad con sus sistema tradicional de propiedad comunal, así como el derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley”.

1.3 EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

El derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que puedan afectar sus derechos es amplio y se extiende desde la participación

¹²² IBIDEM. Pp. 190.

política hasta participación en los procesos de consulta, incluyendo la consulta relativa a proyectos de exploración y/o explotación en sus tierras tradicionales.

En este sentido, el artículo 23 de la Convención Americana regula los derechos políticos de la siguiente manera: “Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a. De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

El Proyecto de Declaración de la OEA regula el derecho de los pueblos indígenas a participar en toda toma de decisión que pueda afectar sus derechos, vinculando asimismo el derecho a la participación con el derecho al autogobierno. De este modo, en su artículo XX inciso 2, regula lo siguiente: “Artículo XX.

Derecho a la autonomía y/o al autogobierno... 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho a participar plena y efectivamente sin discriminación en la toma de decisiones a todos los niveles con relación a asuntos que puedan afectar directamente sus derechos, vidas y destinos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo tienen el derecho a igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo cuerpos deliberantes”.

La propuesta consignada en el Proyecto de Declaración de la OEA recoge de este modo varios elementos determinantes en torno al derecho a la participación. En tal sentido, se puede apreciar el elemento de la igualdad y no discriminación, esencial en todo proceso de toma de decisiones. A su vez, y directamente vinculado con el elemento anterior, la participación política deberá reconocer las costumbres e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas en torno a su forma de decisiones. Manifiesta Ruíz Chiriboga, *“La participación directa de los pueblos indígenas en la dirección de asuntos públicos debe hacerse desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”*¹²³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la necesidad de tomar en cuenta estas características tradicionales de los pueblos

¹²³ Ruíz Chiriboga, Oswaldo. Op Cit. Pp. 57.

indígenas al momento de ejercer sus derechos políticos en el caso *Yatama*, donde discutieron los requisitos de participación política y el tema de los distritos electorales. El caso surgió a partir de la negativa de las autoridades de Nicaragua de permitir a la agrupación política Yatama (*Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka*) participar en las elecciones municipales en Nicaragua en el año 2000. Yatama es una organización en la cual la mayoría de sus miembros son de origen *Miskito*. No obstante, la ley de partidos políticos nicaragüense vigente en ese entonces exigía que toda participación política debía darse mediante la figura del partido político y que, para encontrarse debidamente inscrito, éste debía presentar candidatos en al menos el 80% de los municipios de las dos regiones atlánticas. Los problemas se suscitaron en torno a que la organización como partido político era ajena a la organización tradicional del pueblo *miskito*, y que el mismo no gozaba de representación en el 80% de los municipios, pues en todos ellos se encontraba la población de origen *miskito*. Finalmente, la agrupación Yatama quedó excluida de los comicios electorales del año 2000.

La Corte IDH estableció una serie de estándares respecto al derecho a la participación política de las comunidades indígenas. En primer lugar, precisó que, efectivamente, el Estado garantizar el pleno goce de este derecho atendiendo al principio de igualdad y no discriminación: “La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su

pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentren los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.

También “la Corte determinó que todo requisito de participación que no tomara en cuenta las particularidades de organización de los pueblos indígenas vulnera el derecho de los mismos a la participación política”¹²⁴. Por tanto, consideró que los Estados deben tomar en cuenta otras formas de participación política, y adoptar medidas especiales y específicas: “No existe una disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado. Incluso, la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario *el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas*”.

¹²⁴ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 236.

Por consiguiente, “el derecho a la participación política de los pueblos indígenas guarda una estrecha relación con el derecho a la identidad cultural, al tomar en cuenta las particularidades de organización y representación de dichos grupos. Asimismo, el derecho a la participación política deberá ser ejercido y garantizado de manera tal que no se menoscabe el principio de igualdad y no discriminación de los pueblos indígenas. En última instancia, con la consolidación del sistema democrático”¹²⁵.

1.4 EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL

El artículo 8 de la Convención Americana regula las garantías judiciales incluyendo el debido proceso, de la siguiente: “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho

¹²⁵ Martínez Gálvez, Arturo. DERECHOS HUMANOS Y EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Vile. Guatemala. 1990. Pp. 74.

del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) Derecho de recurrir al fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza; 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Este derecho ha sido consignado también en el Convenio 169 de la OIT, así como en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

“El artículo 8 de la Convención Americana regula una serie de garantías procesales, las cuales forman parte del *debido proceso*. En este sentido, tal como

ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú*, la aplicación del artículo 8 “no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”. Esto incluye el derecho de los miembros de los pueblos indígenas de ser oídos con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez independiente, imparcial y competente. Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana establece el derecho a la protección judicial”¹²⁶.

También la Corte ha adoptado un enfoque particular con respecto al derecho al debido proceso así como a la protección judicial, en cuanto a los pueblos indígenas. Así, ha establecido que para garantizar la eficacia e idoneidad de los recursos, éstos deben ser sustanciados de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana, por lo que “*En lo que respecta los 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*”.

¹²⁶ Londoño Lázaro, María. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Boletín México de Derecho Comparado. Número 128. UNAM. México. 2010. Pp. 137

En esta forma, la Corte ha analizado el derecho al debido proceso y a la protección judicial desde un punto de vista colectivo e individual. En el primero de ellos (derechos colectivos), cabe referirse a los casos de reivindicación de tierras, donde se ha alegado la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana ante la demora injustificada en los procesos de titulación. Lo mismo se puede decir sobre los procesos de reconocimiento de personalidad jurídica. Estos derechos también han sido invocados respecto a la obligación de los Estados de investigar y sancionar, tal como se evaluó en los casos *Moiwana* y *Masacre Plan de Sánchez*. Por tanto, se puede afirmar que existe una transversalidad del derecho al debido proceso y a la protección judicial en la medida que los mismos condicionan, o pueden condicionar, el goce de otros derechos de los pueblos indígenas.

“En el caso *Moiwana*, ante el retardo injustificado en la investigación de los hechos que llevaron a la matanza y ejecución extrajudicial de miembros de las comunidades *N'djuka* en la década de los ochenta (en vulneración del principio de plazo razonable para la investigación), y de la subsiguiente adopción de una Ley de Amnistía que paralizó toda investigación, la Corte concluyó que el Estado de Surinam había violado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana”¹²⁷.

