

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

PROPIEDAD COLECTIVA E IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA EN PUEBLO XUCURU CON BRASIL Y EN ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT CON ARGENTINA

INDIGENOUS COLLECTIVE PROPERTY AND CULTURAL IDENTITY IN XUCURU INDIGENOUS PEOPLES V. BRAZIL AND IN LHAKA HONHAT ASSOCIATION V. ARGENTINA

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA*

RESUMEN

Pueblo indígena Xucuru y sus miembros con Brasil, y Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) con Argentina, son los casos más recientes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto sobre propiedad indígena y tribal. Ambas sentencias son relevantes. La primera, por desarrollar la obligación estatal de saneamiento de los territorios y tierras indígenas. La segunda, por desvincular al derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas de su propiedad colectiva, catalogándolo como un derecho económico, social y cultural autónomo. El presente trabajo analiza estas

* Abogado y Licenciado en Derecho, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Profesor de la Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile. Miembro asociado del Centro para el Estudio de la Gobernanza Global, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica, y del Instituto de Investigación en Derecho Internacional y Europeo de la Universidad de París 1 “Panteón-Sorbona”, Francia. PhD, Universidad de Edimburgo, LLM, Universidad de Leiden. Correo electrónico: rlopeze@uc.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0001-9989>.

Trabajo recibido el 19 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 27 de diciembre de 2022.

decisiones judiciales, destacando la potencial superación del esencialismo, que ha caracterizado a dicha jurisprudencia, en la última de las sentencias estudiadas. Este último aspecto es de suma importancia, pues al desligar la identidad cultural de la propiedad comunal, se fortalece la protección convencional de pueblos que, como toda colectividad, están destinados a mutar permanentemente.

Palabras clave: pueblos indígenas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, propiedad colectiva, identidad cultural

ABSTRACT

Xucuru Indigenous People and its Members v. Brazil, and Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina, are the latest cases on indigenous and tribal property settled by the Inter-American Court of Human Rights. Both judgments are relevant. The first one, for developing the state obligation of final delivery of indigenous territories and lands, free from disturbance. The second one, for detaching the right of cultural identity of indigenous peoples from their collective property, categorizing it as an autonomous economic, social and cultural right. This work analyzes these judicial decisions, highlighting the most recent one's potential to overcome the essentialism, that has characterized such case-law. This last aspect is of the utmost importance, for decoupling cultural identity from communal property strengthens the conventional protection of peoples destined to constantly change, like any other collectivity.

Keywords: indigenous peoples, Inter-American Court of Human Rights, collective property, cultural identity.

I. INTRODUCCIÓN

“Xucuru” (2018) y “Lhaka Honhat” (2020) son las últimas sentencias que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su creciente jurisprudencia sobre propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales.¹ Son

¹ Sobre esta línea jurisprudencial de la Corte ver, en general, LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Un derecho jurisprudencial. Propiedad colectiva y Corte Interamericana”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2017, Vol. 24, N° 1, pp. 133-189. Ver también: PASQUALUCCI, Jo, “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Law Review*, 2006, Vol. 6, pp. 281-322; SAUL, Ben, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Bloomsbury, Portland, 2016, pp. 144-159; DE PAZ, Isaac, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights: Shadow and Light in International Human Rights*, Edward

casos interesantes, que involucran a estados, que además de tener consagrado constitucionalmente las tierras que los indígenas ocupan tradicionalmente, han tomado medidas para que estas se vean protegidas. Mientras que en “Xucuru” el tribunal se centró en la obligación estatal de saneamiento, en “Lhaka Honhat” reiteró el derecho a participación efectiva de las comunidades indígenas, y optó por analizar el derecho a la identidad cultural desde el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Vale decir, como un derecho económico, social y cultural autónomo, desligado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 21 del mismo tratado. En ambas decisiones judiciales, la Corte volvió a interpretar y aplicar los principales derechos sobre los cuales ha estructurado su jurisprudencia sobre propiedad indígena y tribal, como son los que se desprenden de las obligaciones estatales de demarcar, delimitar, titular y sanear sus territorios y tierras, así como del deber de consulta a dichas comunidades. Como en otras oportunidades, el tribunal lo hizo con apoyo en distintos instrumentos internacionales que constituyen el *corpus iuris* hermenéutico de su jurisprudencia en la materia.

Este trabajo comienza por analizar “Xucuru”, para continuar en seguida con “Lhaka Honhat”, donde se detiene en la escisión de la identidad cultural del derecho de propiedad, que en esta sentencia pasa a constituir un derecho autónomo de otra naturaleza jurídica. Si bien controvertido, este es el aspecto más destacable de la sentencia dictada contra Argentina, por cuanto podría permitirle al tribunal salir del esencialismo que atraviesa su jurisprudencia sobre pueblos indígenas y tribales. Esta, al centrar la identidad cultural de dichos pueblos en la propiedad colectiva rural, ha limitado innecesariamente la protección que le brinda el Pacto de San José de Costa Rica y reducido el reconocimiento jurisprudencial del carácter dinámico y evolutivo de sus culturas a algo meramente nominal, alejado de la realidad de comunidades que, como todo grupo humano, inevitablemente cambian con el tiempo.

II. LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO EN XUCURU

El 5 de febrero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió que Brasil incumplió los artículos 8.1, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del pueblo indígena Xucuru y sus miembros. Esto es, los derechos a la garantía judicial de plazo razonable, a la propiedad y a

Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 46-84; y POSENATO, Naiara, “La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali”, *DPCE Online*, 2018, Vol. 34, N° 1, pp. 155-161.

la protección judicial consagrados por dicho tratado, respectivamente. Todos estos derechos fueron vulnerados durante el proceso de demarcación, delimitación, titulación y saneamiento del territorio del pueblo Xucuru,² iniciado en 1987 y que se extendió hasta 2017, el cual incluyó diversos actos administrativos y procesos judiciales, que involucraron tanto a los miembros de este pueblo como a ocupantes no indígenas del mencionado territorio.³

“Xucuru” fue el primer caso relacionado a un pueblo indígena que la Corte falló en contra de Brasil;⁴ un estado que desde 1988 no solo reconoce constitucionalmente a los indígenas la propiedad sobre las tierras que ocupan tradicionalmente (esto es, las que habitan de manera permanente y que utilizan para sus actividades productivas), y los recursos naturales necesarios para su bienestar y reproducción física y cultural (según sus usos y costumbres), sino que además establece el deber estatal de demarcar estas tierras y protegerlas, junto a dichos recursos.⁵ La Fundación Nacional del Indio (FUNAI) es la encargada del proceso de demarcación de las tierras indígenas en Brasil, que consta de distintas etapas y cuyo acto administrativo final corresponde al Presidente de la República.⁶ Si bien la Constitución de Brasil fijó un plazo de 5 años para que el estado demarque todas las tierras indígenas, únicamente un 67% de estas lo había sido para 2018.⁷ Los Xucuru eran uno de los pueblos indígenas cuyas tierras tenían a la fecha de la sentencia su proceso correspondiente finalizado, titulación incluida, pero con ocupantes no indígenas en su territorio e indemnizaciones para los ex ocupantes sin pagar, y algunas acciones judiciales pendientes, interpuestas para que se restituyan parcialmente tierras ubicadas en territorio indígena y para anular parte de la

² Compuesto por aproximadamente 7.700 individuos, que forman parte de más de 2.300 familias, distribuidas en 24 comunidades ubicadas en un territorio que mide alrededor de 27.555 hectáreas, que se encuentra en el municipio de Pesqueira, del estado de Pernambuco. Son parte de este pueblo, además, aproximadamente 4.000 individuos que viven fuera de dicho territorio, en el mismo municipio. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH), 5 de febrero de 2018, *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, párr. 60- 61, en línea: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.

³ Corresponde señalar que el tribunal solo tuvo jurisdicción sobre los hechos ocurridos con posterioridad al 10 de diciembre de 1998, que es cuando Brasil reconoció su competencia contenciosa. Ver Corte IDH, *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, cit. (n. 2), párr. 31.

