

Entrevista a Miguel Ángel Benedetti*

**¿Cómo llegó la cuestión indígena al Sistema Interamericano? ¿En qué contexto?
¿Quiénes fueron los protagonistas?**

El caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH). en materia de derechos de pueblos indígenas es un ejemplo bien representativo de lo que ocurrió con la cuestión indígena en el derecho internacional de los derechos humanos en general y también en la región a nivel constitucional. Se puede considerar que de forma tardía empezó a reconocerse, de a poco, paulatinamente, los derechos a la diferencia, a la diversidad cultural. Un tema tan antiguo que tardíamente empezó a ser reconocido por el constitucionalismo regional, que tenía casi 200 años, y por el derecho internacional de los derechos humanos, que a partir de la segunda posguerra empieza a desplegarse. Recién en las últimas décadas empezó a ser reconocido, tanto en el plano universal del derecho internacional de los derechos humanos como en el plano regional constitucional.

Me parece importante destacar que ese reconocimiento normativo, tanto a nivel internacional como constitucional interno, se dio en forma concomitante, por lo menos, con la emergencia del movimiento indígena regional, el cual -en cierto momento- además de organizarse y luchar por sus ancestrales demandas y necesidades, empezó a traducir todo aquello en el lenguaje de los derechos. Eso me parece sumamente significativo porque son ellos mismos los que empezaron a introducirse en un ámbito que, en principio, les era ajeno. Ellos mismo, a través de sus propias organizaciones, empezaron a hablar en el lenguaje de los derechos y eso es concomitante con el incipiente reconocimiento que se les empezó a dar en las últimas décadas del siglo XX y

* Miguel Ángel Benedetti es profesor de Derecho Constitucional en la carrera de grado y en la especialización de Derecho Constitucional de posgrado en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Es también Profesor de Derechos de Pueblos Indígenas en la maestría de posgrado de Derechos Humanos en la misma Universidad. Es Miembro Fundador de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI). Es Director del Instituto de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de La Plata. Es coautor del tratado de Derecho Constitucional Argentino, entre otras publicaciones.

a principios del siglo XXI. Empezaron a ir tanto a Naciones Unidas, a la OEA y ante distintas instancias nacionales también. Y con todas las dificultades, empezaron a ser escuchados aunque no siempre comprendidos (sobre el final me gustaría retomar algo de este aspecto). Creo que ahí hay una interrelación que es importante destacar. Precisamente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos fueron ellos mismos los que empezaron a llevar sus peticiones y quejas ante la Comisión primero y después, en algún momento, la Comisión empezó a demandar a ciertos Estados ante la CIDH. Así, empezaron estos procesos que terminaron en un conjunto de sentencias que conforman ya una jurisprudencia constante de protección de los derechos de pueblos indígenas en la región.

¿Cómo hace la CIDH para fallar sobre la base de textos como la CADH que no contienen referencias específicas a los derechos indígenas?

Ninguno de los instrumentos base del sistema interamericano, como la “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” o la “Convención Americana de Derechos Humanos” (en adelante: CADH), dicen algo acerca del indígena y mucho menos de sus derechos. Lo mismo ocurre con todos los posteriores instrumentos internacionales que complementan y conforman el sistema interamericano, ya sean los protocolos adicionales o las convenciones interamericanas más específicas. El desafío era cómo fundar sentencias con el viejo texto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, propia de los tiempos del auge del indigenismo, y la CADH, de un tiempo tardindigenista, que –precisamente, por ello– guardan silencio sobre los derechos indígenas. Ante ese clamoroso silencio gramatical, la CIDH empieza a construir sus argumentos haciendo una interpretación evolutiva o dinámica de las normas de la CADH, interpretándolas en el contexto del sistema en el cual se insertan. Empezó a tomar en cuenta o a observar lo que estaba pasando en un plano universal.

