

Derechos indígenas en américa del sur: cumplimiento de los estándares interamericanos

Indigenous rights in south america: observance with inter-american standards

Gabriela Navarro¹

¹ Universidade Federal de Lavras, Lavras, Minas Gerais, Brasil. Email: gabrielabnavarro@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7411-3479>.

Marina Mejía Saldaña²

² Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, Argentina. E-mail: marina_mejia345@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0135-0390>.

João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo³

³ Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: joaomqfigueiredo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6947-7841>.

Artigo recebido em 31/01/2022 e aceito em 02/02/2022.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Resumen

El artículo analiza la protección jurídica de los pueblos indígenas dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como el nivel de observancia de estos parámetros entre los países sudamericanos. Analiza el reconocimiento judicial, constitucional y legal de los países que han ratificado la Convención Americana, el Convenio 169 de la OIT, y han aceptado la jurisdicción de la Corte. Su objetivo es detallar el diálogo entre el sistema jurídico de estos países y el SIDH, aplicando la teoría de la cadena de eficacia.

Palabras clave: Pueblos indígenas; Cumplimiento; Cadena de eficacia

Abstract

The article details the indigenous legal protection within the Inter-American System of Human Rights, as well as the observance level within the South American countries. It analyses the judicial, constitutional and legal reality of the countries that ratified the American Convention, the International Labour Organisation Convention n. 169 and accepted the Court's jurisdiction. It aims to analyse the dialogue between those countries' domestic law and the System, applying the efficacy chain theory.

Keywords: Indigenous People; Observance; Enforcement Chain



1 Introducción

Este artículo pretende analizar el cumplimiento por parte de los países sudamericanos de los parámetros jurisprudenciales desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos territoriales indígenas, consolidados en el caso Xucuru vs. Brasil.

El Tribunal ha ido construyendo una jurisprudencia progresista y transformadora sobre las situaciones de marginación y exclusión que viven los pueblos indígenas. Sin embargo, el reconocimiento legal de los derechos indígenas no es nuevo en Sudamérica, ya que la mayoría de los países reconocen el derecho de los pueblos indígenas al territorio, ya sea en la Constitución o a través de tratados internacionales. Aunque no representan innovaciones jurídicas para el sistema nacional, las decisiones del sistema regional de derechos humanos cumplen el papel de reforzar las demandas de los movimientos sociales y de los organismos de protección indígena. Este refuerzo legal cobra importancia al observar un contexto de presión acelerada sobre los recursos naturales y las tierras, provocando un crecimiento exponencial de las violaciones del derecho a la propiedad colectiva indígena y una escalada de violencia contra los pueblos indígenas (GLOBAL WITNESS, 2018; TAULI-CORPUZ, 2018).

El artículo adopta la teoría de la cadena de eficacia desarrollada por Calabria (2018). La eficacia de los tribunales internacionales se dividiría en cinco niveles: cumplimiento, ejecución, fortalecimiento, aplicación y adecuación. Se adopta el primer nivel de eficacia, el cumplimiento. Se trata de la adhesión espontánea de un país a los parámetros del tribunal regional, que precede a una decisión final o a un caso contencioso que involucra al país (CALABRIA, 2018).

Para lograr el objetivo, se presenta el desarrollo de los derechos territoriales en la Corte Interamericana (tema 2), seguido de la presentación del contexto internacional de reconocimiento de derechos (tema 3) y el análisis de los derechos constitucionales reconocidos en Sudamérica y el estado de la ratificación del Convenio 169 de la OIT (tema 4). Aunque están garantizados constitucionalmente, los derechos territoriales se están violando gradualmente (tema 5). El artículo concluye afirmando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana consolida el reconocimiento interno de los derechos territoriales indígenas y lo analiza en relación con su actual reconocimiento, o no, en los tribunales constitucionales de América Latina, fortaleciendo a los actores sociales y



gubernamentales que actúan en la disputa por la efectividad del derecho a la propiedad colectiva (tema 6).

2 Derechos territoriales reconocidos por la corte interamericana

La Corte Interamericana ha consolidado la jurisprudencia internacional vinculante más progresista en materia de derechos territoriales indígenas, representando un modelo para los tribunales y tratados de todo el mundo, elogiado por varios investigadores en el campo de los derechos humanos (ANTKOWIAK; 2014; PASQUALUCCI, 2009; BURGORGUE-LARSEN, 20013; GILBERT, 2014).

Desde su creación hasta principios de abril de 2020, la Corte ha resuelto catorce casos contenciosos sobre derechos territoriales indígenas, habiendo reconocido el derecho a la propiedad colectiva sobre territorios ancestrales¹. Como la Convención Americana sólo reconoce el derecho a la propiedad desde una perspectiva individual y no menciona ningún derecho indígena, la Corte ha utilizado amplios métodos interpretativos para asegurar la protección de los derechos territoriales, como el principio pro homine, el uso del derecho consuetudinario indígena y la interpretación sistemática basada en el corpus iuris de los derechos indígenas.

Así, a través de la interpretación extensiva del artículo 21, la Corte reconoció la protección del vínculo indisoluble entre las comunidades indígenas y sus territorios ancestrales, reconociendo el deber del Estado de delimitar, demarcar, titular y sanear los territorios tradicionales y, además, de abstenerse de cualquier acto perjudicial para el disfrute de la propiedad. El derecho a la propiedad colectiva incluye el derecho a los recursos naturales indispensables para la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas. Para la exploración minera, el Tribunal estableció tres garantías de procedimiento: el derecho a la consulta libre, previa e informada, el reparto de los beneficios obtenidos y la elaboración de un estudio previo de impacto socio-ambiental. El objetivo es garantizar la continuidad cultural y física de los pueblos. La protección del

¹ Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001), Moiwana vs. Suriname (2005), Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006), Saramaka vs. Suriname (2007), Xámok Kásek vs. Paraguay (2010), Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), Operation genesis vs. Colombia (2013), Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano vs. Panama (2014), Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras (2015), Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras (2015), Kaliña y Lokono vs. Suriname (2015), Xukuru vs. Brazil (2018) y Lhanka Honhat vs. Argentina (2020).



territorio se ve reforzada por el reconocimiento de otros derechos paralelos. Los pueblos indígenas deben tener acceso a recursos procesales para proteger su propiedad, de conformidad con los artículos 8 y 25 del Convenio, incluido el derecho a la personalidad jurídica colectiva (artículo 3 del Convenio). El Tribunal reconoció además los derechos implícitos a la identidad cultural y a la autodeterminación y reconoció el derecho a una vida digna y el deber del Estado de garantizarlo. En los casos de Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek, las comunidades fueron desplazadas de sus territorios y experimentaron condiciones de miseria.

Se puede observar que hay una evolución en el reconocimiento de los derechos territoriales por parte del Tribunal. En primer lugar, el Tribunal reconoció el derecho a la propiedad colectiva y los procedimientos necesarios para acceder al derecho (Awastingni, 2001). A continuación, se reconoció que en los casos en que las comunidades indígenas son desalojadas por la fuerza de su propiedad, el Estado tiene la obligación de garantizar una vida digna, asegurando los derechos sociales básicos como la salud, la educación y la vivienda (Yakye Axa, 2005). El siguiente paso fue reconocer que el derecho a la propiedad abarca los recursos naturales indispensables para la supervivencia de los pueblos indígenas, estableciendo salvaguardas para la explotación económica por parte del Estado o de terceros (Saramaka, 2007). Finalmente, el deber estatal de saneamiento de la propiedad fue reconocido en Garífuna Triunfo de la Cruz (2015). Los derechos implícitos de autodeterminación e identidad cultural² fueron reconocidos respectivamente en *Saramaka* (2007) y *Kichwa de Sarayaku* (2012).

