

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

RESUMEN

El presente trabajo pretende presentar una aproximación al concepto y naturaleza del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, para luego buscar las formas en que la normativa internacional protege este derecho en sus distintas modalidades. Finalmente, se hará el intento de construir este derecho desde los tratados del Sistema Interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos, con el propósito de contribuir con la justiciabilidad de al menos una parte de este derecho. (Original en español)

PALABRAS CLAVES

Identidad cultural - Pueblos indígenas - Minorías nacionales - Sistema Interamericano - Justiciabilidad



Este artículo es publicado bajo licencia *creative commons*

Este artículo está disponible en formato digital en <www.surjournal.org>.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oswaldo Ruiz Chiriboga

[N]o se percibe cómo una civilización podría esperar beneficiarse del estilo de vida de otra, a menos que renuncie a ser ella misma.¹

Introducción

He convenido en ubicar dentro del concepto de grupos étnico-culturales a los pueblos indígenas y a las minoría nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas (en adelante “minorías nacionales”). Estoy consciente de que entre éstos existen algunas diferencias que han merecido la adopción de una normativa internacional diferenciada. No obstante, a efectos del presente trabajo, los tomaré indistintamente y resaltaré sus similitudes, dejando al lector la tarea de hacer las distinciones oportunas.

Aproximación al concepto y naturaleza del derecho a la identidad cultural

Para tratar de elaborar el derecho a la identidad cultural es necesario acudir a las definiciones que se han dado sobre cultura, cultura tradicional y popular, diversidad cultural, pluralismo cultural y patrimonio cultural, reconociéndose previamente que cada uno de estos conceptos aún no están plenamente definidos y continúan en el debate de los especialistas.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha definido a la cultura como

Ver las notas del texto a partir de la página 64.

*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.*²

La cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de las obras y conocimientos que produce una sociedad determinada y no se limita al acceso a los bienes culturales, sino que es a la vez una exigencia de un modo de vida, que abarca también el sistema educativo, los medios de difusión, las industrias culturales y el derecho a la información.³

Por su parte, la cultura tradicional y popular fue definida por la Unesco en la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) como

el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

En el Preámbulo de la mencionada Recomendación se afirma que la cultura tradicional o popular “forma parte del patrimonio universal de la humanidad y que es un poderoso medio de acercamiento entre los pueblos y grupos sociales existentes y de afirmación de su identidad cultural”.

La diversidad cultural se refiere “a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades”.⁴ Esta diversidad cultural “es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos [y] constituye el patrimonio común de la humanidad [que] debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.⁵

En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favore[zc]an la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garanti[ce] la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”.⁶ Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural”.⁷

La identidad cultural, por su parte, ha sido conceptualizada como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la

dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto.⁸ Es una “representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo”.⁹

Parte integrante de la identidad cultural es el patrimonio cultural, el cual debe ser entendido como “todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos”.¹⁰ El patrimonio cultural se subdivide en patrimonio tangible e intangible. El primero corresponde a “[l]os bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos”;¹¹ mientras que el segundo abarca a

*los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.*¹²

Se incluyen en él las tradiciones y expresiones orales, las costumbres y las lenguas; las artes del espectáculo, como la música, el teatro, los bailes, las fiestas y la danza; los usos sociales y rituales; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, como la medicina tradicional y la farmacopea; las artes culinarias, el derecho consuetudinario, la vestimenta, la filosofía, los valores, el código ético y todas las demás habilidades especiales relacionadas con los aspectos materiales de la cultura, tales como las herramientas y el hábitat.¹³

De todo lo anterior podemos concluir que el derecho a la identidad cultural (en adelante DIC) básicamente consiste en el derecho de todo grupo étnico-cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella.