El retardo injustificado en las investigaciones, y la falta de obtención de justicia se tradujo en la imposibilidad de los pobladores de la aldea de *Moiwana* a retornar a la misma. Ello, según la Corte, también repercutió en una vulneración

¹²⁷ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 239-240.

del derecho a la propiedad, así como su derecho a circulación y residencia, garantizados en el artículo 22 de la Convención Americana: “118. En resumen, sólo cuando se obtenga justicia por los hechos del 29 de noviembre de 1986 los miembros de la comunidad podrán: 1) aplacar a los espíritus enfurecidos de sus familiares y purificar su tierra tradicional; y 2) dejar de temer que se hostilice a su comunidad. Esos dos elementos, a su vez, son indispensables para el regreso permanente de los miembros de la comunidad a la aldea de Moiwana, que muchos –sino todos– desean. 119. (...) Sin perjuicio de que pueda existir en Surinam una norma que establezca este derecho, en este caso la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la comunidad se encuentra limitada por una restricción *de facto* muy precisa, que se origina en el miedo fundado descrito anteriormente, que los aleja de su territorio ancestral. 120. Por tanto, el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales... Al no establecer tales elementos – incluyendo, sobre todo, una investigación penal efectiva de los hechos referidos al ataque de 1986– Surinam no ha garantizado a los miembros de la comunidad su derecho de circulación y residencia”.

Para ello, tomó en consideración la especial relación que guardan los miembros de la comunidad *N'djuka* con sus tierras, y el respeto que los mismos les brindan a sus muertos, precisando que: “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. Sólo aquéllos que han sido considerados malvados no reciben un entierro honorable”.

De modo similar, en el caso *Masacre Plan de Sánchez* la Corte precisó que el Estado había vulnerado el artículo 8.1 de la Convención Americana al no investigar sobre las masacres. Sin embargo, la Corte no analizó con mayor profundidad dicha vulneración al contar con el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte de Guatemala.

“La vulneración al debido proceso también ha sido evaluada por la Corte IDH desde un punto de vista individual, con respecto a miembros de pueblos indígenas. En estos casos, en que, por ejemplo, se han dado retardos injustificados en el acceso a la justicia, o no se han otorgado las condiciones adecuadas para un verdadero acceso a la misma (por ejemplo, al impedir que las personas hablen su lengua originaria), se ha puesto en manifiesto la especial vulnerabilidad de los miembros de los pueblos indígenas, y la discriminación de los mismos en el acceso a la justicia”¹²⁸.

En dicho sentido, en el caso *Tiu Tojín*, la Corte determinó, respecto a las desapariciones y muerte contabilizadas durante el conflicto armado interno que azotó Guatemala entre 1962 y 1996, y donde el 83.3% de las víctimas de violaciones de derechos humanos y hechos de violencia registrados por la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala pertenecían a alguna etnia

¹²⁸ Londoño Lázaro, María. Op Cit. Pp. 172.

maya, que: “El sistema de administración de justicia guatemalteco resultó ineficaz para garantizar el cumplimiento de la ley y la protección de los derechos de las víctimas y de sus familiares en casi la totalidad de las violaciones de derechos humanos cometidos en ese entonces”.

Atendiendo a este contexto y a la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas, que la Corte estableció que para “garantizar el acceso a la justicia de los miembros de pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus consideraciones propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹²⁹.

De igual forma, la Corte señaló que: “...para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas –en tanto miembros del pueblo indígena Maya– y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas pueden comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso”.

¹²⁹ Corte IDH: Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Párrafo 69.

Por ello, a partir de los estándares arrojados por la Corte, se puede señalar que “el acceso a la justicia de los pueblos indígenas requiere la adopción, por parte de los Estados, de medidas que garanticen dicho acceso en forma cualitativa, oportuna e igualitaria; y que tome en cuenta las necesidades particulares de dichos grupos. Entre estas necesidades se incluye también el derecho a entender los procedimientos y a ser entendido, lo que implica contar con intérpretes o autoridades capaces de comunicarse adecuadamente con miembros de las comunidades indígenas en sus lenguas originarias”¹³⁰.

El derecho a expresarse en su propia lengua no solamente deberá evaluarse a la luz del debido proceso y el derecho a la protección judicial, sino también a la luz de los derechos a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad ante la ley (regulados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, respectivamente. De este modo, en el caso *López Álvarez*, en la medida que se prohibió a un detenido hablar en su lengua nativa, en conexión con el principio de igualdad a la ley, la Corte determinó que: “164. ... La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. 170. Este Tribunal ha

¹³⁰ Bidart Campos, Germán José. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1989. Pp. 219.

reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley”.

“Se puede apreciar la transversalidad del derecho a la identidad cultural en las formas complejas de ejercicio del derecho a la participación política de los pueblos indígenas, derecho que no solo encuentra vinculado con el de la identidad cultural, sino también con los principios de igualdad y no discriminación”¹³¹.

1.5 EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida se encuentra contemplado en el artículo 4 de la Convención Americana de la siguiente manera: “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que

¹³¹ IBIDEM. Pp. 235.

establezca tal pena, dictada con anterioridad la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

“Si bien del artículo 4 de la Convención Americana se interpreta una visión negativa del derecho a la vida (en torno a la obligación de no privar a una persona de su vida), la jurisprudencia y doctrina contemporánea ya han reconocido la doble vertiente de este derecho, el cual incluye a su vez una noción positiva del derecho a la vida”¹³². Esta apunta a que no será suficiente con evitar privar a una persona de este derecho, sino que deberá garantizar a toda persona humana una vida *digna*, o (en términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas) una vida “en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos”.

Ello, a su vez, se traduce en la necesidad de adoptar un enfoque amplio y no restrictivo del derecho a la vida. En palabras de la Corte IDH: “*El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo*”¹³³.

De esta forma, esta segunda vertiente del derecho a la vida ha sido recogida por la Corte IDH en su jurisprudencia relativa a los derechos de los pueblos indígenas, y se ha planteado en torno a criterios tales como niveles de

¹³² Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 244.