El caso Xucuru contra Brasil (2018) consolida el derecho a la propiedad colectiva. En la misma línea, Kaliña y Lokono c. Surinam (2018) consolida los parámetros para la explotación de recursos naturales en tierras indígenas.

Por último, en la decisión más reciente, Lhaka Honhat c. Argentina (2020), la Corte sostuvo que se había violado el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con los derechos a un medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a la

² Para algunos autores, el derecho a la identidad cultural ya había sido reconocido desde el caso Yakye Axa c. Paraguay (2005). Sin embargo, en Yakye Axa la identidad cultural sólo se menciona como un elemento integrante del derecho a una vida digna, y no como un derecho singular. Por primera vez en Kichwa de Sarayaku (2012), la Corte realizó una amplia revisión del derecho a la identidad cultural y reconoce su violación. (CHIRIBOGA, 2006; ODELO, 2012)



identidad cultural. Es la primera vez que el Tribunal examina estos derechos de forma autónoma sobre la base del artículo 26 de la Convención Americana³.

En el orden internacional, el reconocimiento de los derechos territoriales y la imposición de los deberes estatales de protección y no intervención en la propiedad colectiva indígena por parte de la Corte representó un gran avance en la lucha indígena por el reconocimiento de sus derechos.

3 Tratados y declaraciones de derechos indígenas reconocidos por el derecho internacional

En el derecho internacional, el estándar del Estado-nación desarrollado no atribuyó a los pueblos indígenas la condición de sujetos de derechos, subyugando su cultura como un "atraso" frente al Estado, porque no coincidían con la propuesta de civilización y progreso (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016).

Este contexto, ejemplificado por el carácter privatista de las primeras codificaciones civiles en América Latina, ha cambiado sólo recientemente. Este cambio llegó con la redemocratización de los países latinoamericanos y el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la Corte Interamericana, generando cambios en el derecho interno e internacional.

El primer cambio es en el Derecho Internacional, que sólo estudiaba la relación que se establece entre los estados, en las ideas de civilización y progreso (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016). Esta situación se transformó cuando las instituciones empezaron a regular las relaciones estatales para salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Así, se crearon el Derecho Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Organización Internacional del Trabajo, que abarcan mayores derechos humanos.

En este sentido, surgieron declaraciones y tratados específicos, dado el movimiento de descolonización de los territorios y la auto-afirmación de estos pueblos. La situación indígena, sin embargo, fue observada tardíamente dentro de esta dinámica,

³ El artículo 26 ya se había utilizado en casos anteriores como reconocimiento de la justiciabilidad directa de otros derechos sociales, como los derechos laborales y el derecho a la salud. El caso precursor fue Lagos del Campo contra Perú (2017). Para más información sobre el tema, véase MORALES, 2019 y SÁNCHEZ, 2018.



en vista de dos elementos: la elaboración del Convenio 107 de la OIT, de 1957, y la protección de los pueblos nativos por parte de las instituciones estatales.

El Convenio 107 de la OIT condicionó a los pueblos indígenas a un derecho de igualdad formal en relación con los demás ciudadanos, sin tener en cuenta sus condiciones diferenciadas de existencia, ya que confirió al Estado la tutela de sus derechos, con el objetivo de integrar a estos pueblos en la sociedad para que pudieran alcanzar la igualdad.

El Convenio 107, a pesar de resaltar el deber de protección de las comunidades indígenas, no contenía protecciones definitivas para su autonomía y sus territorios, ya que los vinculaba a la economía nacional y, en consecuencia, a la nación única (ZIMMERMANN; DAL RI JR, 2016), lo que provocaba violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Así lo revelan los informes sobre la represión en América Latina, como la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil.⁴

Los cambios en la comprensión de los derechos indígenas generaron el Convenio 169 de la OIT, que revisó el contenido de este convenio de 1957⁵. Esta nueva convención, elaborada en 1989 y ratificada por varios países a lo largo de los años 90 y 2000, es diferente de la primera. Este último convenio es muy importante para garantizar los derechos de los indígenas, ya que suprimió la idea de integración porque el convenio vigente comenzó a dar participación y poder a la idea de comunidad como sujeto colectivo y autónomo.⁶

En este sentido, se dio importancia a la realización de actividades económicas, laborales y educativas a los pueblos indígenas con, al menos, un mínimo de igualdad en

⁴ A modo de ejemplo, he aquí algunas de las conclusiones de la Comisión Nacional de la Verdad de Brasil: **"Para apoderarse de estas áreas y hacer realidad la extinción de los indios sobre el papel, empresas y particulares han intentado la extinción física de pueblos indígenas enteros -lo que equivale a un genocidio externalizado- ofreciendo alimentos envenenados, contagios deliberados, secuestros de niños y masacres con armas de fuego. [La Fundación Nacional del Indio sigue en cierto modo la práctica de su predecesor, el Servicio de Protección del Indio. Pero "moderniza" esta práctica y la justifica en términos de "desarrollo nacional", con la intención de acelerar la progresiva "integración": absorbe y dinamiza esas prácticas, dándoles -a nivel administrativo- una gestión empresarial (Renta Indígena, Programa Financiero para el Desarrollo de las Comunidades, etc.).(énfasis nuestro)**

⁵ Para los países que han ratificado el Convenio 169, el Convenio 107 ha sido revocado. Sin embargo, el Convenio 107 sigue en vigor para los países que sólo son signatarios de su contenido, aunque está cerrado a nuevas ratificaciones.

⁶ Artículo 1o_1. La presente convención se aplica a) **los pueblos tribales de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la comunidad nacional y que se rijan total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; Artículo 6 (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente** b) establecer los medios para que los pueblos interesados puedan



relación con otros segmentos sociales.⁷ Además, les otorgó el derecho a la consulta en los procesos que tienen algún impacto en el universo tradicional indígena, respetando la forma de expresión de los pueblos originarios, determinando las formas de definir las instituciones que los representarían, posteriormente delimitadas por los organismos internacionales (CALDERA, 2013).

Así, en lugar de la homogeneización, se basa en la idea de la diversidad.⁸ A pesar de ello, hay críticas porque en los estudios sobre la consulta previa, se cuestionó la participación y emisión de una mera opinión o de un consentimiento efectivo a las propuestas, condicionando la realización de acciones para extraer recursos de las tierras indígenas. En este sentido, la OIT, en 2003, no reconoció el deber del Estado de considerar el consentimiento de los pueblos indígenas para llevar a cabo acciones que les afecten consecuentemente.

Los derechos indígenas se profundizaron con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La cuestión indígena ha sido motivo de preocupación en la ONU desde 1971, cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) nombró un Relator Especial sobre Cuestiones Indígenas. El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, órgano de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, comenzó a elaborar un proyecto de declaración durante la década de 1980, pero no fue aprobado por la Asamblea General de la ONU hasta 2007 (TOMASELLI, 2016).