No obstante, la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. La identidad fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas. Dentro de cada grupo étnico-cultural se confunden subgrupos (ancianos, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad) que continuamente retoman, readaptan o rechazan ciertos rasgos y tradicionales culturales de su

grupo, todo lo cual “es parte integral de los procesos de reorganización étnica que hacen posible su persistencia”.¹⁴ Del mismo modo, al entrar en contacto con otras culturas los grupos culturales toman ciertas prácticas o rasgos de la cultura ajena y los incorporan a su propia identidad.¹⁵

En tal sentido, el DIC también consiste en el cambio, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas y pueblos, en la inteligencia de que todo esto se haga de manera voluntaria, libre e informada por parte del grupo. Impedir o dificultar el acceso a estos mecanismos podría llevar al grupo al estancamiento y a la exclusión, poniéndose en peligro su supervivencia física y cultural. Es por esto que algunos autores sostienen que el fortalecimiento de la identidad cultural no tiene como único objetivo conservar a las culturas, sino impulsar el despliegue de sus potencialidades en el presente y en el futuro, permitir el ejercicio de los derechos culturales, establecer canales más justos de diálogo y participación en la toma de decisiones, y evitar procesos de interacción avasalladores entre culturas diferentes.¹⁶

Asimismo, debe resaltarse que por su propia naturaleza el DIC es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un “derecho síntesis”, que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos.¹⁷

En cuanto al sujeto del derecho, la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC) reconoció que el DIC “se proyecta en dos dimensiones[:] Una colectiva y otra individual”, pero, según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. Lo cual no supone “que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”. “Lo anterior (agrega la Corte) comprende dos tipos de protección a la identidad cultural[,] una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad (Sentencia T-778/05).”¹⁸

Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que aún cuando ha interpretado las dimensiones sociales de ciertos derechos humanos individualmente consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH),¹⁹ declara la violación de los mismos únicamente en perjuicio de los “miembros de la comunidad” y no de la comunidad como tal. Lo anterior se debe a la disposición consagrada en el artículo 1.2 de la CADH,²⁰ “que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de ‘persona’: El ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades”.²¹

Personalmente considero que habría que reformular la interpretación

del artículo en mención a efectos de aceptar a la comunidad como titular del derecho. El fin que motivó la adopción de este artículo fue impedir que cualquier individuo sea excluido de la protección de la CADH argumentándose que no ostenta el carácter de persona; situación esta que nada tiene que ver con la concepción comunal de los derechos que los grupos étnico-culturales tienen, que más bien da sustento y contenido a los derechos individuales. Además, debemos considerar que esta concepción limitativa del artículo 1.2 de la CADH presenta una serie de dificultades prácticas en el litigio de los derechos de los grupos étnico-culturales ante los órganos del Sistema Interamericano. Por ejemplo, es necesario individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad previo al sometimiento de un caso (carga procesal que recae en las propias víctimas o sus representantes); listado que nunca será definitivo por los matrimonios, defunciones, nacimientos, movilizaciones y demás, que a diario se producen en el seno de la comunidad, lo que vuelve a la individualización difícil, costosa y a la larga inútil. Asimismo, la individualización de las víctimas puede ir en contra de la cultura de éstas, ya que por ejemplo, no se cuentan entre los “miembros” a los ancestros y las generaciones futuras, que algunos pueblos consideran como integrantes de sus comunidades. Otro problema que se presenta es que sólo se consideran víctimas de la violación del derecho individual a quienes aparecen listados,²² dejándose por fuera a quienes por cualquier razón no aparecen en esa lista. Finalmente, la individualización también resulta inútil por el tipo de reparaciones que se pretenden obtener. Por ejemplo, la Comunidad indígena Yakye Axa tuvo que individualizar a sus miembros, para posteriormente obtener de la Corte IDH el reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal, lo cual hubiera sido perfectamente factible sin necesidad de la individualización. En suma, la individualización de los miembros de una comunidad no resulta adecuada, útil ni justa.

