

**CUANDO LOS AFRODESCENDIENTES SE TRANSFORMARON EN “PUEBLOS
TRIBALES”:
EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Y LAS COMUNIDADES RURALES NEGRAS**

Ariel E. Dulitzky
University of Texas at Austin, School of Law
Adulitzky@law.utexas.edu

1. INTRODUCCIÓN

En el caso Saramaka, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte o la Corte Interamericana), resolvió que el pueblo Saramaka, uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII conforman una “comunidad tribal” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 80). Para arribar a tal conclusión el tribunal consideró que las características sociales, culturales y económicas de los Saramakas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 84). Fundamentalmente la Corte basó su análisis en una aproximación cultural tanto a la identidad de esta comunidad afrodescendiente como a su relación con el territorio. Para el tribunal interamericano la cultura de los Saramakas

es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto... mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural... forma parte de su esencia social, ancestral y espiritual (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 82).

La aproximación cultural a la tierra, el territorio y los recursos naturales así como la equiparación de una comunidad afrodescendiente a un pueblo tribal fue el mecanismo utilizado por la Corte para extender a ciertas comunidades rurales afrodescendientes la jurisprudencia que había desarrollado hasta ese momento con relación a pueblos indígenas. En efecto el tribunal sostuvo

que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 86).

La Corte, junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la Comisión Interamericana) integra el llamado sistema interamericano de derechos humanos, creado dentro de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En los últimos diez años el sistema interamericano ha comenzado a adoptar decisiones de manera sistemática en casos relativos a reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes. Particularmente la jurisprudencia interamericana ha reconocido el derecho colectivo de indígenas y afrodescendientes al territorio (Madariaga 2005; Pasqualucci 2006). Esta jurisprudencia necesariamente continuará desarrollándose debido a la cantidad de casos en trámite. De acuerdo a la información pública hoy existen en el sistema más de 70 casos relativos a pueblos indígenas, muchos de los cuales se refieren a reclamos territoriales (Madariaga 2002). Existe un número menor de casos relativos a afrodescendientes.

Este trabajo se concentra en un aspecto particular de todas las reivindicaciones que los pueblos y movimientos indígenas y afrodescendientes han venido promoviendo en las últimas décadas ante el sistema interamericano de derechos humanos: la protección de las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído y ocupado así como de los recursos naturales que hay en ellos (aguas, bosques, fauna, minerales, etc.). El artículo analiza los límites que derivan de una

estrategia litigiosa basada en la aproximación cultural al territorio y la transformación de los grupos afrodescendientes en “pueblos tribales”. ¿Cuáles son los derechos que se protegen a través de los litigios interamericanos? ¿Qué problemas presenta el hecho que la jurisprudencia interamericana se base fundamentalmente en la relación cultural única de los pueblos indígenas y los afrodescendientes que califican como “pueblos tribales” con sus tierras tradicionales? ¿Qué grupos quedan excluidos de formular reclamos similares? ¿Protege suficientemente el sistema interamericano los recursos naturales que se encuentran en los territorios tradicionales? ¿Sirve esta aproximación para atacar la discriminación estructural de la que son víctimas los afrodescendientes en América Latina? Preguntas que se desarrollarán en el artículo. Se divide en dos grandes secciones. La primera presenta de manera sucinta las principales líneas jurisprudenciales interamericanas en materia de derechos territoriales colectivos de indígenas y afrodescendientes. La segunda sección analiza algunos de los principales desafíos, obstáculos, complicaciones e interrogantes generados por la jurisprudencia interamericana en materia de reclamos territoriales indígenas y afrodescendientes.

2. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES INTERAMERICANAS EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE TERRITORIOS COLECTIVOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y AFRODESCENDIENTES

La jurisprudencia interamericana extiende los alcances del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención o la Convención Americana)¹ para proteger “el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los

¹ El artículo 21 de la Convención prescribe que:

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.

miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 148).

Para llegar a esta conclusión, la Corte partió del reconocimiento de ciertas particularidades culturales de los pueblos indígenas, su especial conexión con la tierra y ciertas formas organizativas comunitarias. Entendió que:

entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 149).

Al enfatizar la conexión entre cultura y protección del territorio, el tribunal indicó 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, constituida 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 (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 145; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 118).

Agregó la Corte que la relación que mantienen los pueblos indígenas con la tierra:

es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 216).

La Corte insistió en “la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales” para “preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras” (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni 2008: párr. 149).

Desde esta perspectiva, la no realización de los derechos territoriales, de acuerdo a la Corte, amenaza “el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 155; (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 143). Al acarrear el menoscabo de “valores muy representativos”, los miembros de los pueblos indígenas “corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 222).

A partir del año 2005 la Corte extendió estos mismos principios a ciertas comunidades rurales afrodescendientes a las que definió como “pueblos o comunidades tribales” utilizando la terminología del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En el caso *Moiwana*, la Corte consideró que una comunidad maroon afrodescendiente de Surinam poseía “una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo” (CIDH Caso de la Comunidad *Moiwana* 2001: párr. 133). Por ello se podía aplicar a esta situación la misma jurisprudencia desarrollada por la Corte en cuanto a pueblos indígenas.

En el caso Saramaka también contra Surinam y que como se indicó es una comunidad afrodescendiente, la Corte explicó en más detalle la aplicabilidad de la jurisprudencia indígena a afrodescendientes. Dado que los miembros del pueblo Saramaka poseen características sociales, culturales y económicas diferentes del resto de la sociedad surinamesa, particularmente por su relación especial con sus territorios ancestrales, y porque se auto-regulan, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones Pueden considerárseles una “comunidad tribal” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 84). En base a esto, la Corte consideró que su jurisprudencia en materia indígena se extiende a aquellas comunidades rurales afrodescendientes “que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar [su] supervivencia física y cultural” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 86). Todo ello, porque, a criterio del tribunal interamericano, el derecho internacional protege similarmente los derechos territoriales de pueblos o comunidades tribales que los de pueblos indígenas (ONU Comité de Derechos Humanos 1994: párr. 1 y 3.2; CIDH Caso Saramaka 2007, párr. 93).

Respecto al contenido específico de los derechos territoriales colectivos, la Corte entendió que el dominio y posesión “no se centra[n] en un individuo sino en el grupo y en la comunidad” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya: párr. 120). La propiedad colectiva incluye a “los elementos incorporales que se desprendan de ellos” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 118). Tal como se explicará, la propiedad y posesiones se extienden a las “los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 118). Dado que las

comunidades indígenas o afrodescendientes se pueden encontrar en distintas situaciones con relación a sus territorios, la Corte ha especificado los efectos de los diferentes supuestos:

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 (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 28).

Frente a estos distintos supuestos y a fin de efectivizar los derechos territoriales la Corte ha ordenado a los Estados en los casos de comunidades en posesión de la tierra “identificar el territorio” “estableciendo sus límites y demarcaciones, así como su extensión” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 34). Si la comunidad no está en posesión de la tierra, el Estado debe “asegurar la disponibilidad monetaria” para “la compra o expropiación” de las tierras, en la eventualidad de que “éstas se encuentren en manos privadas” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 35) y emprender las respectivas gestiones para ello. En ambos supuestos el Estado debe titular y entregar “física y formalmente” a la comunidad el territorio (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 34). Finalmente el

Estado debe entregar, de manera excepcional y siempre que se presenten “motivos objetivos y fundamentados que imposibiliten que el Estado reivindique el territorio identificado como el tradicional de la comunidad” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 34) “tierras alternativas” elegidas “de manera consensuada”, considerando “el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 148) y teniendo “como orientación principal el significado que tiene la tierra” para las comunidades (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 149).

En la definición e implementación de las reparaciones, la Corte ha requerido “la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes” (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 210) y de sus “líderes” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 233).

La explotación indebida de recursos naturales por agentes estatales o privados sin que previamente se cumplan las normas para su protección atentan contra “la supervivencia y la integridad cultural de la comunidad y sus miembros” (CIDH Caso Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 140k) así como la “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” (CIDH Caso Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 153b). En el caso Saramaka la Corte clarificó las condiciones en las cuales se pueden llevar a cabo planes de desarrollo o inversión que incluya el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales dentro de territorios afrodescendientes. La Corte destacó nuevamente que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que

sean necesarios para su supervivencia. Pero a continuación el tribunal estableció que el derecho de propiedad no prohíbe *per se* el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales. Dichas concesiones deben cumplir al menos tres garantías (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 129; Informe N° 40/04, Caso 12.053, 2004; párr. 142):

- 1) Participación efectiva de la comunidad respectiva, garantizando la consulta previa (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 133);
- 2) Razonable distribución compartida de los beneficios entre el Estado y la comunidad (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 138 y 139);
- 3) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social en el territorio de la comunidad (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 40-42.)

Ante violaciones de los derechos territoriales la Corte ha requerido la adopción de “todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la...comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales... y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios” (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 209). El tribunal exige “diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales” (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 135) e instituir “procedimientos adecuados” (Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 102), “accesibles y simples” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 109) “para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 102), “a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 102).