Recuérdese que allí, las cosas empezaron a cambiar a partir de una fecha crucial que es el año 1989, cuando se sanciona dentro de la OIT el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (hasta hoy, único instrumento internacional de naturaleza convencional que se refiere específicamente a los pueblos indígenas). A ese avance dentro de la OIT, se fueron sumando algunas interpretaciones autorizadas que se iban dando por el organismo de supervisión, por ejemplo, del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” a cargo del Comité de Derechos Humanos, la Resolución General número 23 del año 1994, que en uno de sus párrafos refiere a la cuestión indígena, a partir nada menos que del art. 27 que se refiere a los derechos de las minorías. Otro signo de los avances que se estaban dando en el sistema universal y que la CIDH toma en cuenta es la interpretación que hace el Comité sobre Eliminación o Discriminación Racial, que es el primer órgano de interpretación que emite un recomendación general y específica sobre los pueblos indígenas, la XXIII de 1997.

Con todos esos avances, incluso la propia Comisión Interamericana había empezado a cambiar su perspectiva a partir de, sobretodo, el año 1989, que también es un año

importante dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos porque la Comisión recibe el mandato de la Asamblea de la OEA para elaborar un Proyecto de Declaración Americana sobre el Derecho de Pueblos Indígenas. Un poco más tarde, en el año 1997, la propia Comisión aprueba el Proyecto que hasta el día de la fecha no ha sido sancionado pero que connota signos o síntomas de cambio dentro del sistema interamericano. En 1990, la misma Comisión también nombra un relator especial dentro de la Comisión para que se ocupe de la cuestión indígena.

En ese contexto, entonces, la CIDH hace una especie de relectura de las normas que estaban ancladas en una perspectiva individualista de derechos universales que no veía la peculiaridad y la especificidad de los pueblos indígenas. Empieza a hacer una interpretación evolutiva y en donde más claramente se ve es cuando hace una relectura del art. 21.1 CADH del derecho de la propiedad privada a partir del cual construye el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas sobre tierras, territorios y recursos.

También es sumamente importante en esta tarea interpretativa, como anticipara, la aparición de la voz de los protagonistas indígenas dentro de los procesos. El primer caso en el que abre las puertas de esta cadena de precedentes que conforman esta jurisprudencia que estamos analizando, la CIDH tomó con mucha flexibilidad el testimonio de presuntas víctimas, incluso antes de empezar a regir las modificaciones reglamentarias que la misma CIDH hizo en el año 2000, 2003 y 2009, donde se prevé expresamente la amplia participación de las presuntas víctimas, de sus familiares y sus representantes. Se acepta como valor probatorio las propias declaraciones de presuntas víctimas o familiares. Aparece la propia voz de los protagonistas que es fundamental porque la relectura que hace la CIDH es desde la perspectiva de los pueblos indígenas, y para comprender la perspectiva de los pueblos indígenas es indispensable escucharlos a ellos mismos. Así, a mi entender, más allá del método interpretativo que se utiliza también importa la presencia de los testimonios de indígenas sobretodo en las audiencias públicas ante la CIDH, donde hablan ellos en persona y en primera persona, en vivo y en directo. Son los propios protagonistas que están allí hablando frente a los jueces de la CIDH.

Entonces, teniendo en cuenta los avances que se fueron dando en el contexto local y en el derecho internacional universal, más los avances que se fueron dando a nivel interno con las reformas constitucionales, en la mayoría de los Estados latinoamericanos sobre todo a partir de la década del 1990, la sanción del Convenio 169 que también evidentemente impactó a nivel constitucional, teniendo en cuenta todo aquello, la CIDH se suma a una interpretación evolutiva, actualizada, dinámica, considerando básicamente a la CADH como un instrumento vivo susceptible de cambiar y sin tenerlo anclado al momento de su sanción. Empero, como intento destacar, esa relectura interpretativa toma en consideración la propia cosmovisión de los pueblos indígenas. Para ponerse en el lugar de los pueblos indígenas es indispensable escucharlos. No sólo es la Comisión la que traduce el reclamo que había llegado a sus estrados sino que también participan las propias víctimas, por eso insisto, incluso antes de que entren en

vigencia las modificaciones reglamentarias que abre el proceso de la CIDH a su participación como se puede advertir en la sentencia del caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” del 31/08/2001. En este caso, la CIDH tiene una actitud muy flexible. Es sumamente importante este aspecto: además de las argumentaciones jurídicas, leer las declaraciones de los indígenas que van por las víctimas o sus representantes o por la misma Comisión. La CIDH aclara que releva lo sustancial de la declaración, evidentemente se pierde mucho con todo el formateo burocrático del expediente. A pesar de eso siempre está latiendo y aparece la voz de los pueblos indígenas, que la CIDH ha escuchado y que muchas veces, no siempre, ha alcanzado a comprender, pero -reitero- a mi entender le ha dado la posibilidad de construir esa relectura de la CADH.