¹³³ Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Op Cit. Pp. 150.

salubridad y acceso a la salud; derecho al trabajo, derecho a la vivencia, derecho al alimento e, incluso, estándares y calidad en la educación, así como el derecho a una educación diferenciada que sea acorde con las prácticas y tradiciones culturales de los pueblos indígenas. Asimismo, el derecho a la vida guarda, en el caso de los pueblos indígenas, una estrecha relación con el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras tradicionales, en la medida que estas últimas representan el sustento de la propia supervivencia de los pueblos.

Esta interdependencia entre los derechos humanos ha sido recogida por la Corte en el caso *Yakye Axa*, al precisar que: “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”.

Como podemos apreciar, el derecho a la vida es especial para el goce y ejercicio del resto de los derechos, lo cual requiere que el Estado adopte una serie de medidas para garantizar el mismo: En este sentido, la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante que “el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el

derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción”¹³⁴.

Esto último ha sido recogido tanto en el marco de la Corte como de la CIDH. Así como bien apunta Anaya: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 4 de la Convención Americana, que afirma ampliamente el derecho a la vida, como un requisito para que los Estados adopten medidas para asegurar el medioambiente natural de aquellos pueblos indígenas que mantienen una especial unión con sus tierras tradicionales y una dependencia muy fuerte con los recursos naturales que éstas les proporcionan. En su examen de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región amazónica ecuatoriana, la Comisión interpretó el derecho a la vida con una sensibilidad hacia las dimensiones materiales y culturales de la relación de los pueblos indígenas con la tierra, y concluyó que este derecho se encontraba en peligro debido a los efectos ambientales de la explotación petrolífera en la región”¹³⁵.

Con respecto a la evaluación del derecho a la vida en torno al concepto de “vida digna”, cabe referirse a los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa*. En estos casos, el concepto de vida digna muestra una clara incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales, y pone de manifiesto la especial vulnerabilidad

¹³⁴ IBIDEM. Párrafo. 152.

¹³⁵ Anaya, James. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. Op Cit. Pp. 47.

de los pueblos indígenas ante la falta de goce de estos derechos y, finalmente, ante la propia vida.

Así la Corte precisó, en el caso *Sawhoyamaxa*: “Dentro del contexto de las precarias condiciones de vida y salud descritas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, en especial niños, niñas y ancianos, son vulnerables a enfermedades y epidemias, y muchos han fallecido a causa de tétanos, neumonía y sarampión, graves cuadros de deshidratación, caquexia y enterocolitis, o supuestos accidentes de tránsito y trabajo sin ningún control estatal”.

De forma similar, en el caso *Yakye Axa*, la Corte estimó que: “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.

También en el caso *Sawhoyamaxa* la Corte determinó, adicional a la vulneración al derecho colectivo a la vida de la comunidad indígena en torno a un concepto de *vida digna*, la vulneración al derecho individual de la vida de determinados miembros de la comunidad indígena, por la falta de prevención y

atención médica a dichas personas (lo cual llevó a su fallecimiento). Sin embargo, la Corte no siguió este lineamiento en *Yakye Axa*, al determinar que si bien el Estado había violado el derecho colectivo a los miembros de la comunidad indígena *Yakye Axa* a la vida (en torno a la vida digna), no estimó que se hubieran dado, por parte del Estado, violaciones individuales del derecho a la vida de algunos de sus miembros que fallecieron.

“La vulnerabilidad del derecho a la vida de los pueblos indígenas también ha sido puesta de manifiesto en los casos en que se han dado masacres contra miembros de estos pueblos. Así, en el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la CIDH y los representantes de las víctimas alegaron, incluso, que se estaba ante un caso de genocidio étnico, aunque la Corte no se pronunció sobre ello. Asimismo, las ejecuciones extrajudiciales en la aldea *Moiwana* contra miembros de la etnia N’djuka por parte de miembros del ejército de Surinam, así como la falta de investigación de estos hechos (y la consecuente imposibilidad de los miembros de esta etnia de retornar a su aldea), ha demostrado la vulneración tanto de la faceta negativa como positiva del derecho a la vida”¹³⁶.

1.6 LAS REPARACIONES FRENTE A LAS VIOLACIONES DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Corte también ha denotado una evolución jurisprudencial en lo relativo a las reparaciones, y ha abordado las mismas desde un punto de vista colectivo.

¹³⁶ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 248.

La primera oportunidad que tuvo la Corte para pronunciarse sobre el tema de reparaciones en torno a violaciones de derechos de los miembros de un pueblo indígena fue en el caso *Aloeboetoe*. En esta ocasión, y tras el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado de Surinam, la Corte tomó en cuenta las particularidades y tradiciones del pueblo Saramaka al momento de determinar las reparaciones, pues acudió a las instituciones consuetudinarias relativas a las estructuras y organización familiar del pueblo Saramaka, en lugar de aplicar el derecho de familia regulado por el ordenamiento interno de Surinam.

En tal sentido, la Corte consideró que: "... el derecho surinamés (...) no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaka. Ésta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los *ascendientes*, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaka"¹³⁷.

El enfoque particular adoptado en el caso *Aloeboetoe* se reprodujo en los casos subsiguientes, en la medida que la Corte ha estimado medidas complejas de reparación. En este sentido, "en aquellos casos relacionados con el derecho a la tierra de los pueblos indígenas, (casos *Awes Tingni*, *Sawhoyamaya*, *Yakye Axa*, *Saramaka*) las reparaciones ordenadas por la corte han tenido una lógica colectiva y han girado en torno a la obligación de los Estados de delimitar, demarcar y

¹³⁷ Corte IDH: Caso *Aloeboetoe vs. Surinam*. Reparaciones del 10 de septiembre de 1993.

titularizar dichos territorios. No obstante, en estos casos, las reparaciones no han sido uniformes”¹³⁸. Como bien precisa Melo, “mientras que en *Awás Tingni* se establece un enfoque colectivo al derecho a la propiedad, ello no se reproduce en las reparaciones del mismo caso, que se alejan de la complejidad y particularidad de la relación especial que guardan los pueblos indígenas con sus tierras y opta más bien por una clásica y tradicional reparación pecuniaria a personas claramente identificables”¹³⁹.