Esta declaración proporciona una base consistente para el reconocimiento de las identidades indígenas a través del derecho indicativo. En este sentido, el soft law tiene sus ventajas, con un elevado número de países firmantes, la mayor posibilidad de participación de actores no estatales en su elaboración, y la entrada en vigor

participar libremente, al menos en la misma medida que otros sectores de la población y en todos los niveles, en la adopción de decisiones en las instituciones eficaces o en los órganos administrativos y de otra índole responsables de las políticas y programas que les conciernen;

⁷ Artículo 7o 1. **Los pueblos interesados deberán tener el derecho de elegir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.** Además, estos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente. (énfasis añadido)

⁸ Esta es la interpretación que defiende Shiraishi Nt: "Parece que hay un cambio radical para acabar con cualquier forma de tutela, siempre presente en los mecanismos legales, que ven notablemente a estos pueblos y grupos sociales como sujetos inferiores, incapaces de discernir sus propios actos. En este caso, el "principio de igualdad" debe ser el presupuesto y no el objetivo a alcanzar, ya que la emancipación deriva del reconocimiento de la existencia de la diversidad y de las diferencias culturales, que implican a sujetos distintos que conocen perfectamente sus necesidades más inmediatas y cercanas". (énfasis añadido) (2004)



inmediatamente después de su firma, independientemente de la ratificación (BARELLI, 2009).

Por ello, la Declaración se considera el instrumento más amplio y progresista en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (TOMASELLI, 2016; BARELLI, 2009). La Declaración reconoce el derecho a la autodeterminación y al autogobierno (arts. 3 y 4) de los pueblos indígenas, así como el derecho a la demarcación y protección de las tierras ancestrales (arts. 25 a 20), el derecho al consentimiento libre, previo e informado (arts. 28 y 29), además de múltiples derechos sociales y culturales, como la educación, la protección de los niños indígenas y la enseñanza de sus tradiciones también a otros segmentos sociales; la salud; el patrimonio cultural; el derecho al consentimiento libre, previo e informado, avanzando en el derecho a la consulta.

A pesar de ello, se observa una dificultad en el cumplimiento de estos dispositivos. Es importante señalar las constantes violaciones contra los pueblos indígenas, a pesar de las transformaciones del constitucionalismo latinoamericano.

4 Derechos territoriales indígenas en américa del sur

El florecimiento de los derechos constitucionales indígenas en el Cono Sur llegó con el período de redemocratización y puede distinguirse en dos momentos distintos. En un primer momento, en las constituciones promulgadas entre finales de la década de 1980 y principios de la de 1990, las constituciones reconocieron los derechos básicos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a los territorios ancestrales y el respeto a la identidad cultural.

A finales de los años 90 y principios del siglo XXI, se produce un giro transformador en el reconocimiento de los derechos indígenas, expresado en las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, inaugurando el llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano". Estas tres constituciones reconocen el Estado plurinacional, valorando el pluralismo jurídico y "reinventando el espacio público a partir de los intereses y necesidades de las mayorías históricamente excluidas de los procesos de decisión" (WOLKMER, 2011).

Con algunas excepciones, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural, así como a la posesión o propiedad de los territorios ancestralmente ocupados, es



unánime. La mayoría de las constituciones también reconocen el derecho a la participación previa para la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, aunque sólo Ecuador y Bolivia mencionan expresamente el derecho a la consulta libre, previa e informada. Paraguay y Perú no reconocen constitucionalmente el derecho a la consulta, pero la ausencia se subsana parcialmente con la ratificación del Convenio 169.

En cuanto a los derechos procesales, existe una tendencia al reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva (Brasil, Argentina, Guyana y Perú). Algunos países establecen parámetros de participación política (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay y Venezuela), y la jurisdicción indígena está reconocida constitucionalmente en Colombia y Ecuador. Por último, el derecho al autogobierno está reconocido en Bolivia, Colombia, Ecuador y Paraguay (véase el cuadro 1 del anexo).

Asimismo, prácticamente todos los países sudamericanos han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Todos los países que han ratificado el Convenio le otorgan un estatus especial dentro del ordenamiento jurídico, ya sea constitucional o suprallegal (véase el cuadro 2 del anexo).

En Brasil y Chile, el estatus suprallegal se afirmó judicialmente en ausencia de una disposición constitucional específica; en los demás países, la propia Constitución garantiza una jerarquía privilegiada a los tratados de derechos humanos. Aun así, muchos tribunales constitucionales latinoamericanos han reconocido la jerarquía especial que garantiza el Convenio 169 de la OIT desde principios de la década de 2000. Este es el caso de los tribunales constitucionales de Colombia, Argentina, Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela (OIT, 2009).

En relación con los tres países que no reconocen derechos territoriales constitucionales, existen diferencias en relación con el nivel de protección de los pueblos tradicionales. Chile, a pesar del vacío constitucional, ratificó el Convenio 169 (aunque tardíamente, en 2008), tiene una legislación interna que protege los derechos indígenas (Ley 19.253/93) y cuenta con una institución específica para la demarcación de tierras, la CONADI - Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (ANAYA, 2009; ALYWIN, 2004).

Sin embargo, Surinam y Uruguay no reconocen constitucionalmente ningún derecho indígena y no son signatarios del Convenio 169. Mientras que en Surinam no existe ninguna norma o institución legal que garantice los derechos indígenas, en Uruguay



la legislación infraconstitucional reconoce algunos derechos⁹. Además, mientras que Uruguay se pronunció a favor de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Surinam fue uno de los pocos países que votó en contra.

En general, en la mayor parte de Sudamérica, el reconocimiento de los derechos territoriales indígenas fue anterior al reconocimiento ante la Corte Interamericana. Esta precedencia en el reconocimiento de derechos es reafirmada por el propio Tribunal, ya que en tres decisiones se mencionó el ordenamiento jurídico interno como parte del *corpus iuris*, reforzando la interpretación extensiva que llevó al reconocimiento del derecho colectivo a la propiedad y el derecho de consulta¹⁰.

Algunos países sudamericanos ya han sido condenados por la Corte Interamericana por violaciones de los derechos territoriales indígenas. Paraguay fue condenado en los casos *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaya* (2006) y *Xákmok Kásek* (2010) por despojo y violación del derecho a una vida digna; Surinam fue condenado en los casos *Moiwana* (masacre y desplazamiento forzado, en 2005), *Saramaka* (tala de árboles, en 2007) y *Kalina y Lokono* (explotación de minerales, 2018); Ecuador fue condenado en *Kichwa de Sarayaku* por explotación petrolera (2012); Colombia fue condenada por desplazamiento forzado en la Operación Génesis (2013); y Brasil fue condenado en el caso *Xucuru* por falta de saneamiento (2018).

En los casos contra Ecuador, Colombia y Brasil, la Corte reconoció la protección legal interna de los derechos indígenas, pero declaró que en los casos concretos se había incumplido la legislación, violando los derechos territoriales. Por último, en los casos contra Surinam, la Corte ordenó la adopción de un marco legislativo que reconozca el derecho de los indígenas al territorio, además de proporcionar mecanismos procesales adecuados para su reclamación.

5 Crecientes violaciones de los derechos territoriales

A pesar de los avances en la legislación y la jurisprudencia, las violaciones de los derechos de estas comunidades persisten. A pesar de su reconocimiento, no se observa el ejercicio

⁹ La Ley 18.589 de 2009 establece el día de la Nación Charrúa y la Identidad Indígena, reconociendo y valorando la identidad cultural indígena.

¹⁰ Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador; Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Pueblo Indígena Emberá de Bayano c. Panamá; Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros c. Honduras



efectivo de estos derechos. Según el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estas poblaciones han sido históricamente sometidas a una discriminación estructural y, debido a la prevalencia de los intereses comerciales, las comunidades indígenas siempre han sido víctimas de agresiones cuando buscan proteger sus tierras (TAULI-CORPUZ, 2018). Esto ha provocado un aumento de las protestas de los pueblos indígenas y sus defensores contra estos proyectos que amenazan la supervivencia de estas comunidades (CIDH, 2019).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que no se obtiene el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para otorgar concesiones a las empresas extractivas, y el Estado no controla estos proyectos (CIDH, 2019).