A su vez, esta relectura va a tener un impacto de vuelta en la Comisión, que después de esta primera sentencia, hizo en informes de fondo recomendaciones muy severas a Estados que no son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por supuesto, no han ratificado la competencia de la CIDH, aplicando la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En efecto, la Comisión sobre la base de el “gran salto” que significó la inauguración de esta jurisprudencia de la CIDH, interpretó esa Declaración americana -que es de 1948 y, por ende, bien anclada en el viejo paradigma del indigenismo en boga en el aquel entonces. Así es como, por ejemplo, el 27 de diciembre del 2002, se emite el Informe de Fondo N° 99/99 contra los EEUU ante el reclamo de las hermanas indígenas Mary y Carrie Dann, que relee el derecho de propiedad del art. XXIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sintonía con esta relectura que había abierto la CIDH a partir del caso “Mayagna” en el 2001. Otro ejemplo relevante: el 12 de octubre del 2004, el Informe de Fondo N° 40/04, “Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice”, donde la Comisión también relee la añeja Declaración americana a la luz de los avances habidos en el derecho internacional de derechos humanos en materia de pueblos indígenas y se toma la perspectiva de los pueblos indígenas para reconocer el derecho de propiedad comunitaria (en ambos Informes de Fondo, se reconoce que EEUU y Belice lo habían violado).

En síntesis, primero cambia la Comisión para poder llevar las demandas ante la CIDH y después las sentencias de la CIDH a su vez también actúan sobre la acción o la tarea de la propia Comisión Interamericana.

¿Cómo hace la CIDH para reformular la idea de la igualdad de manera que sea compatible con las diferencias culturales? ¿Cómo es la relación entre los derechos individuales y los derechos colectivos? ¿Hay tensiones posibles?

La reformulación del concepto de una igualdad diferente o una igualdad distinta es central para comprender toda la jurisprudencia de la CIDH, que es bastante reciente de

estos primeros años del siglo XXI. Ahí hay una verdadera redefinición de la igualdad. Lo dice la CIDH expresamente en muchos fallos, pero tal vez donde uno lo ve con más claridad es en el caso de la “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa” de 2006, en dos párrafos que son muy breves pero concretan perfectamente lo que estoy tratando de decir, son los párrafos 59 y 60¹. Allí, la CIDH se permite recordar que de conformidad con los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción. También destaca que para que eso sea realmente efectivo en materia de pueblos indígenas es necesario tener en cuenta o considerar las particularidades o la especificidad que tienen los propios pueblos que lo diferencian de la sociedad mayor. La CIDH está reafirmando el viejo concepto, el fundamental concepto de igualdad ante la ley, y está dando un paso más: la necesidad de aceptar la diferencia como la única manera de poder atender y que se cumplan los derechos a favor de los pueblos indígenas. Allí, sobre todo en el final del párrafo 60 de este caso que menciono, pero que en otros también lo ha dicho, la CIDH dice que con esta óptica va a hacer la relectura de todas las cláusulas de la CADH. Con este nuevo enfoque de la igualdad va a hacer la interpretación de los derechos y eso se ve con nitidez respecto al derecho de la propiedad privada donde incluye el derecho a la propiedad comunitaria.

Algunos hablan de que esto es una noción de una igualdad estructural diferenciada, también podríamos pensar en una noción de igualdad estructural intercultural. Lo de estructural es sabido, se trata de analizar la situación en un plano contextual de los integrantes de una comunidad o una comunidad misma como pertenecientes a un grupo desaventajado pero no sólo por ello, pues no es un grupo desaventajado más sino que es un grupo que además –y muy especialmente- tiene peculiaridades culturales históricas que los distinguen del resto de la sociedad. Una mirada de igualdad intercultural para hacerse cargo de la diferencia. Una frase que se puede recuperar por ser muy clara pertenece a Boaventura de Sousa Santos, en uno de sus tantos libros, concretamente en *La caída del Angelus Novus*, donde concreta algo que puede aplicarse a la reformulación de la igualdad que hace la CIDH, de rearticularla con la diferencia. Dice allí Santos: “Tenemos derecho a la igualdad cada vez que la diferencia nos inferioriza y