Esta línea fue revertida en los casos *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa*, en los cuales la Corte determinó la necesidad de los Estados de adoptar medidas idóneas y eficaces que aseguren el derecho de los pueblos indígenas al pleno goce de sus derechos colectivos, incluyendo el derecho a la propiedad, e implementar un fondo de desarrollo comunitario.

En el caso *Moiwana*, la Corte determinó que entre las medidas de reparación se encontraba la obligación de los Estados de recuperar los restos mortales de las personas ejecutadas en 1986 en la aldea Moiwana, para que sus familiares pudieran practicar sus ritos fúnebres tradicionales y alejar a los espíritus que impedían el retorno de los mismos a su aldea. Para restaurar la confianza y la autoestima del pueblo *N'djuka*, la Corte ordenó al Estado emitir una disculpa pública y garantizar la seguridad de las personas de dichas comunidades.

¹³⁸ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 249.

¹³⁹ Melo, Mario. Op Cit. Pp. 40.

Las medidas de satisfacción más evolucionadas han sido las adoptadas por la Corte en el caso *Masacre Plan de Sánchez*. En este caso, la Corte enfatizó, respecto a las reparaciones, la especial afectación a la comunidad y sus formas tradicionales de vida tras la masacre realizada en dicha aldea: “Se debe tomar en consideración que las víctimas no pudieron enterrar debidamente a sus familiares ejecutados en la masacre ni practicar los ritos funerarios según sus costumbres. Asimismo, se debe tomar en cuenta la especial significación que para la cultura maya, y en particular, para la maya achí, tienen los ritos funerarios, y la dimensión del daño que produjo a las víctimas que éstos no fueran respetados”.

Adicionalmente a las medidas colectivas de reparación (como el deber de investigar y acceder a la justicia, el derecho a la verdad), la Corte adopta también medidas individuales, en la medida que se identifican personas individuales para efectos de reparaciones pecuniarias, es atendiendo a ello que la Corte precisa que: “Las reparaciones no se agotan con la indemnización de los daños materiales e inmateriales... a ellas se agregan las otras formas de reparación... El Tribunal entrará a determinar aquellas medidas de satisfacción que buscan reparar el daño inmaterial, que no tiene alcance pecuniario, así como también dispondrá medidas de alcance o repercusión pública. Estas medidas tienen especial relevancia en el presente caso por la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados.

“Entre estas otras medidas, la Corte determina el derecho de las víctimas a la verdad, garantizar a los miembros de los pueblos indígenas el pleno acceso a la

justicia, brindar una garantía de no repetición, adoptar políticas de desarrollo, incluyendo un programa de vivienda, brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas y sus familiares, entre otras”¹⁴⁰.

De lo expuesto en este capítulo se puede observar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha brindado pautas importantes en torno a la mejor promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin duda, estas representan avances significativos que brindan estándares importantes que los Estados deben implementar no solo a nivel normativo, sino también mediante la adopción de políticas públicas y medidas idóneas y eficaces que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

Un paso importante es reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y las particularidades y complejidades en el goce de los mismos dentro de sus ordenamientos internos. Para ello sería necesario el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las distintas comunidades indígenas, lo que llevaría a entablar, de modo necesario, espacios de diálogos fluidos entre las autoridades estatales y los representantes de los Estados. Sólo de este modo los Estados podrán garantizar el derecho a una vida digna de los pueblos indígenas y condicionar las políticas de desarrollo a la observancia de la dignidad de toda persona, incluyendo la de los pueblos indígenas.

¹⁴⁰ Salmón, Elizabeth. Op Cit. Pp. 251.

CAPÍTULO V

ALGUNA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En materia de derechos de los pueblos indígenas, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha conocido algunos expedientes de temas particulares como el derecho de consulta, el pluralismo jurídico, la tierra ancestral, acciones de inconstitucionalidad y opiniones consultivas.

A continuación se presenta alguna jurisprudencia emitida por la Corte de Constitucionalidad en estas materias.

1. EL DERECHO DE CONSULTA

Dentro del expediente de apelación de sentencia de amparo identificado con el número 46-2014, la Corte de Constitucionalidad emitió la sentencia de fecha 23 de noviembre del año 2015, denegando el recurso de apelación interpuesto por el Director General de Minería del Ministerio de Energía y Minas contra la sentencia de fecha 22 de octubre del año 2013, dictado por la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil constituida en Tribunal de Amparo dentro del expediente identificado con el número 150-2007.

En dicha sentencia de amparo de primera instancia, el Tribunal de Amparo otorgó el amparo solicitado por el Consejo de Autoridades Comunitarias de Momostenango del departamento de Totonicapán y el Consejo de Autoridades de las 31 comunidades del municipio de Momostenango del departamento de Totonicapán, contra el procedimiento de trámite de la solicitud de una segunda prórroga de una licencia de exploración minera denominada “Centauro II”, a favor de la entidad Montana Exploradora de Guatemala, Sociedad Anónima.

El agravio manifestado por los interponentes del amparo consistió en la omisión por parte de la autoridad reclamada sin realizar la consulta previa, libre e informada a la población indígena conforme lo dispuesto en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

El Tribunal de Amparo de Primera Instancia otorgó el amparo solicitado manifestando que no obstante el trámite de otorgamiento de las licencias y de las prórrogas se realizó de conformidad con Ley de Minería vigente, corresponde a las autoridades estatales integrar los procedimientos a efecto de garantizar los derechos colectivos que se encuentran protegidos en cuerpos normativos, tanto de orden nacional como internacional; y que los mecanismos que deben adoptarse para garantizar los derechos relacionados no buscan frenar el desarrollo sino fortalecer la convivencia pacífica dentro de un marco de respeto y protección a los derechos humanos.

El Tribunal de Amparo de Primera Instancia citó los artículos 44, 66 y 67 de la Constitución Política de la República así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo ya citado.

La autoridad impugnada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de amparo de primera instancia, argumentando el contenido de artículo 125 de la Constitución Política de la República, manifestado que tal artículo declara de utilidad y necesidad públicas la explotación técnica y racional de hidrocarburos y minerales y demás recursos no renovables y que el Estado establecerá y propiciará las condiciones propias para su exploración, explotación y comercialización.