⁴ NAVARRO, Gabriela Braga, “The Judgment of the Case Xucuru People v. Brazil: Inter-American Court of Human Rights between Consolidation and Setbacks”, *Brazilian Journal of International Law*, 2019, Vol. 16, N° 2, p. 204.

⁵ Ver *Constituição da República Federativa do Brasil*, Diário Oficial da União, 5 de octubre de 1988 (Brasil), título VIII, capítulo III, art. 231.

⁶ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 62-70.

⁷ NAVARRO, cit. (n. 4), p. 209.

demarcación hecha de este.⁸

El análisis del caso se centró en la violación del derecho de propiedad, causada por la presencia de ocupantes no indígenas en el territorio tradicional de los Xucuru y la demora estatal en la entrega de la totalidad de sus tierras.⁹ Después de hacer un recuento de su jurisprudencia sobre propiedad indígena y tribal, la Corte reconoció expresamente los esfuerzos que ha hecho Brasil por proteger ese derecho, consagrado constitucionalmente.¹⁰ El tribunal reiteró, asimismo, las herramientas hermenéuticas extra-convencionales, que junto con el Pacto de San José de Costa Rica conforman el *corpus iuris* en la materia: el Convenio N° 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, otros instrumentos jurídicos así como decisiones judiciales internacionales, y el derecho interno de los estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹ Sin embargo, a pesar de haber sido la primera sentencia fallada con posterioridad a que la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fuera aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2016, la Corte no mencionó este instrumento en “Xucuru”.¹²

Volviendo sobre algo ya mencionado en otras de sus decisiones judiciales, el tribunal señaló: “Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros

⁸ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 71-75, 77-86.

⁹ NAVARRO, cit. (n. 4), p. 210.

¹⁰ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 115-119, 150.

Particularmente ilustrativo de su jurisprudencia sobre propiedad colectiva es “Xucuru” (Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 117), donde cita a “Awas Tingni” (Corte IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, (ser. C) N° 79 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 164), “Moiwana” (Corte IDH, Sentencia de 15 de junio de 2005, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, (ser. C) N° 124 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 211), “Yakye Axa” (Corte IDH, Sentencia de 17 de junio de 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, (ser. C) N° 125 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124), “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, Sentencia de 29 de marzo de 2006, *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, (ser. C) N° 146 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 128), “Saramaka” (Corte IDH, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, (ser. C) N° 172 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 115), “Xákmok Kásek” (Corte IDH, Sentencia de 24 de agosto de 2010, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, (ser. C) N° 214 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 109), “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, Sentencia de 27 de junio de 2012, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, (ser. C) N° 245 (Fondo y Reparaciones), párr. 146), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, Sentencia de 8 de octubre de 2015, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, (ser. C) N° 305 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 103, 105) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, (ser. C) N° 309 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 131-132).

¹¹ Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 35, 116.

¹² Ver NAVARRO, cit. (n. 4), pp. 215-216.

derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.¹³ En seguida, agregó que el objeto de la controversia no radica en el derecho del pueblo Xucuru sobre sus territorios tradicionales, sino en el incumplimiento de las obligaciones positivas de Brasil para garantizar ese derecho, y en la carencia de seguridad jurídica sobre dichos territorios derivadas de su falta de saneamiento.¹⁴ Al respecto, la Corte señaló que este último “no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas”.¹⁵ La Corte reiteró que no siempre que colisionen los derechos de propiedad de los indígenas y de los no indígenas, sean estos particulares o el estado correspondiente, deberá necesariamente prevalecer el primero sobre el segundo.¹⁶ En estos casos:

(...) habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro, sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo.¹⁷

¹³ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 115. Respecto a este punto, la sentencia hizo referencia a “Yakye Axa” (Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 10), párr. 147) y “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, Sentencia de 14 de octubre de 2014, *Pueblos indígenas Una de Madungandí y Emberá de Banano y sus miembros vs. Panamá*, (ser. C) N° 284 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 18).

¹⁴ Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 120, 150.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 124. Como indicó el tribunal, los procesos administrativos de demarcación, delimitación, titulación y saneamiento de territorios indígenas son mecanismos que dan seguridad jurídica y protección al derecho de propiedad colectiva.

En cuanto a la obligación de saneamiento, la sentencia citó a “Garífuna de Punta Piedra c/ Honduras” (Corte IDH, Sentencia de 8 de octubre de 2015, *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, (ser. C) N° 304 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 181), el primer caso de la Corte que hizo referencia a este deber estatal en su jurisprudencia sobre propiedad colectiva.

¹⁶ Al respecto, la sentencia no solo hizo referencia a “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 143, 144, 146, 149, 151, 217), sino que también a “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, cit. (n. 10), párr. 155, 158). Ver POSENATO, cit. (n. 1), pp. 158-159.

¹⁷ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 125.

Con citas a “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 146), “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 136) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 156), la Corte recordó que esta tarea le corresponde exclusivamente al estado, en cuyo cumplimiento deberá tener presente que la propiedad

El tribunal puntualizó que es conveniente “hacer una distinción entre la ponderación de derechos que en ocasiones resultará necesaria durante un proceso de reconocimiento, demarcación y titulación de los derechos territoriales de los pueblos interesados; y el proceso de saneamiento”, pues “[e]ste último normalmente requerirá que los derechos de propiedad colectiva ya hayan sido definidos”.¹⁸ Teniendo en consideración que la Constitución de Brasil, tal como ha sido interpretada por el Supremo Tribunal Federal, le otorga preeminencia a los derechos de los pueblos indígenas frente a ocupantes no indígenas y terceros de buena fe, la Corte estimó que no correspondía realizar dicha ponderación en este caso.¹⁹ Subrayó, asimismo, que en Brasil la titulación de un territorio indígena es declarativa, y no constitutiva, del derecho de propiedad colectivo respectivo, y que la demarcación es un acto estatal que protege dicho derecho, no que lo crea.²⁰ En otras palabras, para la Corte este es un caso esencialmente de saneamiento.²¹ Por esta razón, concluyó que la controversia radica en determinar si las acciones estatales fueron efectivas para garantizar ese reconocimiento del derecho de propiedad indígena y el impacto que tuvo sobre este la demora en resolver las acciones interpuestas por terceros no indígenas.²²

Concordando con Victoria TAULI-CORPUZ, relatora especial de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas y perita en este caso, la Corte señaló que el procedimiento de demarcación, delimitación, titulación y saneamiento es efectivo en la medida que sea “pronto y capaz de regularizar y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a usar y gozar de sus territorios de forma pacífica”, y que “esto no se limita a la titulación formal de la propiedad colectiva, pero incluye el desalojo de las personas no indígenas presentes en dicho territorio”.²³ Como ya lo había indicado en “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano”,²⁴ la complejidad del asunto no puede justificar un retardo en dicho procedimiento.²⁵ Sin perjuicio

sobre la tierra garantiza que dichos pueblos conserven su patrimonio cultural.

¹⁸ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 126.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 127.

²⁰ *Ibid.*, párr. 128.

²¹ NAVARRO, cit. (n. 4), p. 211. Ver también *ibid.*, p. 212.

²² Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 129.

²³ *Ibid.*, párr. 133.

Sobre la efectividad de estos procedimientos, la sentencia hizo referencias a “Awás Tingni” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 138, 150-153), “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 63), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 227-228) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 153, 240). Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 130-132.

²⁴ Ver Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 181.