Además, la situación de los defensores se ve agravada. Tanto el Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos como el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute del medio ambiente hablan de una "crisis mundial" de violencia contra los defensores de los derechos humanos, y en particular contra los defensores de los derechos indígenas (FORST, 2016). El Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos, las empresas transnacionales y otras empresas declaró que ha recibido varios informes de asesinatos, ataques y amenazas contra los defensores de los derechos humanos que defienden los derechos de los indígenas contra los flagelos cometidos por las empresas extractivas (CDH, 2014).

Según Global Witness, 164 defensores del medio ambiente fueron asesinados en 2018 (GLOBAL WITNESS, 2019). La mitad de estos asesinatos se produjeron en América Latina, en parte debido a la tradición de activismo por los derechos humanos de esa región. Se estima que 28 defensores de los derechos indígenas fueron asesinados en 2019 en este territorio (SUPERVIVENCIA CULTURAL, 2019), considerando a Brasil como el estado más inseguro para estos defensores. La mayoría de los asesinatos están relacionados con la minería y el petróleo, en segundo lugar con la agroindustria, en tercer lugar con la caza furtiva y por último con la tala de árboles. La Coalición contra el Acaparamiento de Tierras informó de 65 casos de detenciones arbitrarias y acoso judicial,



92 asesinatos y 46 casos de amenazas contra defensores del medio ambiente y de los derechos humanos en el primer trimestre de 2019 (COALITION, 2019).

Asimismo, el trabajo de los defensores de los derechos indígenas es a menudo criminalizado, una situación cada vez más frecuente en América Latina (CIDH, 2015). Los países de la región utilizan el derecho penal como represalia contra quienes exponen los efectos adversos que tendrían diversos proyectos sobre la supervivencia de las comunidades indígenas. Rodolfo Stavenhagen, ex Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, destacó que la criminalización de las actividades de protesta pacífica destinadas a reclamar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas debe considerarse hoy en día como uno de los fracasos más rotundos en la defensa de los derechos humanos (STAVENHAGEN, 2004).

Se sanciona la protesta pacífica de los defensores de derechos humanos, recurriendo a figuras como la instigación, el desacato a la autoridad o el terrorismo. También se llevan a cabo campañas de difamación contra ellos (STAVENHAGEN, 2004). Asimismo, se observa que la declaración del estado de excepción que permite la suspensión de garantías es otra herramienta utilizada para reprimir las demandas sociales (ARTICLE 19, 2015). De este modo, se acaba fragmentando a las comunidades indígenas.

El sistema interamericano ha analizado la utilización del delito de terrorismo para impedir las reivindicaciones de los pueblos indígenas. En el caso Norín Catrimán y otros contra Chile, la Corte indicó el patrón de aplicación del delito de terrorismo contra el pueblo mapuche. Esta situación también fue reconocida por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, quien denunció la utilización del delito de terrorismo para disuadir a los miembros del pueblo mapuche de sus protestas, destacando que las demandas sociales de las organizaciones indígenas no deben ser criminalizadas (STAVENHAGEN, 2003).

Por su parte, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los defensores de los derechos humanos denunció que las empresas privadas proporcionan información falaz para perseguir a líderes indígenas y defensores de derechos humanos (FORST, 2016). Según el Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, el poder judicial es a



menudo cómplice al permitir que prosperen estas denuncias infundadas (TAULI-CORPUZ, 2018).

En base a lo anterior, está claro que hay que tomar medidas contundentes tendientes a revertir la tendencia de agresiones contra los defensores de los derechos humanos de los pueblos indígenas porque, como dice Victoria Tauli-Corpuz, Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "si vamos a salvar el planeta, tenemos que dejar de matar a las personas que lo protegen".

6 cumplimiento en américa del sur: control de convencionalidad

6.1 control de convencionalidad

Una de las formas de cumplimiento que realiza el Estado es el control de convencionalidad, doctrina difundida por la Corte Interamericana y que se define como una obligación de cualquier agente estatal (principalmente tribunales y jueces) de aplicar la Convención Americana en la interpretación interna de los derechos (MAC-GREGOR, 2015). La base jurídica de la doctrina son los artículos 1.1 del Convenio (deber de respetar los derechos y libertades), 2 (deber de adaptar el ordenamiento interno adaptándolo al Convenio) y 29 (interpretación extensiva o *pro personae*). Asimismo, la doctrina está relacionada con los principios de buena fe, eficacia y *pacta sunt servanda*, según los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena (MAC-GREGOR, 2015; MAC-GREGOR, 2016).

La adopción de la doctrina ha sido distinta según los tribunales internos, con algunos países que la ignoran, otros que la enfrentan directamente y algunos que adoptan los estándares convencionales, promoviendo una heterogeneidad normativa en América Latina (TORELLY, 2017).

En cuanto a los derechos territoriales, un gran número de países sudamericanos ya contaban con normas sobre derechos indígenas en su derecho interno, muchos de ellos atribuyendo rango constitucional al Convenio 169 de la OIT. Así, el desarrollo de la jurisprudencia regional se produce en paralelo a la adopción de parámetros normativos por parte de los tribunales constitucionales (GONGORA-MERA, 2017). Algunos países mencionan expresamente las decisiones de la Corte IDH (Argentina, Bolivia, Ecuador,



Colombia y Perú), mientras que otros adoptan parámetros muy cercanos a los regionales, aunque sin mencionar expresamente a la Corte IDH (Chile, Paraguay y Venezuela)¹¹.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina¹² falló a favor de una comunidad indígena en el caso "Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta", decidido el 30 de septiembre de 2008, citando un extenso pasaje del fallo *Yakye Axa* sobre la relación entre la identidad cultural y el derecho a la propiedad colectiva, además de citar el caso *Awás Tingni*. También se cita el Convenio 169 de la OIT y la decisión fue unánime¹³.

El Tribunal Constitucional de Perú también reconoce los estándares jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana. En los casos resueltos, la Corte peruana ha reconocido la relación indispensable entre la identidad cultural indígena y los recursos naturales, y que la ausencia de un título formal no impide la protección legal de los pueblos tradicionales. Justifica tal decisión citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana (*Awás Tingni, Saramaka, Moiwana, Yakye Axa y Sawhoyamaxa*¹⁴), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT, de carácter vinculante, y reconoce el deber de consulta previa de los pueblos indígenas¹⁵. Este reconocimiento jurisprudencial se produjo nuevamente en una decisión posterior en 2011, reafirmando con los precedentes convencionales (*Sawhoyamaxa*)¹⁶.

El uso del control de convencionalidad en Bolivia es muy similar al caso peruano. El Tribunal Constitucional Plurinacional reconoce el carácter vinculante de las decisiones

¹¹ No encontramos ninguna decisión de los tribunales constitucionales que reconozca los derechos indígenas precisamente en los países con menor protección constitucional de los derechos indígenas, Surinam, Guyana y Uruguay. La ausencia de jurisprudencia puede estar relacionada precisamente con la ausencia de reconocimiento de derechos.