Argumentó además que la Ley de Minería y la Ley del Organismo Ejecutivo no le facultan para realizar la consulta a los pueblos indígenas pero sí le obligan a

resolver conforme a derecho las peticiones relativas al otorgamiento, prórroga y cesión de las licencias de exploración.

La Corte de Constitucionalidad denegó el recurso de apelación interpuesto por la autoridad impugnada con fundamento en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT y citó estimaciones contenidas en fallos de esa Corte en los expedientes 3878-2007 y 1072-2011, aclarando que le correspondía al Organismo Ejecutivo por medio del Ministerio de Energía y Minas, realizar el procedimiento de consulta previo al otorgamiento de la licencia de exploración a la entidad interesada.

2. LA TIERRA ANCESTRAL

Dentro del expediente de apelación de sentencia de amparo identificado con el número 3068-2015, en sentencia de fecha 21 de enero del año 2016, la Corte de Constitucionalidad otorgó el recurso de apelación interpuesto por la comunidad indígena Tizamarté interpuesto contra la sentencia de amparo de primera instancia de fecha 12 de julio del año 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Económico Coactivo del departamento de Chiquimula, constituido en Tribunal de Amparo.

El acto reclamado dentro del amparo en primera instancia, fue el acuerdo municipal emitido por el Consejo Municipal de Camotán, departamento de Chiquimula de fecha 10 de junio del año 2013 por el cual se canceló la inscripción de la comunidad indígena Tizamarté.

Los interponente del amparo manifestaron como agravio la violación a sus derechos de defensa, reconocimiento, respeto, promoción de la forma de vida y de organización de una comunidad indígena, así como a los principios constitucionales del debido proceso y de legalidad.

Lo manifestado por la autoridad impugnada en el amparo, fue que en el Registro y Control de Asociaciones no Lucrativas de la Municipalidad de Camotán, departamento de Chiquimula, quedó inscrita la comunidad indígena Tizamarté pero que el nombramiento de su representante legal no se encontraba vigente y que según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no está permitida la representación a perpetuidad y que el plazo de vigencia de la inscripción del representante legal de la comunidad indígena fue de dos años y había vencido el 21 de diciembre del año 2013.

Continuó manifestando la autoridad impugnada que en Acta 17-2013 de fecha 2 de mayo del mismo año, los vecinos del caserío Tizamarté de la aldea El Tesoro, miembros de esa comunidad indígena e integrantes del COCODE, decidieron solicitar su cancelación ante la Municipalidad y como consecuencia de tal petición, ésta accedió a la solicitud de cancelación.

No obstante ello, manifestó la autoridad impugnada, el representante de dicha comunidad cuyo nombramiento se encontraba vencido, presentó a dicha municipalidad una solicitud en la que pretendía crear la alcaldía indígena de tal

comunidad, solicitud que en Acta número 37-2015 fue rechazada porque el documento que fundamentaba su representación había sido revocado con fecha 10 de junio del año 2013.

El Tribunal de Amparo de Primera Instancia denegó el amparo solicitado por el representante legal de la comunidad indígena en virtud de carecer de legitimidad al no encontrarse vigente su nombramiento como representante legal de dicha comunidad.

El postulante apeló la sentencia y amparo de primera instancia argumentando que la decisión del Tribunal de Amparo había sido fundamentado en una apreciación excesivamente formalista aplicando criterios civilistas y alegando violaciones a los derechos de los miembros de la comunidad indígena con fundamento en los instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas alegando representarlos legítimamente y que nunca fueron notificados del proceso administrativo por el cual se procedió a cancelar su inscripción en el Registro Municipal respectivo y que en virtud de ello no pudieron cumplir con el principio de definitividad que exige la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad otorgó el amparo solicitado por el representante legal de la comunidad indígena Tizamarté, no obstante la no vigencia de su nombramiento y quien también actúa en nombre propio ordenando a la autoridad impugnada dejar sin efecto el acuerdo municipal en el cual se tomó

la decisión de cancelar la inscripción de dicha comunidad y ordenó que se debía dar audiencia a las partes previamente a efectuar el trámite de cancelación correspondiente.

La Corte fundó su decisión en la, para ella, evidente violación al principio constitucional de debido proceso de la comunidad indígena así como de su representante, al ser cancelada su inscripción como comunidad en el Registro Municipal referido, sin que se les haya conferido audiencia previa ni se haya llevado a cabo procedimiento administrativo alguno previamente a adoptar esa decisión y que ésta haya sido notificada de conformidad con la ley.

3. PLURALISMO JURÍDICO

Dentro de la tramitación del recurso de apelación de sentencia de amparo, en los expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 48-13-2013, en sentencia de fecha 5 de julio del año 2016, la Corte de Constitucionalidad otorgó los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público, el Consejo Nacional de Educación Maya y Sebastián Guarchaj Tzep a título personal y en su calidad de Alcalde Indígena del municipio de Santa Catarina Ixtahuacán del departamento de Sololá, William Santos Nery y Florentino Damián Sipacná.

El recurso de apelación fue presentado contra la sentencia de fecha 27 de agosto del año 2013 dictada por la Corte Suprema de Justicia constituida en Tribunal de Amparo. El acto reclamado dentro del amparo en primera instancia fue

el incumplimiento u omisión de la Ministra de Educación de la República de Guatemala de formular y administrar con pertinencia cultural y lingüística, una política educativa que garantice el derecho a la educación bilingüe intercultural y multicultural de los niños indígenas maya k'iche's que cursan el nivel primario en 13 escuelas de Santa Catarina Ixtahuacán del departamento de Sololá.

Las violaciones denunciadas fueron los derechos a la educación bilingüe, multicultural e intercultural, al uso del idioma en el sistema educativo, a la no discriminación, así como a la integridad y vida cultural.

Los postulantes afirmaron que en el censo nacional de población realizado en el año 2004 por el Instituto Nacional de Estadística consta que el 99.7% de la población del municipio de Santa Catarina Ixtahuacán es indígena mayahablante del idioma k'iche, no obstante ello, en 13 escuelas de educación primaria que se encuentra en Santa Catarina Ixtahuacán y sus caseríos circundantes se imparten clases sin pertinencia cultural y lingüística, en virtud de que la Ministra de Educación de la República no ha desarrollado política educativa que garantice la educación bilingüe intercultural.