²⁵ Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 138; Esto, por cuanto: “(...) la garantía de plazo razonable debe ser

de esto, el tribunal reconoció que en determinadas circunstancias el saneamiento de los territorios indígenas puede ser una labor difícil, “atendiendo a factores tales como la dimensión del territorio, sus características geográficas, la cantidad de terceros presentes en el territorio a sanear, el perfil o características de las personas o grupos de personas a ser desalojadas, entre otros”.²⁶ Según la Corte, la complejidad y costos del procedimiento correspondiente al pueblo Xucuru no explican que, a casi tres décadas de iniciado, siga pendiente.²⁷

La sentencia resolvió que el retardo en el mencionado proceso administrativo fue excesivo e injustificado, constituyendo una violación del derecho a la garantía judicial de plazo razonable que establece el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸ Aun cuando la Corte reconoció los esfuerzos realizados por Brasil para materializar los derechos del pueblo Xucuru, la lentitud del proceso de demarcación, delimitación y titulación, y particularmente el saneamiento incompleto del territorio indígena, permitió la presencia de ocupantes no indígenas.²⁹ Por este motivo, el tribunal declaró que el accionar del estado no fue efectivo para garantizar los derechos de propiedad y protección judicial de los Xucuru, incumpliendo los artículos 21 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación con su artículo 1.1.³⁰ La Corte consideró que, en este caso, la parte lesionada era el pueblo indígena.³¹

inter-pretada y aplicada con el fin de garantizar las reglas del debido proceso legal consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, en procesos de naturaleza administrativa, más aun cuando a través de estos se pretende proteger, garantizar y promover los derechos sobre los territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de su propiedad territorial.” *Ibid.*, párr. 136.

En este párrafo, la Corte no solo volvió a hacer referencia a “Awás Tingni” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 138) y “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 227, 251), sino también a “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 96-97).

²⁶ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 139.

²⁷ *Ibid.*, párr. 138, 140, 141.

²⁸ *Ibid.*, párr. 149.

²⁹ Para el análisis de la conducta estatal que hizo la Corte ver *ibid.*, párr. 143, 145-147, 149.

³⁰ Ver *ibid.*, párr. 150-151, 153-154.

³¹ Ver *ibid.*, párr. 155-156, 159, 161-162.

³¹ Ver *ibid.*, párr. 187.

Así también ocurrió en “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 231). En otros casos, como “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 209), “Garífuna de Punta Piedra” (Corte IDH, cit. (n. 15), párr. 317), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 257) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 273), el tribunal consideró tanto a la comunidad como a sus miembros como partes lesionadas. Ver NAVARRO, cit. (n. 4), p. 219.

III. LHAKA HONHAT Y LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA

Dos años después de emitir su sentencia en “Xucuru”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió otro caso más sobre propiedad indígena. Esta vez en contra de Argentina, declarando su responsabilidad internacional por el incumplimiento de los artículos 21 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras disposiciones de ese tratado. Vale decir, del derecho a la propiedad colectiva y ciertos derechos económicos, sociales y culturales. “Lhaka Honhat” involucró a indígenas pertenecientes principalmente a la etnia Wichí,³² agrupados en la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat. El reclamo de propiedad colectiva de estas comunidades comenzó en 1984 y fue formalizado en 1991. Por tanto, llevaba cerca de 35 años inconcluso para la fecha de la sentencia. En dicho período, el estado adoptó diversas normas y medidas que avanzaron en el reconocimiento de la propiedad indígena, y acciones judiciales interpuestas por la asociación Lhaka Honhat.³³ La construcción de un puente internacional en el territorio indígena, sin que se realizara previamente el correspondiente proceso de consulta a las comunidades, y distintas actividades desarrolladas por terceros en dicho territorio, como cría de ganado, instalación de cercados y tala ilegal, también fueron parte de los hechos discutidos en este caso.³⁴

³² Reunidos en más de 130 comunidades, cuyos integrantes pertenecen a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), y que habitan un territorio de alrededor de 643.000 hectáreas, ubicado en el Departamento de Rivadavia, Provincia de Salta, el cual limita con Bolivia y Paraguay. Dada la constante fragmentación y fusión comunitaria que caracteriza a estos pueblos, propio de su estructura social ancestral, el número de estas comunidades ha ido variando en el tiempo.

Ver Corte IDH, Sentencia de 6 de febrero de 2020, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”; (ser. C) N° 400 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 33, 47-52.

³³ Descritas en *ibid.*, párr. 53-88.

³⁴ En los lotes habitados por los miembros de la asociación había ocupantes no indígenas, llamados “criollos” en esta disputa, y que no fueron parte del proceso. Ver RONCONI, Lilita; BARRACO, María, “La consolidación de los DESCA en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, 2021, Vol. 50, pp. 9-10. A pesar de no ser parte formal de esta, sí estaban involucrados en un sentido material en el conflicto sustantivo relacionado con el derecho de propiedad, por lo que la Corte decidió tener en cuenta su situación a fin de analizar adecuadamente el caso y evaluar el traslado y las medidas de reparación que pudieran corresponder en favor de dichas personas, a quienes equiparó con la población campesina, por sufrir desproporcionadamente de pobreza, hambre y malnutrición. Ver Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 36-37, 43-46, 51-52, 90, 117, 121, 134-139.

El Art. 1 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, que cita la sentencia, define a esta población como, “toda persona que se dedique o pretenda dedicarse, ya sea de manera individual o en asociación con otras o como comunidad, a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comerciar y que para ello

“Lhaka Honhat” fue la primera disputa vinculada a un pueblo indígena que la Corte falló en contra de Argentina.³⁵ Al igual que en “Xucuru”, el tribunal se encontró frente a un estado que reconoce constitucionalmente a los indígenas la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, las que declara inalienables y no susceptibles de gravámenes o embargos en su carta fundamental.³⁶ En Argentina, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) es el encargado de adjudicar tierras a estos pueblos, calificados en su Constitución como preexistentes étnica y culturalmente.³⁷ Como ya es habitual, en “Lhaka Honhat” el tribunal nuevamente comenzó con un recuento de su jurisprudencia sobre propiedad indígena y tribal.³⁸ Citando a “Yakye Axa”,³⁹ señaló que este derecho “protege no sólo el vínculo de las comunidades indígenas con sus territorios, sino también ‘los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos’”.⁴⁰ En esta parte de la sentencia, la Corte reiteró los principios de interpretación evolutiva y *pro homine*, que le han permitido elaborar su jurisprudencia sobre pueblos indígenas y tribales, teniendo en consideración otros instrumentos internacionales, como el Convenio N° 169 de la OIT, e incluso el Convenio N° 107 de la misma organización internacional, que el tribunal estimó pertinentes a este caso en razón del prolongado período de tiempo que abarcó,

recurra en gran medida, aunque no necesariamente en exclusiva, a la mano de obra de los miembros de su familia o su hogar y a otras formas no monetarias de organización del trabajo, y que tenga un vínculo especial de dependencia y apego a la tierra” Corte IDH, cit. (n. 32), nota 138 en párr. 136.

En su voto parcialmente disidente, el juez Humberto SIERRA agregó que, “es necesario repensar la dinámica de los procesos sobre derechos de la población indígena y tribal [...] que afectan o involucran a grupos de colonos, campesinos o criollos, que como terceros no tienen participación directa en el proceso”, y que “viven en similares condiciones de pobreza y precariedad” que está en los territorios indígenas y tribales. V. SIERRA, voto en *ibid.*, párr. 13-14.

³⁵ Ver RONCONI y BARRACO, cit. (n. 34), p. 9.

³⁶ Ver Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 23 de agosto de 1994 (Argentina), Art. 75 N° 17.

En “Lhaka Honhat” (Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 10), la Corte realizó una visita *in situ*, lo que no ocurrió en “Xucuru”. El tribunal había hecho estas visitas en varios casos desde “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 18-21), incluyendo “Garífuna de Punta Piedra” (Corte IDH, cit. (n. 15), párr. 19), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 15-6) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 14).

³⁷ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 54.

³⁸ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 92-98.

³⁹ Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 137.