También la Corte ha ordenado una reparación económica colectiva mediante el establecimiento de fondos de desarrollo comunitario. La Corte establece a grandes líneas en que proyectos deben invertirse los recursos de tales fondos. También especifica que “los elementos específicos” de dichos fondos y programas de desarrollo deberán ser determinados por un comité tripartito de implementación integrado por un representante designado por las víctimas y otro por el Estado y un tercer miembro designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 167; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 205 y 206; CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 214 y 215; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 224 y 225 y CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 201 y 202).

En resumen, la Corte ha realizado una interpretación progresiva del derecho de propiedad, ampliando el contenido tradicional del derecho de propiedad típicamente individual a un derecho de ejercicio colectivo y con implicaciones culturales particulares (Nash 2004: 29-43), aplicando el criterio tanto a pueblos indígenas como a aquellas comunidades afrodescendientes que califican como pueblos tribales.

3. LOS DESAFÍOS, OBSTÁCULOS, COMPLICACIONES E INTERROGANTES SURGIDOS A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA EN MATERIA DE RECLAMOS TERRITORIALES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES

El breve resumen de la jurisprudencia demuestra como el sistema interamericano ha venido desarrollando una doctrina importante relativa a reclamos territoriales. Ello, se debe gracias al trabajo de los pueblos indígenas y afrodescendientes y a quiénes han litigado en su

nombre. Se ha considerado que la jurisprudencia de la Corte consolida una tendencia contemporánea del derecho internacional que ayuda a fortalecer a los pueblos indígenas en sus demandas para la autodeterminación como grupos distintos con derechos territoriales seguros (Anaya y Grossman 2002). También la jurisprudencia interamericana en materia de reclamos territoriales ha sido definida como progresista, vanguardista o revolucionaria (Mooney 2006-2007: 553, 550 y 560). Los siguientes párrafos presentan una reflexión crítica orientada a analizar los límites de esta tendencia jurisprudencial, particularmente lo que denominamos aproximación cultural al territorio, y cuestionar hasta donde los argumentos desarrollados por el tribunal fortalecen efectivamente la posición política de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

a) **La aproximación cultural al territorio requiere la esencialización de la identidad cultural y la exclusión de grupos**

La jurisprudencia interamericana ha basado la protección de los territorios colectivos en las particularidades culturales y la especial conexión cultural con los territorios de los pueblos indígenas y algunas comunidades afrodescendientes. De allí que algunos autores han comenzado a hablar de una doctrina de la *conexión distintiva* entre territorio y pueblo indígena, donde esta conectividad particular con el territorio es lo que precisamente lleva a darle reconocimiento legal a los derechos de propiedad (Dannenmaier 2008).

Sin embargo, la aproximación cultural al territorio presenta dificultades en tanto y en cuanto esencializa la cultura, la detiene en un momento determinado, y no permite apreciar acabadamente la fluidez de la misma. Particularmente a través de peritajes antropológicos, los litigantes han debido enfatizar en ciertas particularidades culturales que aparecen relevantes para

el tribunal interamericano, tales como la ancestralidad, ciertas cosmovisiones, religiosidades, formas comunitarias de convivencia, entre otras. En la realidad, sin embargo, existe un fuerte dinamismo y una gran capacidad de cambio, es decir una renegociación permanente de las relaciones culturales de identidad-territorio, en el seno de las propias comunidades involucradas. Por lo tanto, la relación cultural con el territorio no es estable ni definitiva sino que está enmarcada en relaciones sociales fluctuantes sea al interior de las comunidades o en la sociedad en su conjunto (Hoffmann 2002: 359).

En el caso de afrodescendientes, la aproximación cultural al territorio, como puede apreciarse en los casos *Moiwana* y *Saramaka*, los obliga a afirmar sus particularidades culturales y situarse de una manera asimilada a indígenas para calificar como pueblos o comunidades tribales (Torres 2008: 117 - 142). Ello excluye a muchas comunidades afrodescendientes que son comunidades rurales pero que no reivindican ninguna particularidad cultural, como podrían ser muchas comunidades predominantemente afrodescendiente de trabajadores sin tierra en Brasil. Tampoco esta aproximación permite fácilmente cubrir la situación de las comunidades afrodescendientes que explotan recursos naturales pero no necesariamente reivindican una particular adhesión cultural a un territorio asimilable a la indígena. ¿Qué tipo de protección recibirán para sus derechos a la propiedad si los reclaman de manera colectiva y no individualizada? (Ng'weno 2007: 414-440).

También puede marginar de los desarrollos jurisprudenciales la situación de reclamos colectivos que involucran poblaciones rurales sin las particularidades culturales resaltadas por el sistema interamericano.² La Corte no ha explicado hasta ahora las consecuencias prácticas que su aproximación cultural al territorio tiene para una población enteramente rural pero que no es ni indígena ni afrodescendiente sino mestiza o ladina (CIDH Informe N° 45/07, 2007; CIDH Caso

² Por ejemplo, el Movimiento Sem Terra de Brasil.

de la Masacre de Mapiripán 2005; CIDH Caso de la Masacre de Pueblo Bello 2006; CIDH Caso de las Masacres de Ituango 2006). Dado que todo régimen de tenencia de la tierra fija ciertas poblaciones rurales a un cierto territorio mientras que promueve la movilidad geográfica de otros (Boone 2007: 561), la aproximación cultural opta por localizar geográficamente solo a las comunidades rurales que pueden demostrar su *indigeneidad* o *africanidad* de una manera cultural determinada.

Finalmente esta aproximación cultural puede producir diferentes efectos hacia el interior del movimiento negro latinoamericano y replicar discusiones dadas en otros ámbitos, entre aquellos sectores que promueven una identificación cultural afrodescendiente y aquellos que favorecen una identificación racial. Si bien estas posiciones no necesariamente son incompatibles, si conducen a estrategias diferenciadas y en el caso de litigio ante el sistema interamericano obliga a resaltar la identidad cultural antes que la racial, promoviendo una vez más la invisibilización del fenómeno racial (Dulitzky 2005).

b) Las formas estatales de propiedad, los intereses económicos de terceros y la aproximación cultural al territorio

La Corte no ha extendido completamente los efectos de su doctrina de la relación cultural única entre el territorio y los pueblos indígenas y afrodescendientes. Por un lado, la Corte en sus órdenes, ha establecido la incorporación del régimen de propiedad colectiva indígena y afrodescendiente a las formas regulares de propiedad tal como generalmente se encuentran reconocidas por el derecho civil en los países latinoamericanos, al ordenar la identificación, demarcación y titulación de las tierras colectivas y la exclusión de terceros de dichas propiedades. Pero no ha desarrollado ningún otro tipo de modelo alternativo de régimen de

propiedad basado en las formas propias de tenencia de la tierra de las comunidades, por ejemplo reconociendo la inexistencia de límites fijos o la utilización de sistemas de límites amorfos, permeables, movibles o de uso compartido de territorios por varias comunidades (Anaya y Campbell 2008: 147).

En el caso de las comunidades han sido desposeídas de sus territorios el tribunal ha evitado extender las consecuencias lógicas de su jurisprudencia sobre el vínculo especial y cultural de los pueblos indígenas y afrodescendientes con sus territorios. La Corte, como se ha explicado, ha reconocido la especial conexión con la tierra que tienen comunidades indígenas y afrodescendientes, situación que precisamente crea el derecho de propiedad colectiva y los distingue de otros sectores de la sociedad. Sin embargo, cuando la Corte ha tenido que resolver la situación de las comunidades que han sido desplazadas de sus territorios, el tribunal no solamente no ha establecido todos los efectos procesales o sustantivos necesarios para dar efecto a esta especial relación sino que ha permitido que prevalezcan otros intereses.