La autoridad impugnada en el amparo en primera instancia presentó informe circunstanciado en el que manifestó que los postulantes no hicieron petición alguna en la vía administrativa y que por lo tanto incumplían el presupuesto procesal de definitividad, que carecían de legitimidad para accionar, que los agravios señalados constituyen apreciaciones subjetivas, que las políticas

educativas respetan la multiculturalidad y la interculturalidad en el sistema educativo, que además existen limitaciones presupuestarias que impiden abastecer con libros de texto multilingües a las diversas escuelas, que se implementó un nuevo modelo de educación bilingüe intercultural que busca la formación integral de la persona, que se han contratado maestros para las escuelas, que además los postulantes no aportaron medios de prueba que fundamenten sus afirmaciones y acompañó numerosos documentos para comprobar sus afirmaciones de hecho.

El Tribunal de Amparo en Primera Instancia denegó el amparo solicitado por los postulantes fundamentándose en la falta de legitimidad activa y el incumplimiento del principio de definitividad.

Los postulantes presentaron recurso de apelación contra la sentencia del amparo en primera instancia. La Corte de Constitucionalidad otorgó el recurso de apelación, anulando la sentencia emitida en primera instancia, argumentando la defensa de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, la justiciabilidad en amparo de derechos colectivos e individuales homogéneos citando varios expedientes en que se ha argumentado tal justiciabilidad, así como el reconocimiento a la institución de la figura del Alcalde Indígena de tal manera, expresó la corte que defender derechos difusos e individuales homogéneos, les reconoce la legitimación activa a las comunidades postulares para acceder a la justicia constitucional y respecto a la definitividad como requisito necesario para la petición de amparo, la Corte no fue clara en su exposición de por qué a su criterio

en este caso no es exigible la definitividad, solo fundamentó la no exigibilidad de la misma en el artículo 28 de la Constitución Política de la República y en la justiciabilidad en amparo de las acciones concretas derivadas de la implementación de políticas públicas, así como la afirmación de que la educación, la identidad cultural y el uso del idioma originario constituyen derechos fundamentales.

En tal sentido decidió revocar la sentencia impugnada y otorgar el amparo solicitado.

4. ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el expediente identificado con el número 2376-2007, la Corte de Constitucionalidad dictó sentencia favorable en la acción de inconstitucionalidad general total promovida por la entidad hidroeléctrica Rio Hondo, S.A. en contra de los puntos de acta tercero, cuarto y tercero, respectivamente, de las actas números 20-2005, 32-2005 y 33-2005 de fechas 10 de mayo, 5 y 7 de julio del año 2005 respectivamente, emitidas por el Concejo Municipal de Rio Hondo, departamento de Zacapa.

El fundamento de la impugnación de inconstitucionalidad total, es que el contenido de dichas actas vulnera los artículos 1º, 2º, 39, 44, 119, 121, 129, 134, 138, 152, 153, 154 y 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Las razones argumentadas, fueron que al emitir las actas descritas, la Municipalidad de Rio Hondo, departamento de Zacapa emitió disposiciones de observancia general que le competen únicamente al Congreso de la República ya que pretende reglamentar disposiciones contenidas en la Ley General de Electricidad, y ha usurpado competencias que le competen a órganos administrativos como el Ministerio de Energía y Minas, la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica y por lo tanto, está realizando un acto derogativo de disposiciones normativas de rango legal.

El contenido de las actas referidas, pretendía evitar la construcción de una hidroeléctrica por medio de una consulta popular local.

La Corte de Constitucionalidad resolvió que si bien la consulta es un derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre medidas susceptibles de causarles afectación emanada del Convenio 169 de la OIT, el cual ratificado por el Estado de Guatemala y según la opinión consultiva emitida el 18 de mayo de 1995 dentro del expediente 199-95, dicho convenio no regula ninguna materia que colisione con la Constitución, y si bien dicho convenio establece en el artículo 6 numeral 1, que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados... y en el numeral 2, el mismo artículo dispone que las consultas llevadas a cabo en aplicación de ese convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias..., es incuestionable el derecho de los pueblos interesados a ser consultados; sin embargo, la Corte apreció que los artículos citados carecen de precisión en cuanto

al procedimiento adecuado que las “instituciones representativas” deben llevar a cabo para efectivizar ese derecho, pudiéndose estimar conveniente cualquier método consultivo que permita recoger fielmente las opiniones de los integrantes de la población cuando “prevean” que van a ser afectados con una medida legislativa o administrativa, lo cual supone que la consulta debe ser previa a la aplicación de la medida.

Asimismo, la Corte estimó que el artículo 63 del Código Municipal regula la institución de consulta a los vecinos cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultarlos. Sin embargo, la Corte admite que existen imprecisiones en los artículos 64 y 66 del mismo Código Municipal, que regula distintos porcentajes para que la consulta sea vinculante.

Por otro lado, manifiesta la Corte que la Ley de los Concejos de Desarrollo Urbano y Rural en su artículo 26, hace referencia a las consultas indígenas regulando que en tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, ... podrán hacerse por conducto de sus representantes en los concejos de desarrollo.

La Corte estimó que las actas emitidas por la Municipalidad de Rio Hondo, departamento de Zacapa no violaron los artículos 171 y 174 de la Constitución; y que tampoco el contenido de las actas impugnadas viola el inciso c del artículo 119 y los artículos 129, 134 y 138 de la Constitución Política de la República. Dispuso la Corte que de igual forma, las actas impugnadas no violan los artículos

1º y 2º constitucionales y que tampoco vulneran los artículos 39 y 121 de la Constitución pero, si consideró que las actas impugnadas violan los artículo 152, 153 y 154 de la Constitución porque el Concejo Municipal de Rio Hondo, departamento de Zacapa extendió sus atribuciones a funciones que de conformidad con la Constitución y las leyes ordinarias del país, no le corresponden ya que dio carácter obligatorio al resultado de un procedimiento consultivo sobre el tema de la energía eléctrica y las hidroeléctricas, el cual no es de su competencia y sobre el que no puede regular aspecto alguno, ya que estos temas competen al Ministerio de Energía y Minas, al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales y a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

Por ello concluye la Corte que los puntos 4º y 3º de las actas 32-2005 y 33-2005 de fecha 5 y 7 de julio del año 2005 constituyen una extralimitación de parte del Concejo Municipal de Rio Hondo, departamento de Zacapa y asimismo, que la consulta debe ser una acción previa y no posterior al procedimiento administrativo.