⁴⁰ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 94. En este párrafo, la Corte también hizo referencia a “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párrs. 121-122, 129), “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 145), “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, cit. (n. 13), párrs. 111-112), “Garífuna de Punta Piedra” (Corte IDH, cit. (n. 15), párr. 165), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 100) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 115).

y del hecho que Argentina ratificara en su momento ambos tratados. Además de estos acuerdos internacionales, el tribunal tuvo en consideración la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴¹

En este caso, el derecho de propiedad de las comunidades indígenas no estuvo en discusión, por lo que la labor de la Corte se limitó a determinar si la conducta estatal brindó una seguridad jurídica adecuada a ese derecho y permitió su libre ejercicio y goce.⁴² A fin de evaluar dicho comportamiento, el tribunal reiteró ciertas pautas de su jurisprudencia en la materia. Entre estas, mencionó la obligación de titulación u otra forma de reconocimiento estatal del derecho de propiedad consagrado en favor de los pueblos indígenas en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que les otorgue seguridad jurídica a estos respecto de terceros o del estado mismo, para lo cual la posesión tradicional de sus tierras debiera bastar; y el deber de adaptar el derecho interno que contempla el artículo 2 de este tratado, a través de medidas legislativas y administrativas que permitan establecer un mecanismo efectivo, que cumpla con las reglas del debido proceso de los artículos 8 y 25 de dicho acuerdo internacional, a fin de materializar los derechos territoriales de tales pueblos.⁴³ Como en “Xucuru”,⁴⁴ la Corte insistió en que los pueblos indígenas tienen derecho a no ser sujetos a una demora irrazonable para una solución definitiva de su reclamo territorial.⁴⁵

El tribunal confrontó el actuar de Argentina con estas pautas,⁴⁶ y llegó a la conclusión de que el derecho de propiedad colectiva de las comunidades agrupadas en Lhaka Honhat “no se encuentra plenamente concretado o garantizado, pese a que han transcurrido más de 28 años desde los primeros reclamos que pueden ser examinados por la Corte (i.e., el formal de 1991)”.⁴⁷ Tal como hiciera con

⁴¹ Corte IDH, cit. (n. 32), nota 91 en párr. 93. Así lo hizo, por ejemplo, en “Lhaka Honhat” (ibid., nota 110 en párr. 98), donde citó al Art. 26.1 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Más adelante, la sentencia hará referencia a este instrumento y a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en relación con el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

⁴² Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 114, 117.

⁴³ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 115-116. En este punto, la sentencia citó a “Awás Tingni” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 138), “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párrs. 85, 143), “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 128), “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 192), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 206), “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 133) y “Xucuru” (Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 130).

⁴⁴ Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 139. Y antes, en “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 85).

⁴⁵ Ver Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 116.

⁴⁶ Como puede verse en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 123-133, 140-150.

⁴⁷ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 148; también párr. 123.

Brasil en “Xucuru”, el tribunal valoró los esfuerzos de Argentina por proteger ese derecho, reconocido constitucionalmente.⁴⁸ No obstante, los estimó insuficientes, resolviendo que el estado demandado incumplió el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación con sus artículos 1.1, 2, 8.1 y 25.1.⁴⁹ De acuerdo al tribunal, Argentina también violó su obligación internacional de asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas asociadas en Lhaka Honhat, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de la construcción del puente internacional que une Argentina y Paraguay, y de sus obras conexas. La Corte recordó que para las obras o actividades que se van a llevar a cabo en territorios indígenas, el estado debe respetar los requisitos comunes a toda limitación del derecho de propiedad que, por razones de utilidad pública o interés general, permite el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, “lo que implica el pago de una indemnización”.⁵⁰

Además de estos requisitos, el tribunal mencionó tres garantías que debe cumplir el estado: primero, informar al pueblo indígena correspondiente de los proyectos que se van a llevar a cabo en su territorio, para lo cual debe comunicarse constantemente con este, realizando consultas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y que tengan como fin llegar a un acuerdo; segundo, garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro de dicho territorio, a menos que entidades independientes y técnicamente capaces realicen un estudio previo de impacto social, bajo supervisión estatal; y, tercero, velar porque el pueblo indígena se beneficie razonablemente de las obras o actividades que se realicen en su territorio.⁵¹ Conforme a la Corte:

Si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos

⁴⁸ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 147-149, 160.

⁴⁹ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 151, 164, 166-168.

⁵⁰ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 174. Aquí el tribunal citó a “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 139).

⁵¹ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 174. Las referencias de este párrafo incluyeron a “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 129, 133), “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 186) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 201, 207, 215). Asimismo, citó a “Medio ambiente y derechos humanos” (Corte IDH, 15 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva 23/17 (ser. A) No. 23, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 162), en la cual el tribunal detalló en que consiste la obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental (Corte IDH, Opinión Consultiva 23/17 (ser. A) No. 23, párr. 156-173), expuesta por primera vez en “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 129).

y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede en ningún caso negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia.⁵²

Para el tribunal, tratándose de un puente internacional, la obra involucra un ejercicio de la soberanía estatal y no puede sino calificarse como de relevancia nacional, en términos de tránsito y de comercio. Correspondía, por tanto, hacer una evaluación cuidadosa, que tuviera en cuenta sus implicancias económicas para todo el país. Por muy importante que fuere la obra, el estado no deja de estar obligado a consultar a las comunidades indígenas involucradas; que es justamente lo que no ocurrió en este caso, motivo por el cual la Corte resolvió que Argentina incumplió los artículos 21 y 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵³ A propósito del deber de consulta previa, libre e informada, el tribunal aprovechó de clarificar en esta sentencia que:

(...) no siempre actividades tendientes solo al adecuado mantenimiento o mejora de obras requerirán arbitrar procesos de consulta previa. Lo contrario podría implicar un entendimiento irrazonable o excesivo de las obligaciones estatales correlativas a los derechos de consulta y participación, cuestión que debe evaluarse de acuerdo con las circunstancias particulares.⁵⁴

Finalmente, la sentencia consideró injustificada la demora de la Corte de Justicia de Salta en fallar ciertas acciones presentadas por la asociación Lhaka Honhat en contra de la adjudicación provincial de parcelas, lo que la llevó a concluir que Argentina violó la garantía judicial de plazo razonable del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con su artículo 1.1.⁵⁵

Como en “Xucuru”, la Corte consideró como parte lesionada a las comunidades indígenas respectivas. En este caso, a las aproximadamente 130 asentadas en el territorio correspondiente a la asociación que las agrupa.⁵⁶ Como apoyo a esta solución, la sentencia cito a “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.⁵⁷

⁵² Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 175. En esta frase la Corte hizo referencias a “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 129) y “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 201, 214).

⁵³ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 180-184.

⁵⁴ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 179.

⁵⁵ Ibid., párr. 300-302, 305.

⁵⁶ Ibid., párr. 309.

⁵⁷ Ibid., párr. 30.

IV. UN ENFOQUE DIFERENTE PARA LA IDENTIDAD CULTURAL

En “Lhaka Honhat”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos optó por analizar el derecho a la identidad cultural a partir del artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, y no ya desde el artículo 21 de este tratado, como lo había hecho en casos anteriores relativos a pueblos indígenas y tribales.⁵⁸ A partir de los principios de interpretación evolutiva y *pro homine* del artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, y del *corpus iuris* internacional aplicable en la materia, el tribunal reafirmó su competencia para resolver incumplimientos a esta disposición, que es el único artículo que contempla el Capítulo III de dicho tratado, titulado “Derechos económicos, sociales y culturales”.⁵⁹ Como indicó en esta sentencia:

Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 26 de febrero de 2016, Opinión Consultiva 22/16 (ser. A) No. 22, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), párr. 72, en línea: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf. En el mismo sentido ver Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 154. Respecto a la evolución de la jurisprudencia de la Corte en este punto ver Corte IDH, cit. (n. 57), párr. 72-84.

⁵⁸ Fuera de su jurisprudencia relativa a la propiedad colectiva, hasta esta sentencia, el tribunal había generalmente ligado la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y tierras. Ver: Corte IDH, Sentencia de 25 de mayo de 2010, *Chitay Nech vs. Guatemala*, (ser. C) N° 212 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 147); Corte IDH, Sentencia de 29 de mayo de 2014, *Norin Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, (ser. C) N° 279 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 204; Corte IDH, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, (ser. C) N° 328 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), nota 192 en párr. 176; y Corte IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2021, *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*; (ser. C) N° 432, párr. 101. Cfr. Corte IDH, Sentencia de 23 de junio de 2005, *Yatama vs. Nicaragua*, (ser. C) N° 127 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 227. Con posterioridad a “Lhaka Honhat”, la Corte reiteró el criterio adoptado en este caso en “Kaqchikel de Sumpango”. Ver Corte IDH, Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*; (ser. C) N° 440 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 119-120, 125.

⁵⁹ Ver Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 195-201.