En los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa donde las comunidades indígenas estaban viviendo en la carretera al margen de las tierras reclamadas, el tribunal ha permitido que el Estado compre y entregue a las comunidades tierras alternativas a las tierras tradicionales reclamadas en el supuesto de que dichas tierras estén en posesión de terceros y siempre que se presenten ciertas circunstancias (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006).³ La Corte indico que el hecho de que las tierras tradicionales se encuentre en manos privadas no es *per se* un motivo objetivo y fundamentado que impida la devolución de la tierra a la comunidad implicada (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa 2006: párr. 214). Pero el tribunal interamericano, frente a estas desposesiones no ha establecido por ejemplo, una presunción de invalidez de los títulos de terceros frente a tierras tradicionales, o una suerte de

³ Ver también pág. 8.

prioridad de los reclamos territoriales de indígenas y afrodescendientes frente a terceros. Por el contrario, la Corte permite que los Estados sacrifiquen los derechos territoriales indígenas y afrodescendientes a favor de los intereses económicos de terceros sin ninguna vinculación particular con la tierra. En los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa la Corte no consideró relevante, a fin de otorgar prioridad a los reclamos indígenas, que las tierras estaban poseídas por grandes hacendados o compañías agrícolas que no reclaman ninguna relación especial con la tierra salvo la relación económica. Si bien la Corte dijo que el Estado debía devolver las tierras a las comunidades, considero que si “no fuera posible, el Estado deberá entregarles tierras alternativas, electas de modo consensuado con la comunidad indígena en cuestión, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa 2006: párr. 212). Es decir, que el vínculo cultural hasta ahora no prevalece claramente sobre el vínculo económico de terceros en la jurisprudencia interamericana. La Corte, a la inversa de lo que sostuvo en Yakye Axa y Sawhoyamaxa podría haber dicho que el Estado debía entregar la tierra particularmente reclamada a los pueblos indígenas y entregarle a los hacendados tierras equivalentes.

c) La culturalización del uso, disfrute y explotación de los recursos naturales

La Corte ha clarificado y establecido pautas sobre cuándo y cómo el Estado puede explotar por sí sólo o a través de concesiones los recursos naturales en los territorios indígenas y afrodescendientes. La Corte ha dicho que se encuentran protegidos por el derecho de propiedad “aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 122) del respectivo pueblo. El tribunal les reconoce a los indígenas y afrodescendientes el uso y

goce de los recursos naturales que sean “necesarios para [su] subsistencia física” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 126) o “esenciales para [su] subsistencia” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 126) pero no necesariamente, o al menos no de manera expresa, aquellos que, por ejemplo, sean necesarios para mejorar su situación económico o social, aumentar sus ingresos, crear fondos de reservas para futuras generaciones, entre otras.

Además, la jurisprudencia interamericana solo protege los recursos naturales “tradicionalmente utilizados”. Ello significa desconocer por un lado la dinámica y evolución de las prácticas de utilización de recursos naturales por parte de los indígenas y afrodescendientes. Es una de las consecuencias de esencializar o paralizar la cultura en un momento determinado. Además impide que los recursos naturales que no han sido tradicionalmente utilizados, por ejemplo el petróleo, gocen de la cabalidad de las protecciones otorgadas por la Corte. ¿Como un analista dijo criticando una similar aproximación de la Corte Constitucional de Colombia, Qué sucedería si nuevas generaciones de indígenas desearan transformar sus tradiciones económicas? ¿Qué sucedería si los cambios demográficos dentro de los grupos aborígenes exigieran modificar sus sistemas productivos? ... ¿No está contribuyendo la Corte a esta parálisis cultural de los grupos aborígenes...?” (Bonilla 2006: 240)

Lo mismo puede decirse de las consecuencias perniciosas que pueden resultar de las fundamentaciones utilizadas por la Corte para considerar a los afrodescendientes como un pueblo tribal. Así, por ejemplo, en el caso Saramaka, la Corte estableció que se puede caracterizar a la economía de los Saramaka como tribal, describiéndola de la siguiente manera:

la mayor cantidad de alimentos que consumen los Saramaka proviene de [...] fincas y de jardines tradicionalmente cultivados por las mujeres Saramaka. Los hombres... pescan y cazan cerdos salvajes, ciervos, tapir, toda clase de monos,

distintas clases de aves, todo lo que comen los Saramakas.... Asimismo, las mujeres recolectan distintos tipos de frutas, plantas y minerales, que utilizan en varias formas, incluso para hacer canastas, para cocinar aceite y para los techos de sus viviendas (CIDH Caso Saramaka 2007: párr.83).

Desde esta perspectiva y caracterización de una economía como "tribal" la Corte analizó separadamente las concesiones para explotaciones auríferas, un mineral no tradicionalmente utilizado por los Saramaka y las concesiones para explotar recursos madereros que sí son utilizados tradicionalmente por la comunidad. Si bien, en su análisis, la Corte exigió en ambos supuestos el respeto a los principios de consulta, beneficios compartidos y estudios de impacto ambiental y social, la separación entre la explotación y concesiones de recursos naturales en función de sus valores o utilidades tradicionales y no de su valor económico, social o político, abre la posibilidad a que el nivel de garantía para unos y otros sean diferentes. En definitiva, esta distinción está exclusivamente dada en función de proteger los territorios basados en su valor y significado cultural y no complementarlo con el aspecto económico, el desarrollo o el combate a la discriminación.

d) El paternalismo jurisprudencial administrativo y participativo

Paralelo a la percepción de la inmovilidad de los métodos productivos, la Corte ha adoptado una actitud paternalista acerca de la capacidad de las propias comunidades indígenas o afrodescendientes de administrar sus propios fondos y decidir por sí solas el destino de la reparación económica recibida. La jurisprudencia de la Corte impone severos límites a la libertad de las comunidades afrodescendientes o indígenas beneficiarias de medidas de reparación de decidir por sí mismas cómo invertir las reparaciones económicas que reciben.

En el primer caso sobre una comunidad afrodescendiente, el caso Aloeboetoe, aún cuando no era una reclamación territorial, la Corte decidió la creación de fideicomisos a favor de los beneficiarios de las reparaciones ordenadas. Pero inmediatamente determinó que una fundación, creada por la propia Corte y no por la comunidad, debía administrar los fondos, supuestamente para “brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los mejores resultados de la aplicación de los montos recibidos por reparaciones” y para “asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o de las rentas que perciban del fideicomiso”. Agregó la Corte que dicha “Fundación tratará que las indemnizaciones percibidas por los hijos menores de las víctimas sean utilizadas para gastos posteriores de estudio o para formar un pequeño capital cuando comiencen a trabajar o se casen y que sólo se inviertan en gastos comunes cuando razones serias de economía familiar o de salud así lo exigieren” (CIDH Caso Aloeboetoe y otros 1993: párr. 100, 103, 105 y 106).

En los casos anteriores decididos por la Corte y no tratándose de familias indígenas o afrodescendientes, la Corte simplemente había decidido la creación de un fideicomiso, administrado por la propia familia y limitado exclusivamente a las reparaciones ordenadas a favor de menores de edad, sin establecer una fundación ni limitaciones o indicaciones sobre los tipos de expensas en las que se podían invertir las reparaciones (CIDH Caso Velásquez Rodríguez 1989: párr. 58). Ello indica una similitud y una diferencia crucial que resalta el carácter paternalista de la Corte. Por un lado al crear fideicomisos equipara a los indígenas y afrodescendientes a los menores de edad como si tuviesen una capacidad legal disminuida para administrar sus propios recursos económicos. Por el otro, al no permitir la administración del fideicomiso a la propia comunidad, revela la actitud de desconfianza del tribunal acerca de la capacidad de la propia comunidad para administrar sus propios fondos.

Si bien, la Corte ha avanzado mucho en los quince años desde su decisión en Aloeboetoe, aún en casos de reclamaciones territoriales el paternalismo de la Corte continua estando presente, muchas veces contradiciendo sus propios argumentos acerca del derecho a la consulta previa a las comunidades en los asuntos que afecten sus intereses. En los casos de reclamaciones territoriales, el tribunal dispone la creación de un fondo de reparación comunitaria pero señala las grandes áreas en las que se deben invertir los montos indemnizatorios. Esto es un retroceso del primer caso resuelto por la Corte de reclamaciones territoriales, ya que en Awas Tingni simplemente dispuso que el Estado deba invertir fondos en “obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta...” (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr.167). En los casos posteriores, el paternalismo de la Corte se hace evidente ya que la Corte dispone la creación de fondos de desarrollo comunitario, pero en lugar de permitir que sea la propia comunidad la que decida en qué invertir, establece las ‘áreas en las que los proyectos deben desarrollarse.

En Moiwana, la Corte dispuso la creación de un fondo de desarrollo destinado “a programas de salud, vivienda y educación”. Y agregó que “los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados” por un comité tripartito de implementación integrado por un representante designado por las víctimas y otro por el Estado y un tercer miembro designado de común acuerdo entre las víctimas y el Estado. La Corte, en lugar de respetar el derecho a la consulta de la comunidad, determinó que dichos fondos deben ser administrados no por los miembros de Moiwana sino por el comité tripartito (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 214 y 215). En Yakye Axa, la Corte dispuso que el Estado cree “un fondo de desarrollo comunitario” para “proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud” y también administrado por un comité de tres representantes igual que en Moiwana (CIDH Caso de

la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 205 y 206). En Sawhoyamaxa la Corte dispuso la creación de un fondo de desarrollo comunitario que debería dedicarse a la “implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria” y nuevamente administrado por un comité tripartito (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa 2006: párr. 224 y 225). Finalmente en Saramaka, la Corte vuelve a ordenar la creación de un fondo de desarrollo comunitario, limitándolo a “financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 201 y 202).