Ahora bien, el principal garante del DIC, así como de cualquier otro derecho humano, es el Estado dentro del cual se encuentra el respectivo grupo étnico-cultural. No obstante, dado que la diversidad cultural “constituye el patrimonio común de la humanidad”,²³ la comunidad internacional también tiene responsabilidad en su protección. Esto ha quedado evidenciado, por ejemplo, con la adopción de la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos, y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). De igual forma, ha crecido la preocupación respecto a terceros ajenos a las autoridades estatales que se encuentran en control o posesión de bienes importantes para la identidad de una cultura. Al respecto, en el marco de la 31ª Conferencia General de la Unesco, celebrada en París (2001), el Director General sugirió adoptar una declaración en la que se señale que “[l]as autoridades

que controlen efectivamente un territorio, sean o no reconocidas por los Estados de la comunidad internacional, así como las personas e instituciones que controlen temporalmente o a largo plazo sitios culturales importantes y bienes culturales muebles, son responsables de su protección”.

A efectos del presente trabajo, nos concentraremos en las obligaciones del Estado, cuyo incumplimiento, por acción u omisión, le acarreen responsabilidad internacional. Para ello es necesario recordar que

[e]s un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, [...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación.²⁴

No obstante, no puede exigirse al Estado que proteja y promueva la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en sus territorios. Este derecho únicamente recae en los grupos étnico-culturales. Quedan por fuera, por ejemplo, los grupos inmigrantes. La razón de esta separación la brinda Kymlicka,²⁵ quien sostiene que mientras las minorías nacionales y los pueblos indígenas mantienen el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte, a la que han sido incorporados muchas veces en contra de su voluntad, y exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como grupo, los inmigrantes, además de estar generalmente dispersos, han salido de sus respectivas culturas de una manera voluntaria,²⁶ y por ende, han renunciado a parte de su cultura. “Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales.”²⁷ En suma, mientras que para los primeros se aplica el derecho a la identidad cultural y, consecuentemente, el derecho a ser diferentes, para los segundos deben buscarse términos de integración más justos, aún cuando se les permita mantener, a manera de beneficio, ciertos rasgos de su propia cultura.

Sintetizando todo lo anterior concluimos que el DIC es el derecho de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, así como de sus miembros, a conservar, adaptar e incluso cambiar voluntariamente la propia cultura; abarca todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de los cuales

depende y a la vez da sentido, y merece la protección de los particulares, la comunidad internacional y, sobre todo, del Estado.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como mencioné anteriormente, el enfoque principal de este artículo es la protección del DIC desde el ámbito del Sistema Interamericano de derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, organismos que se encargan principalmente de la aplicación e interpretación de la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH).

Una de las razones que caracterizan y a la vez revelan la importancia del SIDH es la posibilidad que tiene de recibir peticiones o denuncias por la violación de derechos humanos de personas o grupos de personas. Como veremos, muchas comunidades indígenas han logrado la protección de los órganos del Sistema y el reconocimiento de las violaciones que se han producido en su contra. No obstante, el Sistema tiene todavía la limitante de no poseer un instrumento vinculante específico que consagre los derechos diferenciados de los grupos étnicos-culturales. Los derechos que hacen referencia directa a la cultura están consagrados en el Artículo XIII de la DADDH y en el Artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (en adelante PSS).

Estos dos instrumentos presentan algunas dificultades en el litigio internacional de los derechos culturales. En primer lugar, la Corte IDH no está facultada para aplicar directamente la DADDH dentro de su competencia contenciosa.²⁸ En segundo lugar, el PSS no otorga competencia ni la CIDH ni la Corte IDH para conocer casos contenciosos por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales que consagra, salvo el derecho a la educación y el derecho a la libertad sindical.²⁹ Por ello, necesitamos circunscribirnos a lo dispuesto por la CADH. En el siguiente apartado trataremos de esbozar algunas ideas sobre cómo utilizar este tratado para proteger el DIC.

La interpretación de la CADH

Las reglas de interpretación de la CADH están contenidas en el artículo 29 de la misma, el cual dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Los principios de interpretación consagrados en este artículo, así como los establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), permiten a los órganos del SIDH hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, puesto que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.³⁰

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.³¹

Debe tenerse en cuenta, además, que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva.