“Lagos del Campo” fue la primera sentencia en que la Corte declaró la violación de un derecho económico, social y cultural. Ver Corte IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2017, *Lagos del Campo vs. Perú*; (ser. C) N° 340 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). “Lhaka Honhat” (Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 180-1, 184) cita en más de una oportunidad esta decisión.

En cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte, ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CNDH, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2017, pp. 53-201; y DE PAZ, cit. (n. 1), pp. 32-33, 146-167.

El voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vío ilustra bien el debate que se ha mantenido al

La Corte entiende que el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.⁶⁰

En esto, el tribunal siguió la definición de cultura del preámbulo de la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 2 de noviembre de 2001. I.e., “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.⁶¹ Destacó, asimismo, lo dispuesto en el artículo 4 de dicha declaración: “[l]a defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y de los pueblos indígenas”.⁶²

Para la Corte, este derecho identitario es parte de otro: el derecho a participar en la vida cultural. En apoyo de esta aproximación, la sentencia no solo citó los artículos 30, 45.f, 47 y 48 de la Carta de la OEA, sino que el artículo XIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el artículo 14.1.a del Protocolo de San Salvador, el artículo 27.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de la Constitución Argentina y otras cartas fundamentales de América Latina, así como pronunciamientos del Comité de

respecto, incluso dentro de la Corte. Ver, en general, el voto de VÍO, en Corte IDH, cit. (n. 32). En el mismo sentido, ver el voto de SIERRA en misma sentencia, párr. 10-11.

Sobre este asunto, en general, ver ÚBEDA DE TORRES, Amaya, “Justiciability and Social Rights”, en BINDER, Christina; HOFBAUER, Jane; PIOVESAN, Flávia; y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 43-55.

⁶⁰ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 240.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 237.

⁶² *Ibid.*, nota 236 en párr. 238.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁶³

En lo que respecta a los pueblos indígenas, la sentencia reiteró la importancia cultural que tienen los recursos naturales existentes en sus territorios, cuyo manejo por estas comunidades “debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente”.⁶⁴ La estrecha vinculación entre la identidad cultural de los pueblos indígenas y el medio ambiente fue ilustrada con algunas referencias a la jurisprudencia de la Corte,⁶⁵ además de diversas citas a instrumentos del *corpus iuris* internacional, como los artículos 4.1, 7.1 y 23 del Convenio N° 169 de la OIT, los artículos 20.1, 29.1 y 32.1 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el artículo XIX de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros.⁶⁶ Estos supuestos conceptuales le sirvieron al tribunal para evaluar la conducta del estado demandado, en lo que dice relación con la introducción de ganado, la tala ilegal y la instalación de alambrados por ocupantes no indígenas, concluyendo que “hubo un impacto relevante en el modo de vida de las comunidades indígenas respecto de su territorio”.⁶⁷ En su análisis, señaló que:

(...) es preciso dejar sentado que, dado el carácter evolutivo y dinámico de la cultura, pautas culturales propias de los pueblos indígenas pueden ir modificándose a lo largo del tiempo y a partir de su contacto con otros grupos humanos. Desde luego, ello no priva a los pueblos respectivos de su carácter indígena. A su vez, esta característica dinámica no puede, por sí misma, llevar a negar la ocurrencia, según los casos, de reales daños a la identidad cultural”.⁶⁸

En los hechos, el tribunal constató que hubo cambios en la forma de vida de las comunidades indígenas producidos por la interferencia no consentida en su territorio de pobladores no indígenas y actividades ajenas a sus costumbres ancestrales, que afectaron los “bienes naturales y ambientales de dicho territorio, incidiendo en el modo tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y

⁶³ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 231-242.

⁶⁴ Ibid., párr. 250. Con cita a “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 173).

⁶⁵ Por ejemplo, “Xákmok Kásek” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 282).

⁶⁶ Incluyendo algunas observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y del Comité de Derechos Humanos. Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 247-253.

⁶⁷ Ibid., párr. 278. Las consideraciones que condujeron a la Corte concluyera lo anterior, en párr. 255-271.

⁶⁸ Ibid., párr. 284.

en su acceso al agua”, lesionando su identidad cultural.⁶⁹ Teniendo conocimiento de esta situación, el estado adoptó distintas medidas destinadas a solucionarla, las cuales no fueron efectivas.⁷⁰ Como agregó la sentencia, “la falta de efectividad de las acciones estatales se enmarca, además, en una situación en la que el Estado no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar, libremente o mediante consultas adecuadas, las actividades sobre su territorio”.⁷¹ Por esta razón, el tribunal resolvió que Argentina incumplió el derecho a participar en su vida cultural contenido en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, en relación con el artículo 1.1 de este acuerdo internacional.⁷²

Sin embargo, no todos los jueces de la Corte estuvieron de acuerdo con la aproximación adoptada en este caso respecto de la identidad cultural de los pueblos indígenas. En su voto parcialmente disidente, el juez Humberto SIERRA señaló que “(e)sta nueva interpretación del artículo 26 de la Convención como fuente de derechos justiciables y autónomos implica un cambio trascendental en la fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas”, que los desfavorece.⁷³ Como ahí explicó, su posición no debe entenderse como contraria al reconocimiento del derecho a la vida cultural. En su opinión, la violación en este caso particular se dio respecto del derecho de propiedad comunal, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y no de manera independiente como un incumplimiento del artículo 26 de este tratado.⁷⁴ El juez SIERRA ofreció diversas razones en apoyo de su postura. Entre estas, resaltó que “en el presente caso la controversia no reside en el derecho de las comunidades indígenas sobre los territorios reclamados, sino sobre el accionar del Estado para hacer efectivo lo acordado”.⁷⁵ Esto quizás explique que no se haya tenido en cuenta la relevancia que la Corte le ha dado a la propiedad colectiva, tanto en su contenido como en su alcance, en su jurisprudencia sobre el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, la cual no solo ha desarrollado ciertas obligaciones estatales como la delimitación, titulación y demarcación, sino también derechos como el de la identidad cultural, a la consulta previa y a un medio ambiente sano.⁷⁶

Según el juez SIERRA, al centro de esta jurisprudencia se encuentra “el axioma tierra, cultura y recursos para asegurar la supervivencia”, razón por

⁶⁹ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 283-284.

⁷⁰ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 287.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 288.

⁷² Ver *Ibid.*, párr. 289.

⁷³ SIERRA, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 15.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 16.

⁷⁵ *Ibid.*, párr. 17.

⁷⁶ Ver *Ibid.*, párr. 17.

la cual “una concepción distanciada del artículo 21 de la Convención, como la que se propone en esta sentencia no sólo es jurídicamente incorrecta, sino que se aparta de fundamentos antropológicos y sociológicos esenciales que describen y fundamentan la particularidad de las poblaciones indígenas y tribales”.⁷⁷ Agregó que, con la excusa de proteger directa y autónomamente los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 “se sujeta a dichos pueblos a las mismas condiciones de la población general, desconociendo sus características singulares, propias y diferenciadas”, pues para estos la propiedad de su territorio no es “un privilegio para usar la tierra”, sino que “un derecho de cuya satisfacción depende su existencia”.⁷⁸ Cambiar el sustento jurídico del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, del artículo 21 al 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “no sólo constituye un inadecuado entendimiento de las particularidades de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sino que también abre una peligrosa puerta a (la) incorrecta aproximación de la efectividad de las obligaciones estatales en torno a ellos”, puesto que al declarar una violación del artículo 21 habría un deber de cumplimiento inmediato por parte del estado, lo que no ocurriría con las obligaciones que establece el artículo 26, que son de naturaleza progresiva, como señala la misma disposición: esto es, “exigibles en función de la suficiencia de las políticas públicas y de la capacidad del Estado para materializarlas”.⁷⁹

V. ALGUNAS ACLARACIONES Y POSIBLES NUEVOS RUMBOS

Por más de dos décadas, la Corte Interamericana ha desarrollado de manera pretoriana ciertos derechos para los pueblos indígenas y tribales, a partir de lo dispuesto en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica. “Xucuru” y “Lhaka Honhat” son los últimos eslabones de una cadena jurisprudencial, hoy consolidada. De estas dos sentencias, la fallada en contra de Argentina es la que presenta más elementos novedosos. Uno de ellos, es la distinción que hace el tribunal entre pueblo y comunidad indígena.⁸⁰ Citando el artículo VIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se puede encontrar la siguiente declaración en esta sentencia: “a efectos de este caso, la Corte entiende la palabra ‘comunidad’ como voz que designa una unidad, en cuya integración hay personas o familias

⁷⁷ Ibid., párr. 18.