Pareciera que el tribunal considera que las propias comunidades no están en condiciones de decidir las grandes áreas prioritarias de inversión de sus recursos y por eso determina que el Estado⁴ debe intervenir en el comité administrador.⁵ Al mismo tiempo, y a diferencia de cualquier otro caso, impuso su criterio sobre el propio de la comunidad sobre las áreas en las cuáles deberían invertirse las reparaciones.⁶

El caso de la masacre de Plan de Sánchez perpetrada contra miembros de comunidades indígenas mayas en Guatemala parece no encuadrar dentro de estas pautas jurisprudenciales. En

⁴ Podría entenderse que la Corte tiene presente que, en muchas situaciones pasadas, las comunidades indígenas y afrodescendientes han sido manipuladas, estafadas, engañadas y por eso es necesario establecer este comité tripartito. Si esta fuese la situación, que en parte no deja de ser paternalista, podría pensarse en alternativas menos intrusivas y que sean más respetuosas de las propias comunidades indígenas o afrodescendientes, tales como creación de un consejo comunitario elegido por la propia comunidad, del diseño de mecanismos de rendición de cuenta y fiscalización muy específicos o del establecimiento de un mecanismo de supervisión más directo por parte de la Corte, por solo mencionar algunos. Pero además presupone que el Estado ofrecerá una mayor garantía cuando fue el propio Estado quien desconoció o no garantizó en primer lugar el derecho a la propiedad colectiva.

⁵ Por supuesto que podría sostenerse que la presencia de un representante estatal puede tener sentido dado que algunos de los proyectos son obras públicas que el Estado deberá llevar a cabo. Ello es cierto pero el mismo criterio puede aplicarse a muchas otras reparaciones económicas o inmateriales que la Corte dispone y donde no ordena la creación de un comité tripartito.

⁶ De nuevo puede defenderse la decisión de la Corte entendiendo que las áreas de inversión determinadas por la Corte son aquellas que dependen de las violaciones encontradas y de las pruebas aportadas por las partes. Pero esta explicación no logra explicar la similitud de las áreas elegidas por la Corte para atender a comunidades tan diferentes como Awas Tingni, Saramaka, Moiwana, Yakye Axa y Sawhoyamaxa. Tampoco se corresponde a las determinaciones fácticas realizadas por la Corte ni en muchos casos a los temas debatidos por las partes.

primer lugar y a diferencia del caso Moiwana, la Corte no realizó ningún análisis sobre la situación jurídica y fáctica en que se encuentra el territorio en la actualidad. Paralelamente el tribunal observó que las víctimas eran indígenas mayas y poseían autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias incluidas estructuras sociales, económicas y culturales (CIDH Caso de la Masacre Plan de Sánchez 2004: párr. 85). Sin embargo, la Corte ordenó al Estado desarrollar en dichas comunidades, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinen para esa región o municipio, diferentes programas comunitarios (CIDH Caso de la Masacre Plan de Sánchez 2004: párr. 110)⁷ sin exigir que los mismos se hagan con consulta o participación de la propia comunidad.

e) La representación colectiva, la consulta previa y la legitimación procesal

El reconocimiento y protección de las formas tradicionales de organización política y elección de los líderes que representen a las comunidades son esenciales en la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. De hecho estas formas propias de organización es precisamente uno de los elementos que toma en consideración la Corte para determinar si una comunidad particular califica como indígena o afrodescendientes y si puede reconocerle derechos particularizados.

En el caso Saramaka se presentó un problema que demuestra una de las dificultades del litigio colectivo a favor de comunidades indígenas o afrodescendientes y las ambivalencias de la

⁷ Los programas ordenados son: a) estudio y difusión de la cultura maya achí en las comunidades afectadas a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal de Rabinal; c) sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; d) dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada de dichas comunidades, y e) establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas, así como la formación del personal del Centro de Salud Municipal de Rabinal para que puedan brindar atención médica y psicológica, a las personas que se hayan visto afectadas y que requieran de este tipo de tratamiento.

jurisprudencia interamericana. El Estado en el caso indicó que ninguno de los peticionarios originales ante el sistema interamericano, a saber, la Asociación de Autoridades Saramaka y los doce capitanes Saramaka, tenían legitimación para presentar una petición ante la Comisión Interamericana debido a que no eran la autoridad superior de los Saramaka. La Corte en su sentencia, reconoció que el pueblo Saramaka está organizado en clanes de linaje materno, que cada clan reconoce la autoridad política de varios líderes locales, incluyendo a los que ellos llaman Capitanes y Capitanes Jefes, así como un *Gaa'man*, que es el oficial de más alto rango dentro de la comunidad (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 81). Según el Estado, los peticionarios no consultaron al *Gaa'man* sobre la presentación de dicha denuncia y por ende, no contaban con el permiso del líder de la comunidad y carecían de autoridad para peticionar a la Comisión en nombre de la comunidad Saramaka.

La Corte, al responder a esta objeción estatal optó por una respuesta formalista basada exclusivamente en el texto de la Convención.⁸ Al rechazar el argumento estatal indicó que no existe “un prerrequisito convencional que establezca que la autoridad principal de la comunidad deba dar su permiso para que un grupo de personas presenten una petición ante la Comisión Interamericana” y agregó que no se requería “obtener permiso del *Gaa'man* a fin de presentar la petición ante la Comisión Interamericana” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 22-24).

Si bien formalísticamente esta decisión puede ser correcta, dicha solución aparece desconectada completamente de lo que el propio tribunal decidiría posteriormente acerca del derecho a la consulta previa de la propia comunidad sobre los hechos que afectan sus intereses, tales como su propio territorio. La Corte abrió así la posibilidad, de que haya peticiones donde se alegan violaciones a los derechos territoriales de comunidades indígenas o afrodescendientes, sin

⁸ El artículo 44 de la Convención permite a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental presentar denuncias ante la Comisión Interamericana.

que la comunidad o sus autoridades tradicionales hayan prestado su consentimiento, hayan sido consultadas o informadas. De hecho, la interpretación formalista de la Corte permite en el futuro que peticiones puedan presentarse incluso en contra de lo decidido por las propias comunidades. En el caso concreto de Saramaka, nadie argumentó que había distinciones en las estrategias, posiciones diferenciadas o alternativas propuestas entre el *Gaa'man* y los peticionarios o entre estos y el pueblo Saramaka, pero no puede descartarse que ello suceda en el futuro. Queda pendiente de resolver jurisprudencialmente si una petición presentada sin consentimiento de la comunidad o en contra de lo decidido por la propia comunidad o su máxima autoridad, podría prosperar en el sistema interamericano. Como se indica más adelante esta aproximación puede generar o exacerbar conflictos intracomunitarios. Pero también pone en duda la consistencia de la lógica de la Corte. ¿Por qué el Estado debe consultar a las comunidades respetando a sus autoridades sobre proyectos que las afecten pero esta consulta no es necesaria para presentar reclamos a nombre de las comunidades ante el sistema interamericano?

f) **La identidad de las víctimas y el carácter colectivo de los reclamos y las reparaciones**

El artículo 1 de la Convención Americana define como persona a todo ser humano. Por una interpretación extensiva de este artículo, la Corte en los casos de reclamos territoriales resueltos hasta ahora declara la violación del derecho de propiedad en perjuicio de “los miembros de la comunidad” (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 155; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 156; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa 2006: párr. 144; CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 135) o “integrantes del pueblo” (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 158) y no de la

comunidad como tal. Procesalmente requiere la identificación (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 204) o posibilidad de identificación individualizada de todos y cada uno de los miembros de la comunidad (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 177). La única excepción es el caso Saramaka donde la Corte debido al tamaño y diversidad geográfica del pueblo y la naturaleza colectiva de las reparaciones no requirió la individualización (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 188). Sin embargo, aún en dicho caso consideró que “los miembros del pueblo Saramaka” son las víctimas del caso (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 189).

Desde lo sustantivo, parece contradictorio que todo el razonamiento de la Corte se base en la organización social comunitaria y en la dimensión colectiva de la propiedad, pero luego abandone esta concepción para considerar que la comunidad como tal no es la víctima de la violación del derecho de propiedad sino cada uno de sus individuos que no son propietarios individualmente de la tierra colectiva. Pero luego las reparaciones ordenadas por la Corte son de carácter colectivo y no individual. La Corte considera que las reparaciones se deben por la ineficacia en la tutela estatal del territorio colectivo y no de las afectaciones individualizadas de cada uno de los miembros de la comunidad en particular. No se entiende por qué la Corte considera que las víctimas son los miembros individuales pero otorga reparaciones de manera colectiva.

Política y jurídicamente el razonamiento de que las víctimas son los miembros de las comunidades pero no la comunidad como tal, puede acarrear problemas importantes. Potencialmente crea la tensión entre los derechos de cada uno de los miembros de la comunidad, a los que la Corte les reconoció el derecho a la propiedad como miembros o integrantes del pueblo y a quienes considero las víctimas del caso, y los derechos de la comunidad en su

conjunto a la propiedad colectiva que fue reconocida en los razonamientos de la Corte pero no en la decisión del tribunal. Esta potencial tensión hasta ahora no ha sido desarrollada por la Corte y puede crear problemas intracomunitarios en el futuro y favorecer intereses externos a la comunidad que pudiesen procurar obtener beneficios de ciertos miembros de la comunidad.