¹ “59. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar, como lo ha hecho en otras ocasiones, que de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción.”; “60. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.”

tenemos derecho a la diferencia cada vez que la igualdad nos descaracteriza”. O sea, no negar la importancia, vaya si lo sabe un pueblo indígena, de que se cumpla respecto a ellos la igualdad formal y la no discriminación. Pero también la necesidad de dar un paso más porque con eso sólo no alcanza. Hablar de esta concepción ampliada, intercultural o diferenciada de igualdad sería no presumir, no invalidar *per se* ningún trato diferenciado. Al contrario, habría que presumir, en principio, la validez de un trato diferenciado, o sea no descartar de plano el trato diferenciado. Incluso, tendría que aceptarse la obligación que tienen los Estados de realizar un trato diferenciado para con los pueblos indígenas. Además, siempre ese trato diferenciado debe tener una dimensión colectiva o comunitaria. Y sobre todo, y si ven alguno de los fallos que forman parte de este *corpus* jurisprudencial, los Estados tienen la obligación de estar muy atentos al impacto negativo que pueden tener las regulaciones neutrales, aquellas que pueden tener un impacto discriminatorio indirecto. Un ejemplo es el caso “Yatama vs. Nicaragua” del año 2005 donde se discutía acerca de una ley electoral que imponía la forma de los partidos políticos para todas las fuerzas políticas que quisieran participar de las elecciones. Era una regulación neutral que tuvo un impacto negativo discriminatorio respecto de una organización etnopolítica muy conocida de la región de la Costa Atlántica de Nicaragua que se llama YATAMA, que finalmente no pudo participar de las elecciones. Eso como ejemplo de la importancia que forma parte –a mi entender- de esta nueva noción ampliada diferenciada de igualdad. Es decir, que también hay que tener en cuenta el impacto discriminatorio negativo que pueden tener las regulaciones que se presentan como neutrales.

Como anticipaba, dentro de esta noción diferente de la tradicional igualdad de la ley y de la no discriminación hay que tener también en cuenta la dimensión colectiva o comunitaria. Acá vuelvo a lo anterior, que es propio también de tomar en serio o tomar debida consideración las propias perspectivas de los propios pueblos indígenas, que más allá de sus diferencias responden a una tradición comunitaria o colectiva. Se trata de reconocer derechos colectivos sin perjuicio de los derechos individuales. Ya que estoy citando a la propia CIDH, en este punto hay un pasaje del voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso “Masacre Plan de Sánchez” de noviembre de 2004 que siempre es útil recordar en el tema de derechos individuales y derechos colectivos. Allí en el parágrafo 4 y 5² aborda claramente esta cuestión y dice que los integrantes de la

² “4. Dado que la vida personal de los integrantes de la comunidad indígena se halla entrañablemente ligada a la de esta misma, tanto en aspectos materiales como espirituales, la suma de los derechos de esos integrantes se conforma tanto con las facultades, libertades o prerrogativas que poseen independientemente de la comunidad misma --derecho a la vida, derecho a la integridad física, por ejemplo-- como por los derechos que surgen precisamente de su pertenencia a la comunidad, que se explican y ejercen en función de ésta, y que en tal circunstancia adquieren su mejor sentido y contenido --derecho a participar en el uso y goce de ciertos bienes, derecho a recibir, preservar y transmitir los dones de una cultura específica, también por ejemplo.”; “5. Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada "estatuto" conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección

comunidad indígena están necesariamente unidos a la vida de la comunidad, no se puede entender los derechos de los integrantes en su dimensión individual sino se los ve también en su dimensión colectiva. El propio individuo integrante de una comunidad tiene derechos personales, individuales no diferenciados del resto de la sociedad, por ejemplo el derecho a la vida o a la integridad, pero también, simultáneamente, necesita de derechos que tienen una raíz y dimensión colectiva, por caso a usar y gozar de bienes comunes o en materia cultural, a recibir y transmitir los dones de la cultura. Lo que plantea García Ramírez es que, los derechos individuales no se confunden con los derechos colectivos de los pueblos indígenas y que estos a su vez no se subsumen en los derechos individuales de sus integrantes, que ambos son convergentes y que son indispensables los dos.