La Corte de Constitucionalidad declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad en cuanto a lo manifestado *supra*.

5. OPINIONES CONSULTIVAS

En el expediente 199-95, en opinión dictada el 18 de mayo de 1995 la Corte de Constitucionalidad emitió Opinión Consultiva en cuanto a la consulta realizada por el Congreso de la República sobre la Constitucionalidad del contenido de las

normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Corte dentro del análisis efectuado, realizó una confrontación de las normas del convenio referido, con las normas de la Constitución Política de la República y estimó que se encuentran en armonía con ella y que no la contradicen.

CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas puede fortalecer y favorecer la construcción de las instituciones del Estado de Derecho, así como permitir la armonización del derecho interno de Guatemala con los tratados internacionales de derechos humanos, siempre que el poder judicial realice efectivamente el control difuso de convencionalidad de manera activa, y se convierta en verdadero contralor del poder político.

Asimismo, el control concentrado de convencionalidad realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede ser un efectivo contralor del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo y de esa forma, mejorar sustancialmente la aplicación y la observancia de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en Guatemala.

La hipótesis planteada se verifica en lo posible, al examinar la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en materia de derechos de los pueblos indígenas y comprobar que se ha aplicado efectivamente no solo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos sino el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Con la realización de un efectivo control de convencionalidad, los derechos de los pueblos indígenas pueden ejercitarse y garantizarse, así como favorecer su justiciabilidad directa por medio de los mecanismos jurisdiccionales más idóneos, como la acción de amparo o la acción de inconvencionalidad que no se encuentra regulada en Guatemala, pero puede interponerse recurriendo al garantismo propio del Estado constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguiló Regla, Josep. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. Editorial Temis. Lima. 2007.
2. Aguiló Regla, Josep. SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho. Número 24. España. 2001.
3. Albanese, Susana (coordinadora). EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Editorial Ediar. Argentina. 2008.
4. Alchourrón, Carlos E. Y Bulygin, Eugenio. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS SOCIALES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002.
5. Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa. Barcelona. 2004.
6. Álvarez Molinero, N., Oliva Martínez, D. & Zúñiga N. (Editores). DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. HACIA UN MUNDO INTERCULTURAL Y SOSTENIBLE. Editorial Catarata. México. 2009.
7. Anaya, James. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: Berraondo, Mike (coordinador). PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS. Universidad de Deusto (Instituto de Derechos Humanos). Bilbao. 2006.

8. Ayala Corao, Carlos. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS RELATIVOS A DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS. Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. México. 2003.
9. Betegón, Jerónimo, y De Páramo, Juan Ramón. DERECHO Y MORAL. Ensayos Analíticos. Editorial Ariel S.A... Barcelona. 1990.
10. Bidart Campos, Germán José. TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1989.
11. Borowski, Martín. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Editorial Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2003.
12. Brandt, R.B. TEORÍA ÉTICA. Editorial Alianza. Madrid. 1982.
13. Buergenthal, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro. MANUAL INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas/San José-1990.
14. Cancado Trindade, Antonio A. LA INTERPRETACIÓN DE TRATADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA ESPECIFICIDAD DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. Editorial Jurídica de las Américas. México. 2008.
15. Capotorti, Francesco. DERECHO DE MINORÍAS Y DE PUEBLOS AUTÓCTONOS. Siglo XXI Editores. México. 1999.

16. Carrillo Salcedo, J. A. SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y DERECHOS HUMANOS EN DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 2001.
17. Carrió, Genaro Rubén. SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1966.
18. Cicerón. SOBRE LOS DEBERES. Editorial Alianza. Madrid. 2002.
19. Cruz Parceró, Juan Antonio. EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS. ENSAYO PARA UNA TEORÍA ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS. Editorial Trotta. Madrid. 2007.
20. Del Vecchio, Giorgio. FILOSOFÍA DEL DERECHO. Editorial Bosch. Barcelona. 1980.
21. Díez Picazo, Luis. EXPERIENCIAS JURÍDICAS Y TEORÍA DEL DERECHO. Editorial Ariel. Madrid. 1973.
22. Dworkin, R. EL POSITIVISMO Y LA INDEPENDENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
23. Fariñas Dulce, M. J. GLOBALIZACIÓN, CIUDADANÍA Y DERECHOS HUMANOS. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas. Editorial Dykinson. Colombia. 2000.
24. Fernández Liesa, Carlos, R. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA HISTÓRICA. Editorial Porrúa. México. 2014.
25. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ORIGEN CIENTÍFICO (1928-1956). Editorial Marcial Pons. Madrid. 2008.

26. Flores Saldaña, Antonio. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Porrúa. México. 2015.
27. Galvis Ortiz, Ligia. COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA VISIÓN PARA EL SIGLO XXI. Ediciones Aurora. Bogotá. 2008.
28. García de Enterría, Eduardo. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Editorial Civitas. Madrid. 2006.
29. García Figueroa, Alfonso. CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18. Número 54. Septiembre-Diciembre. España. 1998.
30. García Ramírez, Sergio. EL CONTROL JUDICIAL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2011.
31. García Ramírez, Sergio. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA. UNAM. México. 2002.
32. Geiger, Theodor. DERECHO Y MORAL. Editorial Alfa. Barcelona. 1982.
33. González Campos, J. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS. Editorial Tecnos. Madrid. 1966.
34. Gros Espiell, Hector. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA AMERICANO. Editorial Libro Libre. San José, Costa Rica. 1986.
35. Guastini, Riccardo. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. En: Carbonell, Miguel. NEOCONSTITUCIONALISMO. Editorial Trotta. Madrid. 2005.