Particular importancia tiene el literal (b) del artículo 29 de la CADH, que ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que

si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.³²

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la CADH para interpretar sus

disposiciones en el momento actual, habida consideración de la evolución experimentada en el derecho internacional de los derechos humanos.³³

Asimismo, la interpretación de las normas contenidas en la CADH también debe contar con los aportes que brinda la jurisprudencia interna de los Estados parte del SIDH, especialmente en casos sobre los derechos de los grupos étnico-culturales, aún en gestación en el ámbito internacional, pero con un desarrollo más amplio en la legislación y jurisprudencia internas.

Finalmente, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también constituye, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, medios auxiliares para el derecho internacional y fuente para la interpretación de la CADH.

La Corte IDH y la CIDH no pueden dejar de incorporar estos avances, ya que sólo así se dará pleno sentido a los derechos que velan, y se permitirá que el régimen de protección de los derechos humanos adquiera todo su efecto útil. En palabras de Medina:³⁴

Los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado del cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea.

Sobre la base de todo lo anterior, pasemos a analizar la CADH para construir en su articulado la protección del DIC de los grupos étnico-culturales.

El DIC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El DIC no está expresamente consagrado en la CADH, sino que requiere de una construcción a partir de los derechos que este cuerpo normativo consagra. Un primer intento de construcción del DIC constituye el Voto Parcialmente Disidente del Juez Abreu Burelli en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1 [obligación de respetar los derechos], 5 [derecho a la integridad personal], 11 [protección de la honra y de la dignidad], 12 [libertad de conciencia y de religión], 13 [libertad de pensamiento y de expresión], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 17 [protección a la familia], 18 [derecho al nombre], 21 [derecho a la propiedad privada], 23 [derechos políticos] y 24 [igualdad ante la ley] del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.

A este listado me permitiría agregar los derechos consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) del mismo instrumento.

El derecho a la integridad personal

Hay veces que no se puede con nada, pero de todos modos atiendo a mis pacientes por consideración, porque ellos lloran conmigo cuando no tienen dinero para curarse y viéndolos tristes los curo con todo mi corazón.³⁵

El DIC se nutre de la protección que brinda el artículo 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH, según el cual la integridad personal abarca la integridad física, psíquica y moral.

En cuanto a la integridad física, el artículo 5 de la CADH en conjunción con el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS se relacionan con el DIC en cuanto comprenden el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, que no se les impongan tratamientos ajenos a su cultura sin su debido consentimiento libre e informado y se tenga en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.

En lo que respecta a la integridad psíquica y moral conviene referirse a la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, relativo a la masacre de 39 de sus miembros en el marco de un operativo militar en 1986. Las investigaciones llevadas a cabo por la justicia estatal no dieron los resultados esperados y los crímenes aún permanecen en la impunidad. Según las costumbres de la Comunidad, si uno de sus miembros es ofendido, sus familiares están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si el ofendido ha muerto, se cree que su espíritu no podrá descansar hasta que se haga justicia.³⁶ Asimismo, debido a los hechos del caso, la Comunidad Moiwana no pudo honrar apropiadamente a sus seres fallecidos, lo que se considera una “transgresión moral profunda”, que ofende a los ancestros y provoca “enfermedades de origen espiritual”.³⁷

La Corte IDH tomó en cuenta lo anterior y consideró violentado el derecho a la integridad personal de los miembros de la Comunidad por la “indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname [y porque] han debido sentir la ira de los familiares que murieron injustamente durante el ataque”.³⁸

Otro caso que resulta ejemplificativo es el de los Guarani-Kiowah, un pueblo de 26.000 miembros en el Estado de Matto Grosso do Sul en Brasil, en donde ocurrió un fenómeno continuado de suicidios, cuya proporción era 30 veces mayor

al promedio nacional, a causa de la profunda depresión que sentían los indígenas por el despojo de sus territorios tradicionales.³⁹

Como puede observarse, para muchas comunidades indígenas el rompimiento de los lazos con los ancestros, la fragmentación de su relación con la tierra y sus recursos naturales y el abandono forzado de sus prácticas culturales les produce severos padecimientos que indudablemente afectan su derecho a la integridad psíquica y moral.