Procesalmente, acarrea una serie de dificultades prácticas y costos que son innecesarios. La Corte exige individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad al momento de presentar el caso ante la Corte.⁹ Si las reparaciones en los casos territoriales son colectivas, se ordenan titulaciones a favor de la comunidad y no de los individuos, la constitución de fondos de desarrollo comunitario y nunca en casos territoriales se ordenan reparaciones individualizadas, parece superfluo e innecesario exigir este dispendio de recursos a fin de individualizar a los miembros de la comunidad (Ruiz 2007: 46-47).

g) La creación o exacerbación de problemas y disputas intra- e inter-comunitarios

La aproximación a través de casos aislados de ciertas comunidades y no de toda la situación territorial de los pueblos indígenas o afrodescendientes genera algunas tensiones inter-comunitarias e intra-comunitarias. Como se ha explicado en el contexto africano, pero que resulta aplicable a América Latina, la reforma de las reglas de tenencia de la tierra implica redefinir las relaciones inter e intra-comunitarias así como las relaciones entre las comunidades y el Estado (Boone 2007: 558).

Las ordenes de la Corte de identificar, demarcar y titular al territorio obliga a una comunidad a definir específicamente sus límites territoriales, no solamente frente al Estado sino también con respecto a otras comunidades que comparten el mismo espacio territorial. De esta manera se desconoce la tradición de límites flexibles y porosos o de utilización y/o explotación

⁹ La Comisión no exige esta individualización.

conjunta de espacios comunes o recursos naturales entre diversas comunidades. Esto puede verse agravado, en casos como Awas Tingni donde la comunidad pertenecía a una etnia y las comunidades circundantes a etnias diferentes. En este caso, la comunidad de Awas Tingni primero confrontó una disputa con una comunidad particular y luego con un bloque de diez comunidades aledañas (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni 2008). También el Estado puede utilizar estas tensiones para exacerbarlas y dividir a las comunidades y generar mayores confrontaciones.

La Corte, consciente de esta problemática en el caso Moiwana, decidió que en el proceso de demarcación y titulación debía asegurarse

la participación y el consentimiento informado de las víctimas, expresado a través de sus representantes, y de los miembros de las demás aldeas Cottica N'djuka y las comunidades indígenas vecinas, incluyendo la comunidad de Alfonsdorp (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 210).

Por ello, en la definición de una estrategia de litigio, hay que trabajar no solamente con la comunidad implicada sino con las comunidades circundantes a fin de preparar el proceso colectivo ante la incidencia de la reparación (Beristaín 2008: 531 y 548). Frente al sistema interamericano, es imprescindible que la estrategia de litigio incluya una explicación específica a los órganos interamericanos de la porosidad y flexibilidad de los límites territoriales y una solicitud de que se reconozca esta realidad y se identifiquen mecanismos de delimitación territorial participativos y colectivos y que tengan en cuenta estas particularidades incluida la de usos compartidos. Y considerar que las medidas deben facilitar a las comunidades a reinsertarse en un medio local y en un marco de relaciones interdependientes con otras comunidades (Beristaín 2008: 518).

También en algunos casos hay que estar consciente que un reclamo territorial y las diferentes respuestas que pueda ofrecer el Estado pueden generar tensiones al interior de las propias comunidades. El caso Ralco en Chile, donde se cuestionaba la construcción de una represa hidroeléctrica que inundaría las tierras tradicionales de una comunidad mapuche, la empresa constructora de la represa y el Gobierno utilizaron diferentes medios para ir comprando las tierras y ofreciendo incentivos económicos para cada una de las familias sin ofrecer soluciones comunitarias integrales, significó que hubiese tensiones hacia el interior de la comunidad y que al final solamente tres mujeres sean las que rechazaran un acuerdo con el Gobierno (CIDH, Informe N° 30/04, 2004). Pero el principal efecto fue la destrucción de la vida comunitaria.

Estos problemas también se dan a nivel nacional cuando se desconocen las formas particulares de tenencia y utilización de la tierra y se utilizan modelos únicos y rígidos de formas de demarcación y titulación. En Colombia, por ejemplo, a fin de reclamar sus derechos territoriales colectivas, diversas comunidades negras de la cuenca del río Cacarica se agruparon en un Consejo Comunitario Mayor. Sin embargo, durante años, hubo tensiones entre este Consejo Mayor y los Consejos Menores de cada comunidad sobre la explotación de recursos forestales en la comunidad. El Estado colombiano, a través de distintas agencias administrativas otorgó concesiones para la extracción de madera fundándose en supuestas autorizaciones de unas u otras autoridades comunitarias a pesar de la claridad de este disenso interno creado en parte debido a la forma en que las comunidades de la cuenca del Río Cacarica fueron obligadas a agruparse a fin de obtener el reconocimiento de derechos colectivos territoriales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955/03, 2003).

En definitiva, es preciso valorar durante todo el proceso de litigio y en previsión de una reparación colectiva, entre otros elementos, el grado de cohesión comunitaria y su identidad colectiva, las relaciones con otras comunidades y los posibles conflictos de intereses inter- e intra-comunitarios que puedan emerger (Beristaín 2008: 561).

h) La fundamentación de los reclamos territoriales en el derecho constitucional interno

En tres casos, Awas Tingni, Yakye Axa y Sawhoyamaxa, la Corte encontró, al menos parcialmente, una base jurídica para el reconocimiento de la titularidad comunitaria de las tierras tradicionales, en la regulación constitucional a nivel nacional (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 116-118, 148 y 153; Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 74, 79 y 138; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa 2006: párr. 122 y 143). En Nicaragua y Paraguay desde distintas perspectivas, suscriben a la idea del carácter colectivo de las tierras indígenas y a la preexistencia de las comunidades al Estado. Esta estrategia argumentativa indudablemente ayudó a la Corte en un primer momento, ya que en lugar de presentar su decisión como una profunda innovación jurídica basada exclusivamente en el derecho interamericano, podía sostener que estaba dando protección internacional a derechos ya reconocidos constitucionalmente.

Inmediatamente la Corte debió responder al interrogante de qué sucede en los Estados donde no existe este reconocimiento constitucional explícito al derecho a las tierras y territorios colectivos, como en los casos Moiwana y Saramaka contra Surinam donde la Constitución no reconocía el derecho a la propiedad colectiva. Desde esta perspectiva, la Corte no descansó en la regulación del derecho de propiedad a nivel nacional sino que avanzó en la idea de que el artículo 21 de la Convención Americana tiene un contenido específico y propio desde la

perspectiva internacional (CIDH Caso de la Comunidad Moiwana 2005: párr. 86.5). Aún cuando ello representa un importante avance, vale la pena resaltar que la Corte recurrió a los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial para interpretar el contenido de la Convención Americana (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 93-95). De modo, que si bien en estos casos, desligó el análisis del ámbito doméstico, todavía mantuvo la interpretación convencional asociada al contenido de otros instrumentos jurídicos, en este caso los tratados mencionados.

Ambas aproximaciones, la basada en el derecho constitucional así como la que descansa en otros instrumentos internacionales, crean problemas interpretativos y estratégicos importantes. Algunas preguntas, que emergen son qué sucederá en los países donde la propiedad colectiva es reconocida a pueblos indígenas pero no a afrodescendientes? O países donde las regulaciones constitucionales de los derechos colectivos para indígenas son mayores que los derechos colectivos reconocidos a afrodescendientes? ¿Hará la Corte distinciones entre la protección de las tierras colectivas de una y otra colectividad dependiendo de su regulación constitucional?

Estas preguntas no son hipotéticas, ya que en América Latina se ha producido una regulación constitucional diferenciada y en general favorable a los pueblos indígenas y en detrimento de los afrodescendientes, llevando a que algunos califiquen el proceso como de inclusión indígena y exclusión afrodescendiente (Hooker 2005: 285-310). En efecto, al menos 15 países legal o constitucionalmente han reconocido algún tipo de derecho colectivo a los pueblos indígenas incluyendo en la mayoría de los casos el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras tradicionales: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela (Aylwin 2002). Sin

embargo, solamente Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras y Nicaragua extienden alguna forma de derechos colectivos legal o constitucionalmente a los afrodescendientes. De ellos, tan sólo Nicaragua reconoce los mismos derechos colectivos en su Constitución a indígenas y afrodescendientes. Las nuevas Constituciones de Bolivia y Ecuador parecieran que extienden parcialmente los mismos derechos a los afrodescendientes que a los pueblos indígenas.¹⁰

Con relación a la fundamentación en otras fuentes del derecho internacional ajenas a la Convención, ¿cabe interrogarse qué sucede en los casos en que los Estados no hayan ratificado el Pacto o la Convención contra la Discriminación Racial? ¿La Corte reconocerá los derechos colectivos territoriales basándose exclusivamente en la Convención Americana?