⁷⁸ Ibid., párr. 19.

⁷⁹ Ibid., párr. 20.

⁸⁰ Ver Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 30.

identificadas como indígenas, que pertenece a un ‘pueblo’ indígena, o a varios”.⁸¹ Esta es una de las pocas clarificaciones que ha hecho el tribunal respecto a qué entiende por pueblos indígenas y tribales.⁸² Por su parte, el juez Eduardo FERRER MAC-GREGOR explicó la diferencia entre territorio y tierra en su voto razonado, que adjuntó a la sentencia recaída en “Lhaka Honhat”. Como ahí señala, la relación entre uno y otro es de género a especie.⁸³ Según el juez FERRER MAC-GREGOR, la tierra estaría protegida en el artículo 21. El territorio, en tanto, al ser un concepto más general, que comprende a la tierra, pero no se agota en esta, involucra:

(...) otros elementos más específicos que pueden ser tutelados -como ocurrió en el caso Lhaka Honhat- mediante los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana en lo atinente a los derechos sociales, culturales y ambientales. Estos elementos incluyen el agua, la protección al ambiente, los recursos que forman base de la alimentación de los pueblos indígenas, así como el vínculo que tienen con el territorio como manifestación de su identidad cultural.⁸⁴

Al respecto, el juez mexicano citó el artículo 13.2 del Convenio N° 169 de la OIT. Este señala que el término tierra incluye al de territorio, el cual “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.⁸⁵ El juez estuvo de acuerdo, asimismo, con la interpretación dada por la propia OIT al artículo 13 de este tratado. Esto es, que “el territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas”.⁸⁶ Con referencias a los artículos 25 y 26 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y a los artículos XIX y XXV de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, FERRER MAC-GREGOR coligió que “ambos conceptos (‘tierra’ y ‘territorio’), se encuentran fuertemente interrelacionados, pero que no son estrictamente equivalentes”;

⁸¹ Ibid., nota 20 en párr. 30.

⁸² LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Operación Génesis: reflexiones en torno a la propiedad indígena y tribal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2016, Vol. 18, N° 1, pp. 147-153.

⁸³ LÓPEZ, cit. (n. 82), pp. 153-6.

⁸⁴ FERRER MAC-GREGOR, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 12.

⁸⁵ Ibid., párr. 13.

⁸⁶ Ibid. Ver al respecto: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Eds.), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 19.

en otras palabras, que “los términos presentan matices, siendo más abarcador el concepto de ‘territorio’, que denota el ejercicio de autonomía o jurisdicción, mientras que el de ‘tierra’ queda más vinculado a la noción de un bien material, susceptible de ocupación, tenencia o propiedad. El territorio abarca una dimensión cultural y una vinculación espiritual”.⁸⁷ Vale decir, el término tierra “implicaría un espacio físico” y por territorio “debería entenderse la vida cultural, en un amplio sentido, relacionada con ese espacio”.⁸⁸ En apoyo de la relación de género a especie existente entre el territorio y la tierra, el juez mexicano citó los casos “Saramaka”⁸⁹ y “Xákmok Kásek”.⁹⁰⁻⁹¹ Para la importancia del territorio en la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, en tanto, FERRER MAC-GREGOR citó a “Yakye Axa”⁹², “Kichwa de Sarayaku”⁹³, “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano”⁹⁴ y “Xucuru”.⁹⁵⁻⁹⁶ En este contexto, ¿cuál es la relevancia de la tierra para dichos pueblos? Como explicó el mismo juez en su voto razonado, “el derecho de propiedad sobre la tierra permitió, en un entendimiento amplio de la propiedad colectiva, la protección del territorio”.⁹⁷ Por tanto, de su identidad cultural y de su subsistencia como pueblos.⁹⁸ Sin embargo, las afectaciones al territorio no solo se refieren al derecho de propiedad.⁹⁹ Según FERRER MAC-GREGOR:

(...) lo que clarifica la Corte IDH en el caso *Lhaka Honhat* es que, por un lado, ‘la tierra’ como propiedad colectiva ancestral

⁸⁷ FERRER MAC-GREGOR, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 20. Ver también párr. 15-9.

⁸⁸ FERRER MAC-GREGOR, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 24.

⁸⁹ Ver Corte IDH, cit. (n. 10), nota 63 en párr. 82.

⁹⁰ Ver Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 114.

⁹¹ Ver FERRER MAC-GREGOR, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 21.

⁹² Ver Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 135.

⁹³ Ver Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 149.

⁹⁴ Ver Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 112.

⁹⁵ Ver Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 115.

⁹⁶ Ver FERRER MAC-GREGOR, voto en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 22-24.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 26.

Respecto a este punto, el juez FERRER MAC-GREGOR volvió a citar a “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 137), y agregó referencias a “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 118), “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 112), “Garífuna de Punta Piedra” (Corte IDH, cit. (n. 15), párr. 167), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 101), “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 124) y “Xucuru” (Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 116). Ver también el voto de FERRER MAC-GREGOR, en Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 25.

⁹⁸ Ver *ibid.*, párr. 23.

⁹⁹ Ver *ibid.*, párr. 27.

indígena tiene un contenido que puede ser protegido por el artículo 21 del Pacto de San José. Por otro lado, al analizar en un capítulo por separado los DESCAs,¹⁰⁰ se distinguen recursos como el agua, los productos que forman parte de la dieta tradicional y el entorno natural, como forma de expresión cultural y de su identidad, como elementos que si bien están conectados con la ‘tierra’ son, en realidad, parte del concepto de ‘territorio’, elemento que es mucho más amplio y comprensivo desde el punto de vista de la cosmovisión de las comunidades indígenas dada la estrecha relación que mantienen con su territorio.¹⁰¹

En otras palabras, “la evolución de la jurisprudencia interamericana, que ha derivado en un entendimiento autónomo de los DESCAs, ayuda a resaltar las diferencias y matices mencionados, y a efectuar un examen más preciso: no siempre será necesario o pertinente reconducir al derecho de propiedad lesiones a derechos asociadas al territorio. La sentencia sobre el caso Lhaka Honhat es muestra de esto”.¹⁰²

Sin embargo, es este último aspecto el que más llama la atención de esta decisión judicial. Me refiero al sustento positivo que le da la Corte al derecho a la identidad cultural. Hasta “Lhaka Honhat”, este tribunal había entendido que dicho derecho estaba asociado a la protección de la propiedad contemplada en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁰³ En esta sentencia, en cambio, lo ubicó en el artículo 26 de este tratado. En esto, la novedad de “Lhaka Honhat” no es completa en la jurisprudencia interamericana sobre propiedad colectiva, pues en “Kichwa de Sarayaku”¹⁰⁴ la Corte ya había calificado a la identidad cultural como un derecho colectivo autónomo.¹⁰⁵ No obstante, y a diferencia de esta sentencia,

¹⁰⁰ Esto es, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

¹⁰¹ Ibid., párr. 28. Ver también párr. 29, 32-34, 40.

¹⁰² Ibid., párr. 41. Ver también párr. 86.

¹⁰³ Así lo dijo en “Awasi Tingni” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 149), “Moiwana” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 131), “Yakye Axa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 124, 131, 135, 154), “Sawhoyamaxa” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 118, 121), “Saramaka” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 88, 94-5), “Xákmok Kásek” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 85, 112-3, 174-5), “Kichwa de Sarayaku” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 159, 171), “Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano” (Corte IDH, cit. (n. 13), párr. 143), “Garífuna de Punta Piedra” (Corte IDH, cit. (n. 15), párr. 166), “Garífuna Triunfo de la Cruz” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 101), “Kaliña y Lokono” (Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 123-124, 130) y “Xucuru” (Corte IDH, cit. (n. 2), párr. 115).