Libertad de conciencia y religión

*[M]e proponéis cinco varones [...] que debo conocer. El primero es el Dios, Tres y Uno que son cuatro, a quien llamáis Creador del Universo, ¿por ventura es el mismo que nosotros llamamos Pachacámac y Viracocha? [...] El segundo es el que decís 'Adán'; Padre de todos los otros hombres. Al tercero llamáis 'Jesucristo' (al que amontonaron todos los pecados) [...] Al cuarto nombráis 'Papa'. El quinto es Carlos y es príncipe y señor de 'todo el mundo'. ¿Y entonces, este Carlos qué permiso puede requerir del Papa que no es mayor señor que él?*⁴⁰

El párrafo arriba citado evidencia las contradicciones que Atahualpa descubría en el discurso que le estaba siendo impuesto por el representante de una religión diferente a la suya. Desde esta época hasta la actualidad se ha desarrollado un proceso de destrucción de las religiones indígenas y, consecuentemente, de su identidad cultural.

Una forma de imposición simbólica del poder muy utilizada por los europeos en la invasión a América era la destrucción de los templos y lugares sagrados indígenas y la erección, en el mismo lugar, de grandes iglesias y catedrales. Con ello se pretendía destruir los símbolos de las comunidades, su autoestima y su cultura, para convertirlas en concentraciones obreras-esclavas al servicio de sus verdugos.

La negación/eliminación de la religión desdibuja la percepción sobre los orígenes que cada pueblo tiene de sí mismo y su concepción sobre el mundo, se debilitan los lazos entre los miembros del grupo, se diluye la influencia de las autoridades tradicionales, y se facilita la apropiación de objetos o lugares sagrados.

En un caso sometido ante la CCC⁴¹ se denunciaba a la Comunidad Indígena de Yanacona, por haber impedido que ciertos integrantes de la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC) efectuaran ritos religiosos dentro de la Comunidad. Los denunciantes alegaban la violación de su derecho a la libertad de conciencia y religión. La mayoría de los miembros de la Comunidad compartían el culto católico y sólo unos cuantos habían abrazado el culto evangélico que la IPUC pregona. Estos últimos habían empezado a desconocer a las leyes y autoridades tradicionales de la Comunidad. Al resolver la petición, la CCC señaló que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho a la integridad étnica y cultural, en el sentido de que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural, por lo cual, si los miembros de la comunidad indígena que profesan la

religión evangélica desconocen la autoridad del Cabildo y se niegan a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, atentan contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar, toda vez que la extensión de sus creencias religiosas a otros campos de la vida social hacen evidente un conflicto y una ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo [...].

En esta dimensión, el ejercicio de la autonomía reconocida por la Carta hace que las autoridades indígenas tomen las medidas previsoras y correctivas – como en efecto ocurrió– frente al comentado incidente religioso, a fin de que el mismo no adquiera una trascendencia que tienda a descomponer los valores y la esencia de la cultura Yanacona. [...] El catolicismo ha sido asimilado y aceptado por la mayoría de los indígenas del resguardo porque no se opone a sus normas, a sus costumbres, a las formas de vida desarrolladas por ellos desde el año de 1700; ni tampoco se ha constituido en factor de desconocimiento de sus autoridades tradicionales. Lo que bajo el extremo contrario sí ha ocurrido con la propagación de la religión evangélica protestante.