Esta es la construcción que se plasma en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. El art.1 empieza diciendo: “Los indígenas tienen derecho, *como pueblos o como personas*, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos” y el art. 2 dice: “Los *pueblos y las personas indígenas* son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”. Los *pueblos y las personas indígenas*, ambos los dos, están protegidos por una prohibición de discriminación. Después de reconocer los derechos universales y comunes, tanto para los individuos como también para los colectivos indígenas, la propia Declaración de Naciones Unidas incluye todo un catálogo, a partir del art. 3, de derechos específicos u especiales empezando por el derecho a la libre determinación, el derecho de los derechos colectivos.

Vuelvo entonces a aquel voto razonado de Sergio García Ramírez: en principio, uno no tendría por qué suponer un conflicto entre los derechos individuales de los integrantes de una comunidad y los derechos colectivos de la comunidad. Ahora bien, en los casos que han llegado ante la competencia de la CIDH, por lo menos que han tenido resolución, no se planteó una contradicción entre los derechos individuales de alguno de los miembros frente a su comunidad. No ha llegado a plantearse aún. Lo que sí tenemos son algunos marcos generales o enfoques generales por los cuales uno podría pensar estos eventuales conflictos que, ante la CIDH, reitero, todavía no han sido resueltos. Sí

específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes deviene relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva. Es verdad que este fenómeno puede apreciarse en muchas sociedades, acaso en todas, pero también lo es que en algunas --así, los grupos indígenas de nuestra América-- reviste caracteres especiales, más intensos y decisivos.”

han ocurrido en otras esferas, como -por ejemplo- la jurisprudencia de la famosa Corte Constitucional colombiana. Pero ante la CIDH no ha ocurrido aún. Ante todo, la mencionada visión de García Ramírez, según entiendo, parece decir que no debiera suponerse un inevitable conflicto, salvo que uno parta de una inadmisibles posición prejuiciosa, etnocéntrica, en el fondo discriminatoria, que suponga que toda comunidad indígena es por el sólo hecho de serlo una comunidad iliberal. Por el contrario, en principio, uno debiera pensar que tendrían que ir hacia su armonización. Ahora bien, como todos los derechos son conflictivos -es esta una conocida naturaleza de los propios derechos, cualquiera sea su clase o categoría- como también el desacuerdo sobre los mismos es de la propia naturaleza de cualquier derecho, claro que es posible que en materia indígena también haya conflictos inter-derechos. En efecto, aunque no como la primera cuestión que uno debiera plantearse, como todos los derechos son conflictivos -y cuanto mayor cantidad hay de derechos mayor posibilidad de conflictos entre ellos- es posible que los haya. En ese caso habrá que procurar armonizarlos porque, como estoy tratando de mostrar con esta cita de García Ramírez y con el reenvío que hice de la Declaración de Naciones Unidas de 2007, los derechos de los pueblos indígenas no han venido a desconocer los derechos humanos clásicos, sino que se plantean como indispensables y necesarios para que los pueblos indígenas puedan tener alguna nueva posibilidad en esta tierra, su propia tierra.

Al respecto, podría agregar, en esta serie de recordatorios de citas de la propia CIDH, un interesante voto razonado conjunto muy comentado de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Además de hacer algunos avances en materia de derechos territoriales, hacia el final aclara que la necesidad de reconocer la diversidad cultural no implica caer en los excesos o el riesgo del relativismo cultural. Es una advertencia para aquéllos que tanto parecen temer que la cuestión indígena pueda poner en peligro las libertades clásicas.