4. LA BUSQUEDA DE UNA PROPUESTA SUPERADORA: RECONOCIMIENTO Y REDISTRIBUCION

Los casos territoriales resueltos hasta ahora por el sistema interamericano operan en contextos mayores que representan en América Latina dos problemas estructurales relacionados. Por un lado, los casos territoriales son representativos de la falta de reconocimiento legal o de no protección efectiva de los territorios indígenas y afrodescendientes y no solamente de las comunidades que llegan al sistema interamericano. Por el otro, los indígenas y afrodescendientes son víctimas de discriminación estructural y marginación social profunda de la cual la falta de

¹⁰ El artículo 58 de la Constitución de Ecuador de 2008 indica que “[p]ara fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”. No precisa la Constitución si estos derechos colectivos son los mismos que se consagran detalladamente para “las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas” en el artículo 57. Por su parte, la Constitución de Bolivia en su artículo 32 estipula que “[e]l pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (el énfasis nos pertenece).

reconocimiento y protección de sus territorios es una manifestación. Solo por citar un ejemplo, Rodolfo Stavenhagen, ex Relator de las Naciones Unidas Relator Especial para los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, ha llamado la atención sobre

[l]as profundas desigualdades económicas entre indígenas y no-indígenas, la marginación social de aquellos, su exclusión política y su subordinación cultural, conforman un cuadro histórico de discriminación persistente que no puede calificarse más que de *racismo estructural*, es decir, enraizado en las estructuras del poder y del dominio que han venido caracterizando a las sociedades latinoamericanas durante siglos (Stavenhagen 2001: 25).

Frente a este cuadro, puede pensarse a los casos territoriales como representativos de los problemas estructurales y que se producen en este contexto de racismo estructural. Para ello, tanto los litigantes como la Corte Interamericana deberían prestar mayor atención a las posibilidades y tensiones del litigio de casos territoriales como una de las estrategias para atacar problemas estructurales. Esta perspectiva debe ser analizada en mayor profundidad para determinar si el sistema interamericano está efectivamente preparado para tratar estos casos estructurales y si la aproximación cultural a los reclamos territoriales es adecuada. En los próximos párrafos se harán algunas breves referencias para comenzar a situar y concebir el litigio de estos casos territoriales individuales como estrategias de confrontación a discriminaciones estructurales.

Para comenzar, y tal como se explicó, la jurisprudencia de la Corte hasta el momento no ha abierto las posibilidades para cuestionar las estructuras racistas que en definitiva afectan la protección de los territorios. En segundo lugar, indudablemente la resolución en 10 años de casos relativos a cuatro o cinco comunidades reclamando sus territorios, no logran resolver la totalidad

de los problemas estructurales, ni siquiera los relativos a cuestiones territoriales, que afectan a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

Por lo pronto, debe reconocerse que la lógica del litigio hasta el momento no ha pretendido y por ende no ha logrado alterar la lógica de distribuciones injustas de la tierra, de marginalización y pobreza ni de inequitativa inversión del gasto público en perjuicio de indígenas y afrodescendientes. Cuando mucho, en algunos casos como Sawhoyamaya o Yakye Axa se ha mencionado la situación de extrema marginalización y pobreza pero no se ha pretendido atacar todas las causas de las mismas. Tan solo se las menciona, tanto como parte del contexto así como una consecuencia de la falta de protección del territorio tradicional.

a) Los casos individuales frente a situaciones estructurales de no reconocimiento y/o protección de los territorios así como de exclusión y discriminación

La estrategia limitada de litigio y la aproximación jurisprudencial cultural al territorio pareciera olvidar que la construcción jurídica y política de la territorialidad indígena y afrodescendiente requiere un nuevo modelo de desarrollo rural y de transformación de la estructura agraria en América Latina, al incorporar efectivamente a indígenas y afrodescendientes respetando su condición de sujetos colectivos con sus propias formas organizativas (Romero 2006: 180). En este sentido, las reparaciones ordenadas por la Corte – delimitación, demarcación y titulación del territorio más creación de fondos de reparaciones comunitarias y establecimiento de recursos judiciales y mecanismos efectivos para la tutela de estos derechos--pueden considerarse limitadas frente al cuadro estructural de inequidad social.

Sin perjuicio de ello, una lectura más optimista de la utilización del sistema interamericano hasta el momento, permite concebir su contribución como una forma de estabilizar una situación, la de la titularidad de la tierra y el territorio, para de esta manera poder avanzar en la discusión relativa a los problemas estructurales de los Estados de América Latina, particularmente la distribución inequitativa de la riqueza, dentro de un contexto de mayor seguridad jurídica sobre los territorios.

Otra alternativa de analizar los casos territoriales individuales frente a situaciones estructurales es apreciar que el sistema interamericano funciona como una forma de fortalecer a a ciertos reclamos –los territoriales—y a las víctimas, de mejorar su posición de negociación con el Estado o de abrir los espacios de consulta y disputa. En este sentido, estratégicamente el sistema puede ser visto como el lugar para fortalecer o legitimizar los reclamos y los actores mediante la determinaciones de la Corte, antes que buscar la solución puntual a las demandas concretas de reformas estructurales (Sabel y Simon 2004; Abramovich 2005; Dulitzky 2008). En este sentido, el hecho de que la Corte haya reconocido sus derechos, establecido que el Estado violó los mismos y ordenado ciertas medidas de reparaciones, permite tanto a las comunidades beneficiadas como a otros actores que trabajan en pos de un reconocimiento mas fuerte de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes confronten a las autoridades estatales forzándolas a dialogar desde la perspectiva de los derechos humanos y superando las invisibilidades de sus demandas y opresiones a las que el Estado las sujeta tradicionalmente (Anaya 2004: 270-271).

De todas maneras, las decisiones del sistema interamericano han logrado producir alteraciones en la discusión jurídica y política sobre los reclamos territoriales en diversos países

y han traído mayor protección legal a estos territorios. Y en cierto sentido, han tenido un impacto estructural en cierta medida. Así en Nicaragua y como consecuencia de la decisión de la Corte en *Awas Tingni*, la Asamblea Nacional aprobó una ley que regula todo el régimen de propiedad comunal indígena y afrodescendiente en Nicaragua (Ley No. 445 del Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, Gaceta Diario Oficial, No. 16 del 2003; Alvarado 2007: 623-624). En Belice, la Corte Suprema reconoció los derechos de los pueblos mayas a sus territorios (*Cal et al. v Attorney-General of Belize and Minister of Natural resources and Environment Claims* 2007) basándose fundamentalmente en la decisión de la Comisión Interamericana sobre el reclamo de las comunidades indígenas del Distrito Toledo en el Sur de dicho país. (CIDH Informe N° 40/04, Caso 12.053, 2004, párr. 170).

Paralelamente, debe prestarse atención al hecho, que el sistema interamericano también puede servir para romper impasses o status quo que pueden facilitar procesos de reformas estructurales. Los casos paraguayos de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa* son ilustrativos al respecto. El sistema paraguayo había llegado a un punto donde no había posibilidad de solucionar el tema a nivel nacional ya que no se expropiaban las tierras reclamadas ni se acordaba la compra de tierras alternativas. En Paraguay no existían mecanismos para destrabar esta situación, ya que el Congreso rechazaba los pedidos de expropiación y el Ejecutivo no contaba con herramientas para forzar la venta de las tierras reclamadas ni para consensuar la compra de tierras alternativas. Un actor externo como el sistema interamericano era necesario para romper esta situación y permitir avanzar en la búsqueda de una solución.

A fin de potenciar el efecto del sistema interamericano en el cuestionamiento de situaciones estructurales, es preciso tener en cuenta los contextos diferenciados sobre los casos.

Por ejemplo, mientras Saramaka era representativo de los efectos de una falta completa de política estatal de reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva y por ende no existía demarcación, titulación y protección de las tierras y territorios, Yakye Axa o Sawhoyamaya representaban los límites y falencias del mecanismo existente en Paraguay que si reconoce constitucionalmente el derecho a la territorialidad colectiva. Esto significa que mientras en Surinam se estaba creando un mecanismo especial para una comunidad frente al resto de los pueblos indígenas y afrodescendientes, en Paraguay se solucionaba el problema de ciertas comunidades que no habían encontrado una respuesta efectiva a sus reclamos frente a un gran número de comunidades indígenas que ya había obtenido su titulación.

Incluso, desde la perspectiva mas limitada que venimos mencionando, la Corte debería ser más casuística en sus razonamientos y reparaciones evitando repetir mecánicamente previas decisiones que no necesariamente se adecuan a las particularidades de cada caso o al contexto legal, político, social o económico en el que se producen los diferentes reclamos, en especial al momento de determinar las reparaciones (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastani 2001: párr. 173.4; CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 214.5) El sistema interamericano debe percatarse de la existencia de diferentes modelos de reconocer la propiedad colectiva sobre los territorios (Roldan 2004). La Corte debe comprender que el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos colectivos al territorio supera ampliamente la mera delimitación, demarcación y titulación de los mismos ya que depende de un complejo conjunto de aspectos legales, sociales y políticos (Roldan 2004: 25). Si como llevamos dicho, la protección de los territorios tradicionales de indígenas y afrodescendientes comprende la redefinición de las relaciones entre estos grupos y el Estado, la Corte debería ser mucho más precisa en sus

razonamientos y en sus decisiones sin repetir fórmulas mecánicas que no consideren adecuadamente las especificidades existentes en cada Estado.