La veneración o admiración hacia la idea de Dios en un recogimiento y convicción individual, no puede transgredir el orden social que consensual y secularmente ha establecido la comunidad. Incluso, partiendo de la movilidad y vitalidad de la cual goza el desarrollo de cualquier colectivo social, es plenamente válido estimar un futuro posible donde el pensamiento de la IPUC sea reconocido por la mayoría Yanacona, pero, plegándose a la cultura e identidad del pueblo Yanacona y no a la inversa como se pretende en este caso. En otras palabras, los valores culturales, usos, costumbres y tradiciones de este pueblo, en la medida en que no son fijos ni inmutables pueden ser filtrados, conmovidos y transformados por las fuerzas evolutivas endógenas y exógenas, advirtiendo sí, que, colectivamente se puede ser un espíritu abierto a todas las posibilidades, siempre y cuando se preserve la identidad dinámica que constituye la piedra angular de la comunidad indígena.⁴²

Como puede observarse en esta extensa cita, se presentan las dos facetas del DIC. Por un lado, se reconoce que la Comunidad y sus miembros tienen el derecho a conservar su propia cultura, forma de organización y religión (amenazada por las prácticas religiosas evangélicas) y por otro lado, no se niega que el evangelismo podría ser aceptado y asimilado por la Comunidad si es que éste se pliega a la identidad de la misma y no a la inversa, tal como sucedió con el catolicismo, que fue adaptado e incorporado por la Comunidad a su identidad.⁴³

Por ello, la protección que brinda el artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH al DIC radica en el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. Involucra también el derecho que tienen a que no se realicen

intentos de convertirlos forzosamente y no se impongan creencias contra su voluntad. Este artículo interpretado en conjunto con los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 22 (derecho de circulación y residencia) de la misma Convención, les otorga el derecho a mantener y acceder a sus lugares religiosos, sagrados y culturales, y a utilizar, vigilar y recuperar sus objetos de culto. Finalmente, en conjunción con el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH se les faculta a exigir al Estado las mismas posibilidades y beneficios que reciben las religiones mayoritarias, por ejemplo, el reconocimiento de los días feriados de sus religiones y la anuencia a que sus miembros, contratados por organismos públicos o privados, o internos en instituciones de salud y centros penales, asistan a sus ceremonias religiosas.

Libertad de expresión y derecho de rectificación

[U]na de las pequeñas paradojas de la historia es que ningún imperio plurilingüe del viejo mundo se atrevió a ser tan despiadado como para imponer una única lengua a todo el conjunto de la población, algo que sí hace la república liberal, ‘que defiende el principio de que todos los hombres han sido creados iguales’.⁴⁴

De conformidad con el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho “de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”. Este derecho puede interpretarse como la facultad de manifestar la propia cultura e identidad.

Una de las principales formas de expresión de la cultura es el lenguaje, tanto es así que nuestros Estados liberales adoptaron por muchos años la consigna: Una sola nación, una sola lengua. Lo anterior significó la pérdida paulatina de los idiomas indígenas y el consiguiente menoscabo de las identidades culturales. Del mismo modo, “la elección de una lengua como lengua nacional y oficial coloc[ó] necesariamente en situación de desventaja a aquellos cuya lengua materna no e[ra] la elegida, al tiempo que confi[rió] un privilegio a quienes habla[ba]n el idioma elegido”.⁴⁵

La Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección que la libertad de expresión brinda al derecho a hablar la lengua materna en el Caso López Álvarez vs. Honduras. La víctima en este caso era un indígena garífuna que estaba detenido en un centro penitenciario hondureño. Las autoridades de tal centro prohibieron a todos los garífunas utilizar su lengua materna “por cuestiones de seguridad”. La Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad del señor López, puesto que tal prohibición “afect[aba] su dignidad personal como miembro de [la] comunidad [garífuna]”, ya que “el idioma materno representa un elemento

de identidad”.⁴⁶ Asimismo, la Corte consideró que la “lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.⁴⁷

Pero la libertad de expresarse no se reduce solamente a la palabra, el propio artículo 13 de la CADH habla de “formas artísticas” de expresión y deja abierto este derecho “a cualquier procedimiento” por el que una persona se expresa. Esto es de vital importancia para los pueblos indígenas, ya que “[s]i el hombre occidental piensa en palabras, el hombre indígena piensa en símbolos, actos y ritos”.⁴⁸ En consecuencia, todas las formas por las cuales una cultura expresa su identidad son válidas y merecen la protección internacional.