Hasta aquí procuré rastrear negativamente a través de esta serie jurisprudencial de casos de la CIDH si había tenido oportunidad de resolver un conflicto entre un derecho individual de un miembro y un derecho colectivo de la propia comunidad. Lo que sí trabajó la CIDH -y que es realmente muy importante- es otro tipo de conflictos de derechos para los cuales sí ha establecido estándares para su solución. El conflicto que sí se ha planteado ante la CIDH es en materia de derechos territoriales, conflicto entre derecho de propiedad comunitaria indígena con el derecho individual a la propiedad privada de los particulares. Ése es *el* conflicto fundamental que padecen los pueblos indígenas. Una vez que se les reconoció *tardíamente* sus derechos territoriales resulta que inmediatamente resurge el enfrentamiento con los derechos de los particulares a la propiedad privada. Ése es un conflicto muy fuerte inter-derechos, pero no entre derechos individuales de los integrantes y la comunidad, sino de los derechos colectivos de la comunidad con terceros, con los ajenos. Y la CIDH fija algunos estándares, que -con luces y sombras- ayudan a pensar este tema, sobre todo en los tres casos contra Paraguay. En suma, cuando se habla de la compatibilidad de derechos individuales y derechos colectivos también es insoslayable tener en cuenta este tipo de conflicto, además del otro al que ya me referí.

¿Qué grado de autodeterminación les reconoce la CIDH a los pueblos indígenas?

A la CIDH tampoco le ha tocado resolver temas puntuales de autogobierno, gobierno propio y local, pero sí ha tenido que abordar la cuestión de la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que tradicionalmente les eran absolutamente ajenas, unilaterales e impuestas. En este sentido, a lo largo de la cadena de precedentes, se puede hacer una mirada en conjunto y tratar de detectar algunas áreas donde la CIDH acepta los derechos de los pueblos indígenas a la participación y el deber del Estado de consultarlos previamente. El fundamento último de esto es la necesidad de reconocer el derecho de la libre determinación, que –según entiendo– aún no lo ha hecho debidamente la CIDH, a pesar de que desde Septiembre de 2007 tiene a su disposición el texto vinculante de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Aquí uno puede tomar como guía la interpretación de la sentencia de fondo en el caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam” de Agosto de 2008. La sentencia de fondo es de 2007 pero al año siguiente ante un pedido de Surinam la CIDH hace una especie de aclaración de temas como la participación de los pueblos indígenas. Podemos extenderla al resto y eso sí tiene alguna implicancia en la pregunta de si reconoce o no la auto determinación. Al menos reconoce el derecho a la participación. El Estado tiene la obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras tradicionales, con la consulta previa. Esto lo exige el texto del Convenio 169 y también la Declaración de Naciones Unidas. Allí también es imperativa la participación cuando el Estado adopta medidas legislativas, administrativas o de otro carácter, susceptibles de afectarlos directamente, no sólo en materia territorial sino en cualquier ámbito que pueda afectarlos directamente. También cuando el Estado pretenda adoptar medidas legislativas, administrativas o de otro carácter para arreglar o regular el propio proceso de consulta. También es muy importante la necesidad de la consulta previa, cuando el Estado pretende adoptar restricciones contra los derechos de propiedad comunitaria sobre territorios indígenas. Por ejemplo, a la hora de adoptar planes de desarrollo, incluyendo por supuesto concesiones para la exploración y explotación hechos sobre tierras conseguidas por los pueblos indígenas. Lo central es que se reconoce la participación especial porque se está asumiendo que estos sujetos de derecho colectivo tienen un derecho especial al autogobierno o al gobierno propio, no sólo en asuntos locales e internos sino en todos aquellos asuntos que los puedan afectarlos.

En este punto, es interesante la distinción que hace la CIDH de la mano de los avances en el derecho internacional de los pueblos indígenas entre consulta y consentimiento previo, libre e informado. La consulta siempre tiene que tender y tener como prioridad el consentimiento previo, libre e informado, pero hay algunas situaciones donde no es sólo una finalidad loable el consentimiento previo, libre e informado sino que es un requisito. En esos casos especiales los pueblos indígenas son los que tienen la última palabra. La CIDH no avanza más porque se limita a citar, por lo menos siguiendo el

citado caso Saramaka, al Relator Especial de Naciones Unidas: el consentimiento libre, previo e informado sería vinculante para el Estado, no sólo como una noble finalidad a buscar, sino como requisito cuando se trata de grandes proyectos de inversión o desarrollo que impliquen desplazamientos de pueblos indígenas. Y aunque ahí no lo menciona la CIDH, el propio texto de la Declaración de Naciones Unidas en el artículo 10 y en el artículo 29.2 prevé dos casos especiales donde se necesita el consentimiento previo, libre e informado, en el sentido de que es vinculante. En esos casos, ya se acepta que los que tienen la última palabra son los propios pueblos indígenas y no el Estado.