¹² La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una trayectoria de aceptación del principio de convencionalidad, reconociendo en varios casos el carácter vinculante de las decisiones de la Corte para el ordenamiento jurídico argentino, a pesar de un cambio de posición transitorio en 2015, en el caso *Fonvechia*. Para más información sobre el Tribunal argentino, véase GONZALEZ-SALZBERG, 2011

¹³ Corte Suprema Argentina, Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo, Sentencia 30 de septiembre de 2008, n. InternoC2124XLI. *Yakye Axa* já havia sido mencionado na Corte Suprema Argentina, ainda que apenas em um voto dissidente no caso "Comunidad Aborígen Lhaka Honhat c/ provincia de Salta", exalado pelo Min. Carlos Fayat. Asociación de Comunidades Aborígenas Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y outro s/ acción declarativa de certeza. 27 de Septiembre de 2005, voto separado do Min. Carlos Fayat

¹⁴ Tribunal Constitucional de Perú, Pleno, Lima, Exp. N. 3343-2009-PA/TC, Jaime Hans Bustamante Johnson, 19 de febrero de 2009. En el mismo sentido, véase Tribunal Constitucional de Perú, Pleno, Lima, Exp. N. 6316-2008-PA/TC, Asociación interétnica de desarrollo de la selva peruana (AIDESP), 11 de noviembre de 2009, voto singular de Mag. Landa Arroyo, mencionó los parámetros adoptados en *Saramaka*.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 22-2009-PI/TC, Gonzalo Tuanama Tuanama y otros, 09 de junio de 2010.

¹⁶ Tribunal Constitucional de Peru, Pleno, Lima, Exp. N. 24-2009-PI, Gonzalo Tuanama Tuanama y otros, 26 de julio de 2011.



regionales y dialoga con sus casos¹⁷. En palabras del Tribunal, "las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben servir para revelar la constitucionalidad de una determinada norma jurídica"¹⁸.

La sentencia más relevante de este tribunal es el caso emblemático TIPNIS¹⁹. El Tribunal reconoce la protección constitucional de los derechos indígenas, reafirmando los derechos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y reconoce por unanimidad la constitucionalidad de las leyes²⁰. La Corte también ha citado varios informes de la CIDH, informes del Relator Especial de la ONU sobre Derechos Indígenas, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia N° T-129/2011, la decisión del Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT y la decisión de la Corte Interamericana en Saramaka.

En cuanto al derecho a la consulta, la jurisprudencia más progresista ha sido la emitida por la Corte Constitucional de Colombia (CCC), que cuenta con múltiples decisiones en la materia producidas en abierto diálogo con la Corte Interamericana. La CCC ha consolidado la jurisprudencia sobre los derechos indígenas, basándose en el Convenio 169 de la OIT y en los parámetros de la Corte Interamericana, mencionando reiteradamente los casos *Awas Tingni*, *Yakye Axa*, *Sawhoyamaya* y *Xákmok Kásek* para interpretar el derecho a la propiedad y la multiculturalidad, así como el fallo *Saramaka*, respecto al derecho a la consulta²¹ y ya ha citado el caso del Pueblo Xucuru²².

Se observa que la decisión más paradigmática es la sentencia T-129/11. El CCC reconoció la protección cultural y territorial de los pueblos indígenas garantizada tanto en la Constitución como en el Convenio 169 de la OIT. El Convenio se interpretó utilizando la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas y la interpretación realizada por la Corte Interamericana en *Saramaka*. En el plano del derecho internacional, también se

¹⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 2056/2012, Mag. Rel. Soraida Rosario Cháñez Chire, exp. N. 00213-2012-01-AIA, 16 de octubre de 2012 (reproduciendo *ipsis literalis* un amplio fragmento del *Kichwa de Sarayaku*); Sala Primera Especializada, Sentencia 0572/2014, Mag. Rel. Tata Gualberto Cusi Mamani, exp. N. 02889-2013-06-AP, 10 de marzo de 2014 (con un amplio y detallado análisis de la doctrina del control de convencionalidad y del carácter vinculante de las decisiones del tribunal regional);

¹⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 0079/2015, Mag. Rel. Macario Lahor Cortez Chavez, exp. N. 09543-2014-20-AIA, 09 de septiembre de 2015.

¹⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sala Plena, Sentencia 0300/2012, Mag. Rel. Mirtha Camacho Quiroga, exp. N. 00157-2012-01-AIA e 00188-2012-01-AIA (acumulado), 18 de junio de 2012

²⁰ Para un análisis más profundo del caso TIPNIS, ver LAING, 2014 y BOHR ILAHOLA, 2015.

²¹ A título de ejemplo, mencionamos las siguientes decisiones: CCC, Sentencia T-307/2018, Tercera Sala de Revisión, Exp. T-3836834, 27 de julio de 2018; CCC, Sentencia T-766/15, Cuarta Sala de Revisión, Exp. T-4327004, 16 de diciembre de 2015;

²² CCC, Sentencia T-153/19 Novena Sala de Revisión, Exp. T-7.056.143, 3 de abril de 2019



mencionaron los informes emitidos por el Relator de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Sr. James Anaya. Por último, el CCC ha revisado su propia jurisprudencia sobre el derecho a la consulta, estableciendo parámetros específicos para la misma. Los parámetros establecidos en la sentencia T-129/11 se convierten en una referencia para múltiples decisiones posteriores.

Es importante mencionar que la jurisprudencia colombiana ofrece normas más protectorias para los pueblos indígenas que la propia Corte Interamericana. El Tribunal regional se ha referido a la obligación de consultar a los pueblos indígenas de buena fe, refiriéndose al consentimiento exclusivamente en Saramaka y sólo para proyectos de alto impacto. En cambio, la CCC entiende que el consentimiento es obligatorio independientemente de la magnitud del impacto causado por el proyecto. Esta puede ser una de las razones por las que el CCC no menciona ningún caso de la Corte Interamericana sobre el derecho a la consulta posterior a Saramaka, ya que ninguno de ellos se refiere al consentimiento.

Otro de los países con una legislación más avanzada en materia de derechos indígenas es Ecuador. La reforma constitucional de 2008 fue revolucionaria al reconocer al Estado como plurinacional y garantizar constitucionalmente los valores indígenas, como el *sumak kawsay* y la protección de la *pacha mama*. Además, los tratados internacionales de derechos humanos se consideran supraconstitucionales, como es el caso del Convenio 169 de la OIT (WOLKMER; FAGUNDES, 2011). La Corte Constitucional ecuatoriana ha hecho referencia a las decisiones del tribunal regional como parámetro interpretativo de los derechos territoriales.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que las menciones de la Corte Interamericana son posteriores al caso Kichwa de Sarayaku (2012), que, dentro de la cadena de eficacia, está en el nivel de aplicación, no de cumplimiento.²³

En relación con Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) se ha mostrado generalmente reticente a los nuevos entendimientos en torno a la cuestión indígena. Esto

²³ En un caso resuelto en 2014, se analizó la aplicación de una pena por parte del sistema de justicia indígena ante la comisión de un homicidio. La Corte ecuatoriana hizo uso de los estándares regionales de interculturalidad, valoración de la identidad indígena y el derecho a la identidad cultural, mencionando múltiples casos judiciales. (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 113-14-SEP-CC, Caso n. 0731-10-EP, 30 de julio de 2014). En otra decisión del mismo año referida a los derechos territoriales, el tribunal ecuatoriano reconoció y aplicó las reglas de interpretación de la propiedad colectiva indígena establecidas en *Awas Tingni* y *Sawhoyamaya* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 141-14-SEP-CC, Caso n. 0210-09-EP, 24 de septiembre de 2014). Por último, en 2017 se mencionaron los casos *Saramaka* y *Kalina y Lokono*



ocurre porque el STF atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos la condición de normas supralegales, sometiendo los parámetros jurisprudenciales del Tribunal a una jerarquía inferior a la Constitución. La primera vez que el STF citó casos indígenas de la Corte Interamericana fue en el ADI 3239, que se refería al reconocimiento de los derechos de los quilombolas. Se citaron los casos de Saramaka y Moiwana.