Por otro lado, pienso que la protección del artículo 14 (derecho de rectificación) de la CADH radica en el derecho de los grupos étnico-culturales de corregir o solicitar la corrección de cualquier información inexacta o incorrecta sobre su cultura e historia, que aparezca en cualquier texto educativo, página electrónica, documento público o privado, publicación periodística, cinematográfica, de radio o televisión, e incluso en la historia oficial.

Derechos políticos

*Nosotros conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas.*⁴⁹

Según el artículo 23 de la CADH, los derechos políticos se dividen tres grandes grupos: (a) La participación en la dirección de asuntos públicos, (b) el derecho a elegir y ser elegido en condiciones libres y democráticas, y (c) tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país.

La garantía de estos derechos no depende exclusivamente de la expedición de normativa que los reconozca formalmente, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias que logren su real vigencia y ejercicio, y tomen en cuenta las particularidades propias de cada grupo poblacional.

En tal sentido, los Estados deben tener en cuenta que los pueblos indígenas necesitan un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y participar en todo tipo de decisión que les afecte (o pueda afectar) significa para los pueblos indígenas una forma de supervivencia cultural y requiere de medidas estatales necesarias para garantizar que esa participación sea significativa y efectiva. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (en adelante CERD) señaló que los Estados deben tomar las medidas necesarias para permitir que miembros de las comunidades indígenas sean electos en los comicios,⁵⁰ puesto que las poblaciones indígenas tienen muy bajos índices de representación política⁵¹ y no están en igualdad de posibilidades de participar en todos los niveles del poder.⁵²

De tal suerte, el CERD recomendó la creación de distintos mecanismos para coordinar y evaluar las diversas políticas de protección de los derechos de las comunidades indígenas, que permitan una real y adecuada participación en la vida pública de la nación.⁵³

La falta de representación política ha tenido un efecto directo en las decisiones que se han tomado a nivel estatal respecto al uso y manejo de los recursos públicos. En efecto, una de las principales razones por las cuales los pueblos indígenas sufren de marginación y pobreza es justamente la violación de sus derechos de autodeterminación y participación política a nivel local, regional y nacional.⁵⁴

La participación directa de los pueblos indígenas en la dirección de asuntos públicos debe hacerse desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En un caso sometido a la Corte IDH, la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua reclamaba la violación de la CADH, entre otras razones, por la restricción legal de participar en las elecciones únicamente a través de partidos políticos. El Tribunal internacional consideró que la figura del partido político era ajena a los usos, costumbres y tradiciones de las organizaciones indígenas de ese país e implicaba “un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido” (párr. 218).⁵⁵ Asimismo, la Corte IDH dispuso que los requisitos para la participación política que sólo puedan ser cumplidos por los partidos, pero no por agrupaciones con diferente organización, entre ellas los pueblos indígenas, es contraria al derecho a la igualdad y a los derechos políticos, “en la medida en que limita[n], más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte[n] en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de asuntos públicos” (párr. 220).⁵⁶

En dicho caso también se discutió el tema de los distritos electorales. La Ley electoral nicaragüense disponía que toda agrupación política debía presentar candidatos en al menos 80% de las circunscripciones electorales municipales. De tal suerte, Yatama se vio forzada a presentar candidatos en municipios en los que no existía presencia indígena y con los cuales no tenían “ni vinculación ni interés” (párr. 222).⁵⁷ La Corte IDH consideró esta exigencia como desproporcionada, “que limitó indebidamente la participación política” y que no tomó en cuenta que los indígenas no contarían con apoyo para presentar candidatos en ciertos municipios o no tendrían interés en buscar dicho apoyo (párr. 223).⁵⁸

Para evitar lo anterior (y otros muchos problemas similares), pienso que los Estados deberían trazar las fronteras electorales de tal forma que las minorías étnico-culturales constituyan una mayoría dentro de sus territorios. Varios pueblos indígenas además de estar divididos entre fronteras nacionales, se encuentran en distintas provincias, departamentos o municipios dentro de un mismo Estado, y en cada división son una minoría.