La cuestión de la autodeterminación se puede completar con el ya recordado caso “Yatama vs. Nicaragua”, un caso bien emblemático que hay que tener muy presente porque allí se está reconociendo la costumbre de democracia comunitaria que tiene la organización política Yatama. Las leyes estatales no pueden prescindir o cerrar los ojos o hacerse daltónicas e ignorar los colores de una democracia que tiene otros fundamentos, un fundamento comunitario, su forma de elegir a sus representantes, sus candidatos. No se puede imponer la forma occidental de los partidos políticos. Pero a pesar de que los fallos de la CIDH se sucedieron, incluso después de Septiembre de 2007 a la fecha, la CIDH no ha aprovechado para citar la Declaración de Naciones Unidas que, después de tanto tiempo de negociación y postergaciones, reconoce en su artículo 3 el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

**¿La CIDH toma medidas de acción afirmativa a favor de los pueblos indígenas?
¿Cómo hace para que esto no caiga en un “paternalismo despectivo”?**

Como ha cambiado la concepción de la igualdad hacia una igualdad articulada y complementada con la diferencia, se exige que el Estado adopte medidas o políticas públicas especiales y específicas, siempre con la participación de los propios pueblos indígenas y siempre teniendo en cuenta sus valores, usos, costumbres y tradiciones. En todos y cada uno de los ámbitos en que la CIDH reconoce la aplicación de derechos o la obligación de reparar las violaciones a estos derechos está obligando al Estado a asumir medidas específicas. El ejemplo más concreto y más de ruptura está en las obligaciones que el Estado está obligado a implementar como la contracara del derecho de propiedad comunitaria a tierra, territorios y recursos que reconoce la CIDH. El derecho de propiedad comunitaria aparece como un derecho que ya no es como se pensaba tradicionalmente en Occidente el derecho a la propiedad: un derecho negativo, de abstención, de no interferencia, sino que es un derecho que supone un conjunto de obligaciones de acciones positivas, obligaciones de dar y de hacer. El Estado está obligado en materia de derechos territoriales a adoptar medidas positivas, a delimitar, demarcar y titular. Todo con participación de los propios pueblos indígenas y teniendo especialmente en cuenta los valores, usos y costumbres de los propios pueblos. Además de esas obligaciones positivas también tiene la obligación negativa de que mientras eso esté en curso el Estado debe abstenerse de generar, en forma directa a través de sus propios agentes o indirecta a través de terceros, una interferencia con el espacio

territorial pendiente de delimitación, demarcación y titularización. Más aún, no lo dijo al principio pero lo fue complementando después, el Estado está obligado a suministrar servicios y cosas hasta que se regularice esta situación, por ejemplo en materia de agua, salud, alimentación e incluso hasta educación.

Así tenemos un cúmulo de obligaciones de hacer y dar. Se ve con toda claridad que al Estado no le basta con no interferir o dejar que otros interfieran, tiene que hacer eso pero también tiene que hacer muchísimas cosas más. Ésta es una de las novedades de estos derechos especiales o diferentes de los conocidos hasta entonces. Son derechos colectivos especiales, no son derechos colectivos comunes, sino focalizados. Además, el Estado nunca puede aplicarlos unilateralmente, siempre debe hacerlo con la necesaria consulta previa. En algunos casos no podrá ir en contra del consentimiento del propio pueblo. Y además teniendo en cuenta las propias cosmovisiones o perspectivas de los pueblos indígenas. Evidentemente, teniendo todo este conjunto de elementos en cuenta, no se trata de ningún tipo de paternalismo. No se trata de imponer ningún tipo de integración, sometimiento o asimilación desde arriba y desde afuera, sino todo lo contrario: la necesidad de que el Estado no pueda tomar la palabra de los pueblos indígenas y arrebatársela la palabra, ni introducirse en su territorio unilateralmente como siempre lo hizo y lo sigue intentado hacer, sino que necesita la participación, que supone un respeto mutuo, un proceso de diálogo que respete y tenga en cuenta las concepciones y cosmovisiones de los pueblos indígenas. Se trata derechos y no de meros privilegios, ni mucho menos de ningún favor discrecional que pueda dar el Estado a un sector de la sociedad., sino que son exigibles y con todas estas características que traté de señalar.