Contradictoriamente a las situaciones de los derechos de los quilombolas, los parámetros jurisprudenciales de la Corte no se aplican a los derechos de los pueblos indígenas. En 2009, en la sentencia de la petición nº 3888 sobre la constitucionalidad de la demarcación de la reserva indígena Raposa Serra do Sol, este sesgo se puede identificar en el informe del juez Carlos Ayres Britto²⁴. El magistrado reitero que la garantía constitucional y el concepto de tradición, que fundamenta la posesión perpetua de estos pueblos, tendría como límite temporal la fecha de promulgación de la Constitución de 1988, bajo la justificación de que podría producirse un fraude, ignorando el criterio de la ascendencia. La decisión fijó diecinueve restricciones sobre las tierras indígenas que no fueron precedidas de ninguna consulta con los pueblos afectados²⁵.

En los casos indígenas, el STF sólo ha citado precedentes interamericanos en dos decisiones monocráticas recientes: en la decisión de la Medida Cautelar en la Acción Directa de Inconstitucionalidad 6. 062, informada por el juez Luís Roberto Barroso, sobre la inconstitucionalidad de la transferencia de la competencia para la demarcación de tierras indígenas y otros asuntos relacionados con los pueblos indígenas del Ministerio de Justicia a los Ministerios de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento y de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos; y la Medida Cautelar en una demanda de mandamiento judicial en un proceso de demarcación de tierras que no incluía la participación indígena.²⁶

En resumen, a pesar de algunas menciones de instrumentos jurídicos ratificados por Brasil, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas, y de la jurisprudencia de la propia Corte cabe destacar que el Tribunal Supremo

sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n. 001-17-PJO-CC, Caso n. 0564-109-JP, 08 de noviembre de 2017).

²⁴ En particular, el ministro afirma que está en vigor una "era constitucional que supera el valor de la inclusión social en sí misma para alcanzar, ahora sí, la etapa superior de la integración comunitaria de todo el pueblo brasileño". Además, el ministro utiliza la denominación en desuso de "aborigen".

²⁵ La Corte Interamericana es mencionada en un voto particular del juez Menezes de Direito, en el que se cita el caso Awas Tingni como reconocimiento del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas.

²⁶ STF, Pleno, ADI – MC 6062 (1 Agosto 2019); STF, Mon. Luis Roberto Barroso, AR - MC 2761 (5 NOVIEMBRE 2019).



brasileño utilizó los parámetros convencionales, pero como argumento persuasivo para apoyar otros argumentos.

6.2. Cumplimiento de los estándares convencionales por parte de las entidades estatales y los actores sociales

El control de convencionalidad suele asociarse al Poder Judicial, pero el control también puede verse en la actuación de otros órganos del Estado, que pueden proponer el control al Poder Judicial o enfrentarse a los órganos y entidades del pacto federativo en la defensa de los derechos territoriales (MAC-GREGOR, 2017).

En relación con los derechos procesales indígenas, cabe destacar la celebración de un acuerdo internacional entre varios países denominado "Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad", que establece principios para facilitar el acceso a la justicia en relación con las condiciones de vulnerabilidad que sufren algunos pueblos. El acuerdo fue redactado por un grupo de trabajo compuesto por las siguientes organizaciones: Conferencia Judicial Iberoamericana, Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO) y la Unión Iberoamericana de Colegios y Asociaciones de Abogados (UIBA). El acuerdo adopta parámetros establecidos por el Tribunal en su jurisprudencia territorial frente al aparato judicial estatal (IBEROAMERICANA, 2013; RIBOTTA, 2012). En el manual comentado sobre la aplicación de las Reglas de Brasilia, se interpreta su contenido a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, citando varios casos territoriales (MARTÍN, 2018).

En relación con las acciones de los órganos estatales, los ejemplos brasileños incluyen el Ministerio Público Federal, que presentó un caso ante el Poder Judicial en relación con los derechos territoriales indígenas en el caso de la planta hidroeléctrica de Belo Monte, que buscaba la demarcación de las tierras indígenas antes de la



implementación del proyecto²⁷ y la Oficina del Defensor Público Federal, que fue *amicus curiae* en el caso de Xucuru contra Brasil, en nombre de la comunidad indígena.

Los ejemplos argentinos consisten en la participación del Defensor del Pueblo de Argentina y del Ministerio Público de la Nación Argentina, ambos en el caso de la Comunidad Indígena Iwi Imemby expresando que la Corte Interamericana "*supone una mayor garantía tanto para el reconocimiento como para el ejercicio e implementación de estos derechos*"²⁸, como en el dictámen: "Comunidad Toba c/ Provincia de Formosa s/ Amparo" - CSJ 528/2011, citando los casos de la "Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay", "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua" y "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay".

Una iniciativa supranacional fue la organización de la publicación "Estándares regionales de actuación defensorial en procesos de consulta previa de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú", reforzando los estándares mínimos del derecho a la consulta. Ambos documentos mencionan la jurisprudencia del Tribunal sobre el derecho a la consulta (ALMENARA; LINARA, 2017).

Este protagonismo de las defensorías públicas se explica por el acuerdo con la Corte Interamericana para representar a las víctimas ante este tribunal, proporcionando un mayor acceso a la justicia para estos grupos vulnerables²⁹.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana también ha delineado el contenido de los procesos de consulta indígena. En una solicitud realizada a la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile sobre la procedencia de la consulta a los pueblos indígenas respecto de la modificación de la "Ley General de Urbanismo y Construcciones" (Boletín N°11175-01), la asesoría técnica parlamentaria cita el caso "Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador" para establecer que la consulta a las comunidades indígenas en casos como el presente es una obligación internacional (BCN, 2019).

Además de la influencia en los organismos estatales, existe un impacto de la jurisprudencia del Tribunal en el trabajo de las Organizaciones No Gubernamentales que

²⁷ MPF-PA, ACP 0000655-78.2013.4.01.3903, petición inicial, 19 de abril de 2013. Disponible en: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/atuacao-do-mpf/acoes-coordenadas-11/dia-do-indio/docs_dia-do-indio/acp-0000655-78-2013-4-01-3903-belo-monte-protecao-territorial/view. Acceso en: 10 de abril de 2020.

²⁸ Defensor del Pueblo de la Nación. Afectación a Derechos de una comunidad aborigen. Actuación nro. 1331/14 7 de Septiembre de 2016, folio nro. 10.

²⁹ Acuerdo entre la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la representación de grupos vulnerables. Disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/users/uploads/1402684164Acuerdo%20final%20OEA%20AIDEF.pdf>. Acceso en: 10 de Abril de 2020.



trabajan en la protección de los derechos humanos. Existe una vasta bibliografía que relaciona esta interacción, tanto en el sentido de que fortalecen las demandas sociales (CAVALLARO, 2002; SOLEY, 2019), la formación de redes internacionales de derechos humanos (KECK; SIKKINK, 2018) como también expresan la influencia de los movimientos sociales en el cumplimiento de las decisiones (CAVALLARO; BREWER, 2008). Sin embargo, poco se ha escrito específicamente sobre el tema de los derechos indígenas, con la excepción del trabajo desarrollado por la Open Society Foundations (2017).

Un ejemplo de estas actuaciones es la misión internacional promovida por organizaciones chilenas, denunciando los abusos contra el pueblo mapuche y el uso de leyes antiterroristas para criminalizar sus reivindicaciones legítimas por sus tierras ancestrales. Se han citado numerosos casos de la Corte Interamericana para dar fundamento a los argumentos contra la represión de las reivindicaciones sociales (INFORME FINAL DE LA MISIÓN INTERNACIONAL A CHILE, 2020).

Con esto, se enumeran algunos ejemplos de cumplimiento de las sentencias de la Corte, en una lista que no busca ser exhaustiva, dado que el objetivo es sólo mostrar las buenas prácticas en la relación entre el Estado y la Corte Interamericana, más allá de la presencia del Poder Judicial.