¹⁰⁴ Ver Corte IDH, cit. (n. 10), párr. 212-213, 215, 217.

¹⁰⁵ Cabe señalar, que, en esa oportunidad, el tribunal no llegó a situar a la identidad cultural en la disposición sobre derechos económicos, culturales y sociales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

en “Lhaka Honhat” el tribunal la ubicó explícitamente, y con toda claridad, en la disposición convencional relativa a los derechos, económicos, sociales y culturales, y no en aquella que protege la propiedad.

Desligar la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por tanto de sus territorios y tierras, puede ayudar a superar la aproximación esencialista a estos pueblos que ha adoptado la jurisprudencia interamericana desde “Awás Tingni”, consistente en considerar a su cultura como algo estático, que permanece intacto o paralizado en el tiempo.¹⁰⁶ En la práctica, esto fuerza a los pueblos indígenas y tribales a seguir un “libreto cultural” que limita su autonomía y capacidad de cambio.¹⁰⁷ Tratar a la identidad cultural como un derecho independiente de la propiedad, con la que se relaciona, sin llegar a subsumirlo, es una buena alternativa para salir del esencialismo estratégico¹⁰⁸ en el que se han visto atrapados tanto quienes abogan por las causas de los pueblos indígenas y tribales, como la Corte misma al dictar sentencia en estas.¹⁰⁹ Atar las culturas de estos pueblos a la propiedad colectiva rural impide la protección de su identidad en otros contextos.¹¹⁰ Esto es particularmente relevante, si se tiene en consideración que en América Latina más de la mitad de sus miembros viven actualmente en urbes, alejados de sus comunidades de origen.¹¹¹ Como señalara Richard PRICE, a propósito de “Saramaka”, un miembro de ese pueblo tribal, que hable holandés y se vista a la usanza occidental, camino a su trabajo como rector de un colegio en Amsterdam,

¹⁰⁶ Ver ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford University Press, New York, 2017, p. 272; y DULITZKY, Ariel, “When Afro-Descendants became “Tribal Peoples”: The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2010, Vol. 15, N° 1, pp. 42, 47.

¹⁰⁷ Ver DULITZKY, cit. (n. 106), pp. 42-8; y ENGLE, Karen, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Duke University Press, Durham, 2010, pp. 148, 164-5; pp. 168, 181-2.

¹⁰⁸ ENGLE, cit. (n. 107), pp. 10-3; también pp. 13-14, 152-154, 156-157, 159-160, 276-278.

¹⁰⁹ Ver DULITZKY, cit. (n. 106), pp. 42-43; y ENGLE, cit. (n. 107), pp. 166-168; también pp. 126-127, 130-133.

En otros foros, cfr. RAMOS, Alcida Rita, “Pulp Fictions of Indigenism”, en MOORE, Donald S.; KOSEK, Jake; y PANDIAN, Anand (eds.), *Race, Nature, and the Politics of Difference*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 357-368, 368-371, 373-375.

¹¹⁰ Por ejemplo, excluye a otros grupos rurales que se encuentran en situaciones de similar vulnerabilidad y marginalidad a los pueblos indígenas. Ver DULITZKY, cit. (n. 106), pp. 45-46; ENGLE, cit. (n. 107), pp. 170-171, 181, 182.

¹¹¹ Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Eds.), *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, pp. 53-58. En cuanto al número actual de personas indígenas a nivel mundial, y su distribución entre países, pp. 45, 49-53, 59.

Lo mismo ocurre en América del Norte. V. ENGLE, cit. (n. 107), pp. 162-164.

es tan Saramaka como lo sería una aldea ubicada en el río Surinam, que cuente con agua potable y electricidad, además de un albergue turístico y una iglesia evangélica.¹¹² Una visión cultural estrecha, vinculada necesariamente a un territorio, condena a los pueblos indígenas y tribales a una utopía arcaica que nunca existió, alejándolos de la realidad dinámica que rodea a toda colectividad humana, que la lleva a mutar forzosamente con el transcurso de los años.¹¹³ De alguna manera, el esencialismo estratégico y la utopía arcaica se relacionan, asimismo, con la idea de “indio hiperreal” postulada por Alcida Rita RAMOS: i.e, el indígena perfecto, cuyas virtudes, sufrimientos y estoicismo incansable lo ha hecho merecedor de defensa por los profesionales de los derechos indígenas.¹¹⁴ Y en “Lhaka Honhat”,¹¹⁵ también a otro estereotipo criticado por Silvia RIVERA CUSICANQUI: el del “buen salvaje guardián de la naturaleza”.¹¹⁶

¹¹² PRICE, Richard, *Rainforest Warriors: Human Rights on Trial*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2011, p. 240; pp. 238-240.

¹¹³ La noción de *utopía arcaica* fue planteada por Mario Vargas Llosa a raíz de la obra de José María Arguedas. Esta se refiere a un mundo indígena pretérito étnicamente puro que el etnólogo y escritor peruano desarrolla a lo largo de su obra, el cual se caracteriza por ser agrario/rural, colectivista, fraternal/solidario, armónico, pre-mercantil/pre-industrial, mítico, animista/mágico, tradicional e inmutable. VARGAS LLOSA, Mario, *La utopía arcaica: José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996, pp. 29-32, 80-82, 133, 135, 136, 137-138, 142, 144-145, 163, 200, 213, 219-220, 223, 244-253, 258-260, 261-262, 273-277.

¹¹⁴ Esta antropóloga brasileña lo llama así por que “ese indio es más real que el indio real”. RAMOS, Alcida Rita, “The Hyperreal Indian”, *Critique of Anthropology*, Vol. 14, N° 2, 1994, p. 161; pp. 158-165. Esta idea se condice con la noción de indigenismo que propone esta autora, similar a la de orientalismo de Edward Said, pero aplicada a los pueblos indoamericanos. Véase también: RAMOS, cit. (n. 109), pp. 356, 357; pp. 357-368, 373-375. Ver, en general, SAID, Edward, *Orientalism*, Penguin Books, Londres, 1978.

¹¹⁵ Corte IDH, cit. (n. 32), párr. 250. Ver también Corte IDH, *Kaliña y Lokono*, cit. (n. 10), párr. 173.

¹¹⁶ RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Polity, Buenos Aires, 2010, p. 59.

La posición de esta socióloga boliviana es sugestiva. Para ella, la denominación “pueblos originarios” que se la da en algunos países a los indígenas elimina el dinamismo de su cultura, puesto que se los “vislumbra como minorías exóticas y ancladas en un pasado inmemorial y prácticamente incambiante”. Véase RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Oprimidos pero no vencidos: luchas del campesinado Aymara y Qhechwa 1900-1980*, La Mirada Salvaje Editorial, La Paz, 2010, p. 64.

Esto lleva al reconocimiento ornamental de dichos pueblos, quedando relegados a museos y reservas ecológicas. Dejan así de ser coetáneos al resto de la población, y se los excluye de la modernidad, quedando reducidos a sus tierras comunitarias de origen. Conforme a RIVERA CUSICANQUI, el esencialismo del término “pueblo originario” no solo simboliza al indígena, sino que invisibiliza y excluye a los miembros de dichos pueblos que no son “puros”. Esto es, aquellos que no llevan una vida rural tradicional, como es el caso de los que habitan en ciudades, pueblos o centros mineros, y se dedican al comercio, la industria o los servicios. V. RIVERA CUSICANQUI, *Ch'ixinakax utxiwa*, pp. 57-60. Ver también RIVERA CUSICANQUI, *Oprimidos...* pp. 64-65, 66.