36. Habermas, Jürgen. ¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD VÍA LEGALIDAD?. En: ESCRITOS SOBRE MORALIDAD Y ETICIDAD. Editorial Paidós. Barcelona. 1998.
37. Hannum, Hurst. THE PROTECTION OF INDIGENOUS RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM. En: David Harris y Stephen Lavingstone (editores). THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS. Clarendon Press. Oxford. 1998.
38. Hart, H.L.A. ¿HAY DERECHOS NATURALES? Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1962.
39. Hayek, Friedrich A. LOS FUNDAMENTOS DE LA LIBERTAD. Unión Editorial. Madrid. 1998.
40. Herrerías Cuevas, Ignacio F. & Del Rosario Rodríguez, Marcos. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SENTENCIAS QUE HAN MARCADO UN NUEVO PARADIGMA (2007-2012). Ubijus Editorial. México. 2012.
41. Herrerías, Ignacio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS. Ubijus Editorial. México. 2011.
42. Langford, Malcolm (editor). TEORÍA Y JURISPRUDENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES. TENDENCIAS EMERGENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO. Siglo del Hombre Editores. Colombia. 2013.
43. Laviña, Félix. SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1987.

44. Levy-Bruhl, Henri. SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1966.
45. Londoño Lázaro, María. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES: CONFLUENCIAS Y PERSPECTIVAS EN EL PENSAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Boletín México de Derecho Comparado. Número 128. UNAM. México. 2010.
46. Manili, Pablo Luis (Coordinador). DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2005.
47. Mariño, Fernándo. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. PARTE GENERAL. Editorial Trotta. Madrid 2005.
48. Martínez Gálvez, Arturo. DERECHOS HUMANOS Y EL PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Vile. Guatemala. 1990.
49. Melden, A.I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL. Cuadernos de Crítica. UNAM. México. 1977.
50. Melo, Mario. ÚLTIMOS AVANCES EN LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Revista de Internacional de Derechos Humanos Sur. Año 3. No. 4. 2006.
51. Molina, Enrique. LA MORAL ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA UTILIDAD. Ediciones Eunat. Pamplona. 1996.
52. Monroy Cabra, Marco Gerardo. LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1980.

53. Mora Restrepo, Gabriel. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRARIEDAD DE LOS JUECES. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. Editorial Marcial Pons. Buenos Aires. 2009.
54. Nash Rojas, Claudio. LA CONCEPCIÓN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA: TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES. Editorial Fontamara. México. 2010.
55. Nash Rojas, Claudio. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. Ponencia presentada en el Seminario de Derechos Indígenas: Tendencias internacionales y realidad de los pueblos del norte de Chile. Universidad Arturo Prat. Iquique. 2003.
56. Nash Rojas. Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PRECISIONES CONCEPTUALES Y DESAFÍOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX. Bogotá. 2013.
57. Ochoa Ruiz, N. LOS MECANISMOS CONVENCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS. Editorial Civitas. Madrid. 2004.
58. Perelman, Chaim. LA LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. Editorial Civitas. Madrid. 1988.
59. Rawls, John. JUSTICIA COMO EQUIDAD. MATERIALES PARA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA. Editorial Tecnos. Madrid. 1986.

60. Rey Cantor, Ernesto. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS LEYES Y DERECHOS HUMANOS. Editorial Porrúa. México. 2008.
61. Rodríguez-Piñero Royo, Luis. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS. En: Berraondo, Mikel (coordinador). PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS. Universidad de Deusto. Madrid. 2006.
62. Rolz Bennertt, José. EL PROBLEMA DE LA SEGURIDAD EN LA ESTIMATIVA JURÍDICA. Universidad Nacional. Guatemala. 1941.
63. Rousseau, Jacques. DISCURSO SOBRE EL ORIGEN Y LOS FUNDAMENTOS DE LA DESIGUALDAD ENTRE LOS HOMBRES Y OTROS ESCRITOS. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.
64. Ruiz Chiriboga, Oswaldo. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO. Revista de Internacional de Derechos Humanos Sur. Año 3. No. 5. 2006.
65. Salmón, Elizabeth. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. 2001.
66. Stavenhagen, Rodolfo. LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS DERECHOS. UNESCO. México. 2007.
67. Thomberry, Patrick. THE ETHIC QUESTION. INDIGENOUS PEOPLES AND HUMAN RIGHTS. Manchester University Press. 2002.

68. Ullmann, Eugenia & Erriest, María E. MANUAL DE DERECHOS HUMANOS PARA LAS FUERZAS DE SEGURIDAD. Editorial Universidad. Buenos Aires. 2009.
69. Vázquez, Rodolfo. DERECHOS HUMANOS. UNA LECTURA LIBERAL IGUALITARIA. UNAM. México. 2015.
70. Vigo, Rodolfo Luis. ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. En: Báez Silva, Carlos. INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y TRABAJO JUDICIAL. Editorial Porrúa. México. 2009.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia de la CIDH de 19 de noviembre de 2004. Reparaciones. Párrafo 5. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Corte IDH: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. 25 de noviembre de 2003.

Corte IDH: Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH: Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú. 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH: Caso Cabrera García y Montel Flores vs. México. 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH: Caso Gelman vs. Uruguay. 24 de febrero de 2011.

Corte IDH: Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 17 de junio de 2005.

Corte IDH: Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005.

Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

Corte IDH. Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte de Constitucionalidad: expediente de apelación de sentencia de amparo 46-2014. Sentencia del 23 de noviembre del año 2015.

Corte de Constitucionalidad: expediente de apelación de sentencia de amparo 3068-2015. Sentencia del 21 de enero del año 2016.

Corte de Constitucionalidad: expedientes acumulados 4783-2013, 4812-2013 y 48-13-2013. Sentencia de fecha 5 de julio del año 2016.

Corte de Constitucionalidad: expediente 2376-2007. Acta número 20-2005 de fecha 10 de mayo del año 2005.

Corte de Constitucionalidad: expediente 2376-2007. Acta número 32-2005 de fecha 5 de julio del año 2005.

Corte de Constitucionalidad: expediente 2376-2007. Acta número 33-2005 de fecha 7 de julio del año 2005.

Corte de Constitucionalidad: expediente 199-95. En: opinión dictada el 18 de mayo de 1995.