7 Consideraciones finales

Este artículo ha presentado la influencia de los estándares jurisprudenciales creados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos territoriales en los sistemas jurídicos de América del Sur.

El nivel de control de la convencionalidad en los países sudamericanos es muy variable. Mientras que algunos países, como Bolivia, Colombia y Perú, mantienen un largo y consolidado diálogo con la Corte Interamericana, otros países han ignorado la evolución de la jurisprudencia regional (como Paraguay y Chile). En una posición intermedia, hay países que, aunque citan la jurisprudencia del Tribunal regional, ésta no parece tener un impacto sustancial en el reconocimiento de los derechos (como Argentina y Brasil).

El análisis propuesto aportó dos observaciones a la construcción teórica de la cadena de eficacia. La primera es que la separación entre observancia y aplicación puede no tener tantos efectos prácticos, como demuestra el caso colombiano. Las referencias



del CCC al Tribunal regional no cambiaron en absoluto después de la sentencia del caso de la Operación Génesis contra Colombia, por lo que la eficacia de los parámetros regionales específicamente en ese caso parece estar desconectada de la existencia de una decisión contra el país en cuestión.

Una segunda consecuencia del análisis de los casos territoriales para la cadena de efectividad es presentar escenarios de evolución en el reconocimiento de los derechos de manera simultánea en varios países y a nivel internacional, descartando una interpretación de que el impacto de la Corte Interamericana en el sistema jurídico interno sería unilateral.

En cualquier caso, la Corte Interamericana ha reforzado los órganos de protección indígena y ha influido en los tribunales constitucionales para que adopten parámetros interpretativos. En un momento de gran presión sobre los pueblos tradicionales, el papel de la Corte Interamericana como aliada en la transformación de situaciones fácticas de exclusión se hace incuestionablemente necesario.

Referencias bibliográficas

ALEIXO, Mariah Torres; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de. **Convenção 169 da OIT em disputa: consulta prévia, pensamento descolonial e autodeterminação dos povos indígenas**. 2014. 17 fls. 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, Disponible en: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402003900_ARQUIVO_Oliveira&Aleixo29RBA-GT.48.pdf. Acesso em: 10 de Março de 2020.

ALMENARA, M. B.; LINARES, C. C. (ed.). Buenas prácticas en procesos de consulta previa identificadas por las defensorías del pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Federación Iberoamericana del Ombudsman: Lima, 2017.

ANAYA, James. **La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el relator especial anterior**, A/HRC/12/34/Add.6 14 de septiembre 2009.

ANTKOWIAK, Thomas. Rights, resources and rhetoric: indigenous peoples and the inter-american court. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, 33 /1, p. 113–187, 2014.

ARTICLE 19. **A Deadly Shade of Green: Threats to Environmental Human Rights Defenders in Latin America** London, 2016.

AYLWIN, José. La política pública y el derecho de los mapuche a la tierra y al territorio. In AYLWIN, Jose (ed.) **Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno**. Instituto de estudios indígenas: Santiago, 2004. 279-290.

BAILO, Gonzalo L.; DE VIOLA, Ana María Bonet; MARICHAL, Maria Eugénia. Bienes Comunes



en los Primeros Códigos Civiles Latinoamericanos. **Revista Direito GV**. São Paulo, V.14, N.2, mai-ago 2018. p. 775 - 803. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0775.pdf>. Acceso en: 16 de Marzo de 2020.

BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 58, no. 4, 2009, pp. 957–983.

BCN. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Consulta previa indígena y medidas legislativas: estándar internacional y práctica nacional. Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional Forestal, enero 2019.

BOHRT IRAHOLA, Carlos. El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS. **Rev. Jur. Der.**, La Paz, v. 2, n. 3, p. 59-82, dic. 2015. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102015000200007&lng=es&nrm=iso. Acceso en 06 abr. 2020.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório: textos temáticos / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. 416 p. – (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2). Disponible en: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acceso en: 12 de Marzo de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239/DF. Procedimento para Identificação, Reconhecimento, Delimitação, Demarcação e Titulação das Terras Ocupadas por Remanescentes das Comunidades dos Quilombolas. Ato Normativo Autônomo. Art. 68 do ADCT. Direito Fundamental, Eficácia Plena e Imediata. Invasão da Esfera Reservada a Lei art. 84, IV e VI, “a”, da CF. Inconstitucionalidade Formal. Relatora: Ministra Rosa Weber. 01 de Fevereiro de 2019. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acceso en 02 de Abril de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular - PET 3388/RR. Ação Popular relativa a Demarcação de terras indígenas na área Raposa Serra do Sol. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 01 de Julho de 2010. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acceso en: 15 de Marzo de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.062/DF. Transferência da Competência da Demarcação das terras indígenas e de assuntos dos povos originários para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Inconstitucionalidade Formal e Material. Relator: Ministro Roberto Barroso. 29 de Novembro de 2019. Disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751389836>. Acceso en: 02 de Abril de 2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité, **Revue française de droit constitutionnel**, 2014/4 (n° 100), p. 831-863.

_____. The rights of indigenous peoples. In: Burgorgue-Larsen, L.; Úbeda de Torres, A.; García Ramírez, S.; Greenstein, R. (Org.). **The Inter-American Court of Human Rights: Case law and commentary**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2013.

CALDERA, Cristóbal Carmona. **Tomando los Derechos Colectivos en Sério: el Derecho a Consulta Previa del Convenio 169 de la OIT y las Instituciones Representativas de los Pueblos**



Indígenas. Revista *Ius et Praxis*, Año 19, Nº 2, 2013, pp. 301 - 334. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art09.pdf>. Acceso: 02 de Marzo de 2020.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court. **American Journal of International Law**, v. 102, n. 4, p. 768, 2008. doi:10.2307/20456681.

CAVALLARO, James Louis. Toward Fair Play: A Decade of Transformation and Resistance in International Human Rights Advocacy in Brazil. **Chicago Journal of International Law**, Vol. 3, No. 482, 2002.

CIDH. **Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15 31 diciembre 2015.

CIDH. **Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía.** OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176 29 septiembre 2019.

COALITION AGAINST LAND GRABBING. **Defending Commons' Land and ICCAs:** January-April 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2NNbCFG>

CULTURAL SURVIVAL. **En memoria a los 28 defensores de los derechos indígenas asesinados de 2019-** America Latina, 28 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.culturalsurvival.org/es/news/en-memoria-los-28-defensores-de-los-derechos-indigenas-asesinados-de-2019-america-latina>

FORST, Michel. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders.** A/71/281 3 August 2016.

GILBERT, Jeremie. Land Rights as Human Rights: The Case for a Specific Right to Land. **SUR - International Journal on Human Rights**, 2014.

GLOBAL WITNESS. **Enemies of the state?** 2019. Disponible en: <https://bit.ly/33qXatf>

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Judicialización de la discriminación estructural contra pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina. Von BOGDANDY, Armin; MORALES; Mariela Antoniazzi; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). **Ius constitutionale commune em América Latina: textos básicos para su comprensión.** Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law: Querétaro; Heidelberg, 2017. 323-370

HERRERA, Juan. Binding consent of indigenous peoples in Colombia. an example of transformative constitutionalism. In WRIGHT, Claire; TOMASELLI, Alexandra (Eds.). **The Prior Consultation of Indigenous Peoples in Latin America: inside the Implementation Gap.** London: Routledge (Routledge Studies in Development and Society), 2019. pp. 41–57.