Por último, me gustaría problematizar otros aspectos de la cuestión. Hay algunas deudas pendientes de estudios que aún deben hacerse. Me parece que hay una deuda que tienen las ciencias sociales con la participación de los pueblos indígenas en los sistemas de los derechos humanos y es ver qué impacto tiene de regreso. Una vez que la CIDH adopta las decisiones, qué pasa dentro de las comunidades, en el momento después de la decisión, qué pasa con las subjetividades, qué pasa con lo cotidiano de los pueblos indígenas que eventualmente reciben una sentencia favorable, un reconocimiento de la CIDH, el templo regional de los derechos humanos. Cabría estudiar si realmente empodera a las comunidades o no, si todo esto tiene algún impacto y de qué tipo, o si finalmente todo termina siendo algo así como una mera representación ritual, donde en un largo camino burocrático internacional se resuelven cuestiones que finalmente no tienen un impacto real y efectivo en las comunidades. Creo que hace falta mucho trabajo empírico sobre esto, más allá de los grandes avances de los precedentes abordados con una mirada meramente juricista. Me parece que eso es un punto que podría ser importante para ver si realmente fortalece al movimiento indígena regional esta posibilidad de ser escuchados en un ámbito que tradicionalmente estaba cerrado, qué repercusión tiene ser escuchado “por el hombre blanco” en un ámbito de derechos humanos como la CIDH. Si tiene finalmente algún tipo de potencialidad emancipadora como uno podría intuir y desear o si –por el contrario- es mera catarsis o, peor aún, si no

se corre el riesgo de incurrir en una nueva expropiación de la propia voz de los pueblos indígenas por la burocracia de los derechos humanos.

Por supuesto, no tengo las respuestas porque no he hecho ese trabajo, pero siempre recomiendo como punto de partida de estos estudios pendiente, un testimonio de los muchos que hay en el *corpus* de fallos de la Corte, uno particularmente elocuente de una de las sobrevivientes indígenas de ese despiadado conflicto armado que duró tanto en Guatemala y que mayoritariamente afectó a los pueblos mayas allí enclavados: el testimonio de Narcisa Corazón Jerónimo, la única mujer de los Jerónimo que declara personalmente ante la CIDH en el caso “Masacre Plan de Sánchez” de 2004. Más allá de lo peculiar sobre los dramáticos hechos sobre los que ella declara, los últimos dos párrafos del testimonio tratan de dar una respuesta en primera persona acerca de qué esperan los protagonistas del sistema interamericano, o por lo menos qué esperaba la protagonista que estaba allí declarando en ese momento³. Esos párrafos, tal vez permitan empezar a pensar esta cuestión; empezar a pensarla “con ojos indios”, para usar una expresión de José María Arguedas, el gran novelista peruano. No desde una mirada juricista, sino desde una mirada con “ojos indios” y bien abiertos sobre cuál sería el impacto de este *corpus* tan alabado, con tantas luces y con algunas sombras que no he mencionado en particular en esta ocasión pero que las tiene; qué repercusión en la vida cotidiana y en las subjetividades de los pueblos indígenas, los auténticos protagonistas y los destinatarios de todo esto.

³ “Ya es tiempo que se haga justicia, que paguen estas personas por el daño que hicieron a sus padres, a su abuelita, a todos los niños inocentes y a los que no pudieron nacer. Ya es tiempo que la raza maya tenga derechos como los ladinos, que los escuchen y valoren sus costumbres.

Está ante la Corte para apoyar a todas las víctimas de la Masacre Plan de Sánchez. No viene sólo por ella, sino por todos aquellos que perdieron a sus seres queridos, por toda la raza maya de Guatemala, por todos los que no se saben defender, por todos lo que no pueden venir a expresar su dolor como lo está expresando ella. Quisiera que se haga justicia, que se vea qué se va a hacer, que escuchen su testimonio y que estudien esto para que no se ‘congele’. Está ante el Tribunal con su dolor y sabe que si todos los que están presentes se pusieran en su lugar no soportarían lo que ella siente.”