VI. CONCLUSIÓN

Desde 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado un conjunto de sentencias en las que ha establecido la responsabilidad internacional de casi una decena de estados latinoamericanos por incumplir lo dispuesto en el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica.¹¹⁷ Tanto “Xucuru” como “Lhaka Honhat” desarrollan aspectos relevantes de la protección de la propiedad comunal de indígenas y afrodescendientes, que en la actualidad ofrece el sistema interamericano de derechos humanos. En “Xucuru”, el conflicto se produjo principalmente por la presencia de ocupantes no indígenas en el territorio tradicional del pueblo que le da nombre a esta disputa. Al respecto, la Corte indicó que el procedimiento para reconocer la propiedad colectiva indígena no se restringe a su demarcación, delimitación y titulación, sino que incluye la obligación de saneamiento de sus territorios y tierras. Todo esto, dentro de un espacio de tiempo razonable. De acuerdo al tribunal, para sanear la propiedad colectiva se requiere el desalojo de aquellos terceros que se encuentren en los territorios y tierras indígenas, lo que puede resultar difícil en determinadas circunstancias. Sin embargo, como agregó la Corte, esto no justifica un retardo excesivo en el cumplimiento de dicha obligación. Habiendo colisión de derechos de propiedad entre indígenas y particulares, o indígenas y estado, el tribunal insistió en un punto de suma importancia de su jurisprudencia en la materia: que no siempre va a prevalecer lo colectivo sobre lo individual, pues la respectiva limitación del derecho de propiedad deberá satisfacer las condiciones de legalidad, necesidad, proporcionalidad e interés público. Lo anterior, en la medida que la restricción correspondiente no implique la denegación de la subsistencia del pueblo indígena del que se trate. Al igual que en las decisiones judiciales sobre propiedad comunal indígena y tribal que la anteceden, en “Xucuru” la Corte relacionó la identidad cultural con el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica.

En “Lhaka Honhat”, en tanto, no solo había terceros presentes en los territorios y tierras indígenas a la fecha de la sentencia, sino que en estas se construyó un puente internacional sin la participación efectiva de las comunidades agrupadas en la asociación de dicho nombre. En otras palabras, sin consultarles previa, libre e informadamente. Si bien la Corte volvió a vincular a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas con su cultura, en esta oportunidad consideró al derecho a la identidad cultural como autónomo y asociado al artículo 26 del mismo tratado. Asimismo, relacionó este derecho económico, social y cultural con la preservación ambiental de los territorios y tierras de tales pueblos. Esta

¹¹⁷ Aparte de Argentina y Brasil, estos estados son Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Surinam.

interpretación del derecho a la identidad cultural no fue unánime en el tribunal, como lo demuestra el voto parcialmente disidente del juez Humberto SIERRA en “Lhaka Honhat”. Quien sí estuvo de acuerdo con esta nueva postura adoptada por la Corte, fue el juez Eduardo FERRER MAC-GREGOR. En su voto razonado, aprovechó no solo de explicitar la relación de género a especie que existe entre los territorios y las tierras indígenas, sino que ofreció otros argumentos en favor de ubicar a la identidad cultural en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vez del artículo 21 de este acuerdo internacional. En esto tienen razón tanto el tribunal como el juez FERRER MAC-GREGOR, pero por motivos que no mencionan ni la una ni el otro. Actualmente, en el sistema interamericano las culturas indígenas y afrodescendientes solo pueden ser defendidas por comunidades rurales que adoptan estrategias reduccionistas y estereotipadas, que en nada reflejan su naturaleza evolutiva y dinámica, como bien las caracterizó la propia Corte en “Lhaka Honhat”. Al permitirle a los pueblos indígenas y tribales salir de un esencialismo que los condena a una cultura inalterable, y por tanto irreal, esta es una propuesta que podría traer consecuencias insospechadas para el curso de la jurisprudencia interamericana que se ocupa de sus comunidades.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford University Press, New York, 2017.

DE PAZ, Isaac, *The Social Rights Jurisprudence in the Inter-American Court of Human Rights: Shadow and Light in International Human Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

DULITZKY, Ariel, “When Afro-Descendants became “Tribal Peoples”: The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2010, Vol. 15, N° 1, pp. 29-81.

ENGLE, Karen, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Duke University Press, Durham, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CNDH, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2017.

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Operación Génesis: reflexiones en torno a la propiedad indígena y tribal”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2016, Vol. 18, N° 1, pp. 136-168.

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián, “Un derecho jurisprudencial. Propiedad colectiva y Corte Interamericana”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 2017, Vol. 24, N° 1, pp. 133-189.

NAVARRO, Gabriela Braga, “The Judgment of the Case Xucuru People v. Brazil:

Inter-American Court of Human Rights between Consolidation and Setbacks”, *Brazilian Journal of International Law*, 2019, Vol. 16, N° 2, pp. 203-223.

PASQUALUCCI, Jo, “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Law Review*, 2006, Vol. 6, pp. 281-322.

POSENATO, Naiara, “La giurisprudencia de la Corte interamericana en materia de derechos a la vida e a la propiedad de los pueblos indígenas e tribales. 34/1”, *DPCE Online*, 2018, Vol. 34, N° 1, pp. 155-61.

PRICE, Richard, *Rainforest Warriors: Human Rights on Trial*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2011.

RAMOS, Alcida Rita, “The Hyperreal Indian”, *Critique of Anthropology*, Vol. 14, N° 2, 1994, pp. 153-171.

RAMOS, Alcida Rita, “Pulp Fictions of Indigenism”, en: MOORE, Donald S.; KOSEK, Jake; y PANDIAN, Anand (eds.), *Race, Nature, and the Politics of Difference*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 356-79.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Polity, Buenos Aires, 2010a.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia, *Oprimidos pero no vencidos: luchas del campesinado Aymara y Qhechwa 1900-1980*, La Mirada Salvaje Editorial, La Paz, 2010b.

RONCONI, Liliana; BARRACO, María, “La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, 2021, Vol. 50, pp. 1-27.

SAID, Edward, *Orientalism*, Penguin Books, Londres, 1978.

SAUL, Ben, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Bloomsbury, Portland, 2016.

ÚBEDA DE TORRES, Amaya, “Justiciability and Social Rights”, en BINDER, Christina; HOFBAUER, Jane; PIOVESAN, Flávia; y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 43-55.

VARGAS LLOSA, Mario, *La utopía arcaica: José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1996.

b) Normativa

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Constituição da República Federativa do Brasil, Diário Oficial da União, 5 de octubre de 1988 (Brasil).

Constitución de la Nación Argentina, Boletín Oficial, 23 de agosto de 1994 (Argentina).

NOVENA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, 30 de abril de 1948.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio N° 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales”, 26 de junio de 1957.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio N°169 sobre Pueblos

Indígenas y Tribales en Países Independientes”, 27 de junio de 1989.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

c) Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 31 de agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, (ser. C) N° 79 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 15 de junio de 2005, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, (ser. C) N° 124 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 17 de junio de 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, (ser. C) N° 125 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 23 de junio de 2005, *Yatama vs. Nicaragua*, (ser. C) N° 127 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 29 de marzo de 2006, *Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, (ser. C) N° 146 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, (ser. C) N° 172 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 25 de mayo de 2010, *Chitay Nech vs. Guatemala*, (ser. C) N° 212 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 24 de agosto de 2010, *Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, (ser. C) N° 214 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 27 de junio de 2012, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, (ser. C) N° 245 (Fondo y Reparaciones).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 29 de mayo de 2014, *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, (ser. C) N° 279 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 14 de octubre de 2014, *Pueblos indígenas Una de Madungandí y Emberá de Banano y sus miembros vs. Panamá*, (ser. C) N° 284 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 8 de octubre de 2015, *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, (ser. C) N° 304 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 8 de octubre de 2015, *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, (ser. C) N° 305 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, (ser. C) N° 309 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, (ser. C) N° 328 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 31 de agosto de 2017, *Lagos del Campo vs. Perú*; (ser. C) N° 340 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 5 de febrero de 2018, *Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*; (ser. C) N° 346 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 6 de febrero de 2020, *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*; (ser. C) N° 400 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 31 de agosto de 2021, *Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*; (ser. C) N° 432.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 6 de octubre de 2021, *Pueblos indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*; (ser. C) N° 440 (Fondo, Reparaciones y Costas).

d) Otros documentos

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 26 de febrero de 2016, Opinión Consultiva 22/16 (ser. A) No. 22, “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 15 de noviembre de 2017, Opinión Consultiva 23/17 (ser. A) No. 23, “Medio ambiente y Derechos Humanos”.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Eds.), *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Eds.), *Aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT: Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.