HINOSTROZA, J. A.; CANALES, E. M.; MAITA, I. P. El largo camino hacia la titulación de las comunidades campesinas y nativas, informe de Adjuntía N° 002-2018-DP/AMASPPI/PPI. Defensoría del Pueblo: Lima, 2018

HINOSTROZA, J. A.; RUEDA, N. H. A. Lineamientos de actuación defensorial para la supervisión de los procesos de consulta previa. Defensoría del Pueblo: Lima, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. UN AVANCE EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. (EL EFECTO 'ERGA OMNES' DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA). **Estudios constitucionales**, Santiago , v. 11, n. 2, p. 695-712, 2013 . Disponible en: <https://scielo.co=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200018&lng=es&nrm=iso>. Acceso en 06 abr. 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200018>

IBEROAMERICANA, XIV Cumbre Judicial. 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las



personas en condición de vulnerabilidad. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 1, p. 111-132, 2013.

ILO. **Application of Convention n. 169 by domestic and international courts in Latin America: a casebook**. ILO: Geneva, 2009.

INFORME FINAL DE LA MISIÓN INTERNACIONAL A CHILE, 24 de enero de 2020. Disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/new-publications/Informe_Final_-_Mision_de_Observacion_a_Chile.pdf

KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. Transnational advocacy networks in international and regional politics. *International Social Science Journal*, v. 68, 227-228, p. 65–76, 2018.

LAING; Anna F. Resource Sovereignties in Bolivia: Re-Conceptualising the Relationship between Indigenous Identities and the Environment during the TIPNIS Conflict *Bulletin of Latin American Research* Volume34, Issue2 April 2015 Pages 149-166

LANDA, Cesar Arroyo. **Derecho a la Consulta Previa: derechos colectivos de los pueblos indígenas u originário**. Ministério da Cultura; PNUD: Lima, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Conventionality control: the new doctrine of the inter-American Court of Human Rights**, Symposium The Constitutionalization of international law in Latin America, *Ajil Unbound*, v. 109, p. 93-99, 2015

MARTÍN, Joaquín Delgado. Guía comentada de las Reglas de Brasilia: Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Eurosocial: Madrid, 2019.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela; CLERICO, Laura (Ed.). **Interamericanización del derecho a la salud: Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro, 2019.

MPF. Seminário na PGR discute direitos indígenas e demarcação de terras, 26 de abril de 2017, online. Disponible en: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/abril/seminario-na-pgr-discute-direitos-indigenas-e-demarcacao-de-terras/>. Acceso en 10 de abril de 2020.

_____. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. Working Papers on European Law and Regional Integration nº 22 Madrid, 2014.

_____. O Ministério Público Federal e a Corte Interamericana de Dirietos Humanos assinam documento para troca de informações, 06 de Junho de 2016, online. Disponible en: <p://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-e-corte-interamericana-de-direitos-humanos-assinam-documento-para-troca-de-informacoes>. Acceso en: 10 de Abril de 2020.

_____. Reconhecimento de direitos territoriais de comunidades quilombola. Brasília: MPF, 2018. OPEN JUSTICE INITIATIVE. **Strategic Litigation Impacts: Indigenous Peoples Land Rights**. Open Society Foundations; New York, 2017.

PASQUALUCCI, J. M. International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal*, 27 / 51, p. 51–98, 2009.

HRC. **Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations**. A/HRC/26/25, 5 May 2014, 69-70.

RIBOTTA, Silvina. Reglas de brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia. *Revista Electrónica Iberoamericana*, v. 1988, p. 0618, 2012.

RUEDA, A. M. A.; ALMENARA, M. B. (ed.). **Estandares regionales de actuación defensorial em**



processos de consulta previa de Bolivia, Colombia, Ecuador y Peru. Defensoría del Pueblo: Lima, 2017.

SÁNCHEZ, Lucas. **Der IAGMR und WSK-Rechte: Eine wegweisende Rechtsprechungsänderung**, 20 ago. 2018.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, n.o 3 jul-dez 2004 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27227.pdf>. Acceso en: 14 de Marzo de 2020

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people** E/CN.4/2004/80 26 January 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mission to Chile**, E/CN.4/2004/80/Add.3 17 November 2003.

TAULI-CORPUZ Victoria. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights.** A/HRC/39/17 September 2018.

TOMASELLI, Alexandra. **Indigenous peoples and their right to political participation: International law standards and their application in Latin America.** 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

UFPE. **A Faculdade de Direito do Recife e a Defensoria Pública da União realizam seminário sobre a litigância estratégica Sistema interamericano de Direitos Humanos**, 22 de Novembro de 2017, online. Disponible en: https://www.ufpe.br/ccj/informes/-/asset_publisher/hQUi8Q51DUkU/content/litigancia-estrategica-perante-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-23-e-24-de-novembro/40703. Acceso en: 10 de Abril de 2020.

_____. **Minicurso sediado na Faculdade de Direito do Recife aborda o Sistema interamericano e o caso do Povo Xukuru com a Participação da Defensoria Pública da União, Minitério Público Federal, ONG's e de membros da comunidade indígena Xukuru**, 08 de Maio de 2019, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/agencia/noticias/-/asset_publisher/VQX2pzmP0mP4/content/minicurso-aborda-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-e-o-caso-do-povo-indigena-xukuru/40615. Acceso en: 10 de Abril de 2020.

ZIMMERMANN, Taciano Scheidt; JR., Arno Dal Ri. **Ressignificações do Conceito de “Nacionalismo” entre a Origem e a Decadência da Convenção n. 107 da OIT.** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 155-189, jan./jun. 2016.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. **Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, n.o 3 jul-dez 2004 Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27227.pdf>. Acceso en: 14 de Marzo de 2020.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people** E/CN.4/2004/80 26 January 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Mission to Chile**, E/CN.4/2004/80/Add.3 17 November 2003.

TAULI-CORPUZ Victoria. **Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, Attacks against and criminalization of indigenous peoples defending their rights.**



A/HRC/39/17 September 2018.

TOMASELLI, Alexandra. **Indigenous peoples and their right to political participation: International law standards and their application in Latin America**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 2016.

UFPE. **A Faculdade de Direito do Recife e a Defensoria Pública da União realizam seminário sobre a litigância estratégica Sistema interamericano de Direitos Humanos**, 22 de Novembro de 2017, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/ccj/informes/-/asset_publisher/hQUi8Q51DUkU/content/litigancia-estrategica-perante-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-23-e-24-de-novembro/40703. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

_____. **Minicurso sediado na Faculdade de Direito do Recife aborda o Sistema interamericano e o caso do Povo Xukuru com a Participação da Defensoria Pública da União, Ministério Público Federal, ONG's e de membros da comunidade indígena Xukuru**, 08 de Maio de 2019, online. Disponível em: https://www.ufpe.br/agencia/noticias/-/asset_publisher/VQX2pzmP0mP4/content/minicurso-aborda-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-e-o-caso-do-povo-indigena-xukuru/40615. Acesso em: 10 de Abril de 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011.

ZIMMERMANN, Taciano Scheidt; JR., Arno Dal Ri. **Ressignificações do Conceito de “Nacionalismo” entre a Origem e a Decadência da Convenção n. 107 da OIT**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 155-189, jan./jun. 2016.

Sobre os autores

Gabriela Navarro

Goethe Universitat Frankfurt am Main, Frankfurt, Alemanha. Email: gabrielabnavarro@gmail.com

Marina Mejía Saldaña

Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, Argentina. E-mail: marina_mejia345@hotmail.com

João Augusto Maranhão de Queiroz Figueiredo

Universidade Federal de Pernambuco, Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: joaomqfigueiredo@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