Y por supuesto se deben fortalecer los mecanismos de supervisión del cumplimiento de las sentencias para lograr que las mismas sean cabalmente cumplidas en los tiempos fijados por el tribunal. La experiencia de una década en esta área y en otras áreas demuestra que el litigio ante el sistema interamericano no es un objetivo final sino tan solo un medio y un instrumento más en la lucha por la protección de los derechos colectivos territoriales. El sistema interamericano no puede ser un sustituto de las movilizaciones a nivel nacional sino una parte integral y congruente del proceso político de reivindicaciones territoriales. La obtención de respuestas favorables del sistema interamericano de hecho demuestra que las mismas no serán implementadas si no van acompañadas de un proceso de presión política integral una vez que el proceso se traslada nuevamente a la esfera nacional.

b) Superar la errática aproximación desde la igualdad y no discriminación

Hasta ahora el sistema interamericano se ha mostrado ambivalente en cuanto a que la falta de reconocimiento de los derechos colectivos al territorio, de las formas de tenencia colectiva o la falta de implementación efectiva de los derechos reconocidos constitucionalmente constituya una forma de discriminación racial o étnica. Aun, en los pocos casos que si lo ha hecho, no ha reconocido que la situación es tan solo un aspecto de la distribución inequitativa de la riqueza y del poder en América Latina y que pueblos indígenas y afrodescendientes sufren formas estructurales de discriminación y racismo.

La Comisión, en el caso de reclamos territoriales de las comunidades mayas de Belice (CIDH, Informe No 40/04, Caso 12.053, 2004, párr. 170) y en varias decisiones de admisibilidad

durante los últimos años ha abierto la vía, de manera inconsistente, para analizar los reclamos territoriales de pueblos indígenas y afrodescendientes desde la perspectiva de la discriminación racial. La CIDH ha entendido que la discriminación se produce en tanto y en cuanto, algunos grupos sociales y formas de tenencia de la tierra reciben protección efectiva del Estado, mientras que otras, aquellas asociadas con pueblos indígenas y afrodescendientes, no lo hacen.¹¹

La Corte también ha sido ambivalente. Por un lado, ha sostenido tres elementos importantes desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación que lamentablemente no la han conducido a encontrar violaciones del artículo 24 sobre igual protección ni tampoco a desarrollar argumentos más puntuales al respecto considerando el principio de no-discriminación contenido en el artículo 1.1 del texto convencional. Mucho menos la Corte ha ordenado reparaciones específicamente orientadas a remediar la discriminación estructural. El tribunal mantiene que desconocer que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva 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” (CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 120). En segundo lugar, la Corte ha dicho que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia

¹¹ Ver Informe N° 83/06, Petición 555-01, Comunidades de Alcântara (Brasil), párr. 66 (“Tratándose de comunidades afro descendientes que alegan que sus derechos no habrían sido adecuadamente tutelados, la CIDH considera motu proprio que los hechos podrían caracterizar una violación al artículo 24, en conexión con el 1.1”); Informe N° 86/06, Petición 499-04, Marino López y otros (Operación Génesis) (Colombia), párr. 59 (“dadas las características de la población afectada y de los hechos materia del reclamo la Comisión estima pertinente considerar la cuestión a la luz del artículo 24 de la Convención, en la etapa de fondo”) e Informe N° 80/06, Petición 62-02, Miembros de la Comunidad Indígena de Ananás (Brasil), párr. 31 (“de ser comprobados los hechos expuestos con relación a la violación de... igualdad ante la ley... y a la no discriminación, contra los Miembros de la Comunidad Indígena Ananas.... podría encontrarse ante una contravención de los artículos...24.... de la Convención”).

física y cultural (CIDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni 2008: párr. 148-149 y 151; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya 2006: párr. 118-121 y 131; CIDH Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa 2006: párr. 124, 131, 135-137 y 154 y Caso Saramaka 2007: párr. 85, 91 y 103). En estos casos, la Corte sostuvo que los Estados tienen la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. Concluyó el tribunal que en el derecho internacional, el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida y que la legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria.

Luego de estas precisiones importantes, en el caso Saramaka, la Corte consideró que el Estado incumplió la obligación general de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 175). Sin embargo, en la sección resolutive simplemente se refirió a las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivo a nivel interno el derecho a la propiedad, personalidad jurídica y protección judicial sin mencionar el principio de no-discriminación (CIDH Caso Saramaka 2007: párr. 214, Declarativos 1, 2 y 3).

La aproximación desde la perspectiva de la igualdad y no discriminación permitiría considerar las desigualdades y racismo estructural del que son víctimas los indígenas y los afrodescendientes. Una apertura jurisprudencial a la reivindicación territorial desde la perspectiva del principio de la igualdad y no discriminación y de la reparación por la discriminación racial pasada y/o presente así como de las secuelas de la esclavitud y el

colonialismo, abriría nuevas perspectivas y podría expandir enormemente el ámbito de las potenciales reparaciones.

En particular podría permitir complementar el principio del reconocimiento con el de redistribución. Como ha dicho la Corte Constitucional de Colombia, esta aproximación desde la perspectiva de la discriminación, no se orientaría a preservar la singularidad cultural de un grupo humano sino que parte de la situación de asimetría de dicho grupo y se buscaría suprimir las barreras que se opongan a la igualdad material y enfrentar las causas que la generan, es decir, reducir el déficit de poder efectivo que ostentan. Todo ello, sin eliminar los rasgos culturales típicos que caracterizan a dicha comunidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422/96, 1996).

La falta de protección efectiva de sus territorios, no debe y no puede considerarse exclusivamente como un problema de falta de reconocimiento de sus particularidades distintivas, sino de la discriminación y marginación a los que los someten los Estados y sociedades latinoamericanas y que han repercutido negativamente en el acceso a oportunidades de desarrollo económico y social. Tampoco puede olvidarse que el proceso de apropiación y distribución inequitativa de la tierra en América Latina ha estado acompañado y ha sido facilitado por un proceso de exclusión mediante la racialización de indígenas y afrodescendientes (Sundenberg 2008: 569-582). Ignorar estas circunstancias es desconocer las causas profundas de la falta de tutela del territorio y limitar las potencialidades políticas de la movilización en torno al territorio y los recursos naturales.

Por supuesto, que esta estrategia es mucho más riesgosa dado el escaso desarrollo jurisprudencial del sistema interamericano en materia de igualdad (Dulitzky 2007: 15) y particularmente desde la perspectiva de la igualdad en términos colectivos y no individuales y

podría hallar mayores resistencias por parte de los Estados. Por eso, podría pensarse no en estrategias argumentativas excluyentes, sino en fundamentar los casos utilizando argumentos basados en aproximaciones culturales para profundizar lo que se ha conseguido y superar algunas de las limitaciones aquí reseñadas a la par de utilizar nuevas alternativas a partir de la igualdad y no discriminación para ampliar el campo conceptual de posibles violaciones y reparaciones desde una perspectiva de la redistribución.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES TENTATIVAS

El sistema interamericano se ha instalado como un actor permanente y prominente en la discusión sobre la protección de los derechos territoriales colectivos de indígenas y afrodescendientes. Y lo ha hecho, principalmente gracias a que la Corte y la Comisión en la última década se han mostrado receptivas a las demandas territoriales de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

Por ello, el análisis y discusión de las ambivalencias, contradicciones y vacíos jurisprudenciales existentes así como de las dificultades y obstáculos que presenta la defensa de reclamos territoriales a nivel interamericano, son un imperativo necesario para considerar las potencialidades y limitaciones que ofrece un mecanismo judicializado internacional para tutelar estos derechos colectivos.

En el caso de afrodescendientes, el sistema interamericano hasta ahora ha avanzado tan solo porque ha entendido sus reclamos territoriales asimilándolos a los formulados por pueblos indígenas y los ha considerado “pueblos tribales”. Este proceso replica el fenómeno que se produce en distintos países latinoamericanos marcado por lo que se ha denominado la “*etnización*” de los afrodescendientes bajo el modelo de la etnicidad indígena (Anderson 2007:

387 y 393). En parte, lleva a las comunidades rurales afrodescendientes a afirmar su identidad como “pueblo tribal” en los términos de la Corte. En este sentido, los afrodescendientes deben presentarse siguiendo el modelo del movimiento indígena en su relación con el Estado (Restrepo 2007: 476).

Varios autores entienden que a nivel nacional, esta estrategia de culturalización de sus reclamos bajo el modelo indígena y el abandono de los reclamos desde la perspectiva racial y de discriminación racial es lo que les ha permitido ser efectivos en sus reclamos de seguridad territorial (Anderson 2007: 393, Hooker 2005: 305; Pashcel y Sawyer 2008: 209). Aun cuando esta evaluación positiva sobre la estrategia de la culturalización de los reclamos territoriales pueda ser descriptivamente correcta, no por ello debe desconocerse que una perspectiva desde la discriminación racial y desde la redistribución permitiría superar las limitaciones de la aproximación cultural al territorio y recursos naturales. También permitiría contextualizar los reclamos por la tierra colectiva dentro de los problemas estructurales de marginalización, exclusión y racismo estructural. En particular, permitirá comenzar a desarrollar una jurisprudencia que no se concentre tan solo en el reconocimiento sino también la redistribución. La incipiente jurisprudencia interamericana y sus lagunas, discordancias y confusiones exigen que cualquier estrategia de litigio vaya acompañada por un proceso pedagógico hacia el propio sistema interamericano para concientizarlo de sus propias limitaciones, vacíos jurisprudenciales y debilidades.

El desafío presente creemos pasa por repensar las reivindicaciones tanto indígenas como afrodescendientes más allá del territorio y la aproximación cultural al mismo. En otras palabras pasa por superar las limitaciones basadas en el reconocimiento de derechos colectivos en función exclusivamente de una aproximación cultural a sus demandas. Fundamentalmente requiere

repensar desde la perspectiva del derecho interamericano de los derechos humanos una teoría que permita unir este reconocimiento cultural como fundamento de las respuestas judiciales a uno que parte de las disparidades socioeconómicas y reclama una redistribución como remedio a las injusticias que confrontan indígenas y afrodescendientes. Desde esta perspectiva, el presente artículo debe entenderse como el principio de una propuesta a la luz de las teorías de Fraser (2003) que busca desarrollar una teoría crítica del reconocimiento que identifica y defiende solo aquellas versiones de aproximaciones culturales a reivindicaciones territoriales que pueden ser coherentemente combinadas con políticas de igualdad substantiva y redistribución económica. En otras palabras, es necesario conceptualizar desde el derecho interamericano de los derechos humanos el reconocimiento cultural y las inequidades sociales como formas que se apoyan mutuamente y que establecen claras obligaciones estatales de atacar a ambas. En definitiva, haciéndonos eco del llamado de Fraser, consideramos que lo que se requiere hoy como estrategia de litigio y como respuesta jurisprudencial es una concepción que reunifique los reclamos de reconocimiento cultural con los de redistribución socioeconómica.

Bibliografía

- Abramovich, Victor (2005), Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados, SUR Revista Internacional de Derechos Humanos, Vol. 2, No. 2.
- Alvarado, Leonardo (2007), Prospects and Challenges in the Implementation of Indigenous Peoples' Human Rights In International Law: Lessons From The Case Of Awas Tingni V. Nicaragua, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 24, No. 3.
- Anaya, James (2004), Indigenous People in International Law, Oxford University Press.
- Anaya, James y Claudio Grossman (2002), The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step In The International Law of Indigenous Peoples, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 19, No. 1.
- Anaya, James y Maia Campbell (2008), “Gaining Legal Recognition of Indigenous Land Rights: The story of the Awas Tingni Case in Nicaragua”, en Human Rights Advocacy Stories.
- Anderson, Mark (2007), “When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras”, Journal of Latin American and Caribbean Anthropology, Vol. 12, No. 2.
- Antkowiak, Thomas (2008), Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 46, No. 2.
- Aylwin, Jose (2002), El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales, Ponencia presentada en la “Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural”, de la Organización de Estados Americanos, 7- 8 de noviembre de 2002.
- Beristaín, Carlos (2008), Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Bonilla Maldonado, Daniel (2006), La Constitución multicultural, Universidad de los Andes, Facultad de Derechos, Santa Fe de Bogotá, Colombia.
- Boone, Catherine (2007), Property and constitutional order: Land tenure reform and the future of the African state, African Affairs 106.

- Cal (on behalf of the Maya Village of Santa Cruz) and Others and Coy (on behalf of the Maya Village of Conejo) and Others v. Attorney General of Belize and Minister of Natural Resources and Environment (2007), Claims Nos. 171 and 172, Supreme Court of Belize, Judgment of 18 October 2007.
- Corte Constitucional de Colombia (1996), Sentencia T-422/96, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia (2003), Sentencia T-955/03, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1989), Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7.
- CIDH (1993), Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.
- CIDH (2001), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- CIDH (2004), Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.
- CIDH (2004), Informe N° 30/04, Petición 4617/02, Solución Amistosa, Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras, Chile.
- CIDH (2004), Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belice.
- CIDH (2005), Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- CIDH (2005), Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- CIDH (2005), Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- CIDH (2006), Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- CIDH (2006), Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

- CIDH (2006), Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.
- CIDH (2006), Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- CIDH (2006), Informe N° 80/06, Petición 62-02, Miembros de la Comunidad Indígena de Ananás, Brasil.
- CIDH (2006), Informe N° 83/06, Petición 555-01, Comunidades de Alcântara, Brasil.
- CIDH (2006), Informe N° 86/06, Petición 499-04, Marino López y otros (Operación Génesis), Colombia.
- CIDH (2007), Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- CIDH (2007), Informe N° 45/07, Petición 1268- 05, Admisibilidad, Masacre de Chengue, Colombia.
- CIDH (2008), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CIDH de 7 de mayo de 2008.
- CIDH (2008), Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185.
- Dannenmaier, Eric (2008), Beyond Indigenous Property Rights: Exploring the Emergence of a Distinctive Connection Doctrine, Washington University Law Review. Vol. 86:53.
- Dulitzky, Ariel E. (2005), “A Region in Denial: Racial Discrimination and Racism in Latin America”, en Anani Dzidzienyo y Suzanne Oboler (eds.), Neither Enemies Nor Friends: Latinos, Blacks, Afro-Latinos.
- Dulitzky, Ariel E. (2007), El Principio de Igualdad y No Discriminación: Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana, en Anuario de Derechos Humanos N° 3.
- Dulitzky, Ariel E. (2008), “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en [Víctimas sin mordaza](#), El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica, México, Due Process of Law Foundation.
- Fraser, N., & Honneth, A. (2003). Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange. New York: Verso.

- Hoffmann, Odile (2002), Conflictos territoriales y territorialidad negra. El caso de las comunidades afrocolombianas. En Claudia Mosquera, Mauricio Pardo, Odile Hoffmann (eds.), Afrodescendientes en las Américas. Trayectorias Sociales e Identitarias.
- Hooker, Juliet (2005), Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America. *Journal of Latin American Studies* 37.
- Madariaga, Isabel (2002), “Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, Ponencia presentada en el III Curso Interamericano- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 28 de octubre de 2002.
- Madariaga, Isabel (2005), “The Rights Of Indigenous Peoples And The Inter-American Human Rights System”. Ponencia presentada en el simposio de la American Association of Law Schools Annual Meeting, San Francisco, 8 de enero de 2005.
- Mooney, Megan (2006-2007), How the Organization of American States took the lead: the development of indigenous peoples’ rights in the Americas, 31 *American Indian Law Review* 553.
- Nash Rojas, Claudio (2004), “Los Derechos Humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en José Aylwin (ed.), *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Chile.
- Ng’weno, Bettina (2007), “Can Ethnicity Replace Race? Afro-Colombians, Indigeneity and the Colombian Multicultural State”, en *Revista de Latin American and Caribbean Anthropology special issue*, Vol. 12, No. 2.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Humanos (1994), Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5.
- Pashcel, Tianna y Mark Sawyer (2008), “Contesting Politics as Usual, Black Social Movements, Globalization and Race Policy in Latin America”, en *Souls*, Vol. 10, No. 3.
- Pasqualucci, Jo M. (2006), “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, en *Human Rights Law Review*, 6.
- Restrepo, Eduardo (2007), “El ‘giro al multiculturalismo’ desde un encuadre afro-indígena”, en *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, Vol. 12, No. 2.
- Roldan Ortega, Roque (2004), “Models for Recognizing Indigenous Land Rights in Latin America”, World Bank, Biodiversity Series, No. 99.

- Romero Bonifaz, Carlos (2006), “La Gestión Integrada de los Recursos Naturales como fundamento de la Territorialidad Indígena”, en Defensor del Pueblo de Bolivia, Derechos Humanos y Acción Defensorial, Año 1, No. 1.
- Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2007), “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”, Sur Journal, N°5.
- Sabel, Charles y William Simon (2004), Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, Harvard Law Review, Vol. 117, Part 4.
- Stavenhagen, Rodolfo (2001), “La diversidad Cultural en el Desarrollo de las Américas”, en Los pueblos indígenas y los estados nacionales en Hispanoamérica.
- Sundberg, Juanita (2008), “Placing Race in Environmental Justice Research in Latin America”, en Society and Natural Resources, Vol. 21, No. 7.
- Torres, Gerald, (2008), Indigenous Peoples, Afro-Indigenous Peoples and Reparations, en Federico Lenzerini (ed.), Reparations for indigenous peoples.