Algunos esfuerzos se han dado para evitar esto. Estados Unidos ha trazado

circunscripciones (en ciertos casos un poco extrañas) con la sola finalidad de crear mayorías latino o afrodescendientes. La Corte Suprema de este país avaló estas circunscripciones “teniendo en cuenta la discriminación política que históricamente ha existido contra negros y méxicoamericanos [...] y de los efectos residuales de tal discriminación sobre esos grupos”.⁵⁹

Otros países han reservado escaños para asegurar la representación en el parlamento de un grupo minoritario específico. Por ejemplo, Jordania, para los cristianos y circasianos; Pakistán, para las minorías no musulmanas; Nueva Zelanda, para los maoris; Colombia para los pueblos indígenas y afrodescendientes; Eslovenia, para los húngaros e italianos, entre otros.

Además de lo anterior, debe garantizarse la representación de los grupos étnico-culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos. Al respecto, el CERD mostró preocupación por la insuficiente representación de los pueblos indígenas y las minorías en la policía, el sistema judicial y otras instituciones públicas argentinas.⁶⁰

Finalmente, la participación política de los pueblos indígenas y sus miembros no se agota con la representación (por designación o elección) en los organismos del Estado. Es claro que dicha representación (necesaria, desde luego) es, en mayor o menor medida, insuficiente para la protección de sus intereses y derechos. Por ello, los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; sólo de esta forma se les permitirá “hablar por sí mismos[,] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en el que habitan”.⁶¹

El CERD vinculó el derecho a la consulta al de participación política,⁶² e hizo un llamado a los Estados a fin de que “garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.⁶³ En el mismo sentido, la CCC señaló que el derecho a la consulta constituye “el medio a través del cual se protegerá [...] su integridad física y cultural”.⁶⁴

En consecuencia, el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros visto a través del artículo 23 (derechos políticos) de la CADH radica en el reconocimiento de su derecho a participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernan; ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que puedan afectarles; decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, así como cualquier cuestión relacionada con sus asuntos internos; mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos y económicos, y mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. En conjunción con el artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión) de la CADH, se protege su

derecho a recibir información oportuna, clara y veraz de todo aspecto que les concierna, a fin de que puedan pronunciarse individual o colectivamente.

Derecho a la propiedad

*Mi pueblo venera cada rincón de esta tierra, cada brillante espina de pino, cada playa arenosa, cada nube de niebla en las sombrías selvas, cada calvero, cada insecto que zumba; en el pensamiento y práctica de mi pueblo, todas estas cosas son sagradas.*⁶⁵

La tierra y los recursos naturales en ella existentes son la esencia misma de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros, a tal punto que la Relatora Especial sobre poblaciones indígenas de la ONU indicó que “el concepto mismo de ‘indígena’ comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico”.⁶⁶ La Relatora agregó que

*[l]a protección de la propiedad cultural e identidad, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas. Los conocimientos tradicionales en cuanto a valores, autonomía o autogobierno, organización social, gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre los pueblos y respeto de la tierra están enraizados en las artes, las canciones, la poesía y la literatura que cada generación de niños indígenas debe aprender y renovar. Estas ricas y variadas expresiones de la identidad específica de cada pueblo indígena aportan la información necesaria para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades indígenas en todos sus aspectos.*⁶⁷

Asimismo, en un informe posterior, la Relatora indicó que el deterioro gradual de las sociedades indígenas puede atribuirse a la falta de reconocimiento de su relación con sus tierras, aire, agua, los mares costeros, el hielo, la flora, la fauna y los demás recursos naturales vinculados a su cultura.⁶⁸

Muchos otros especialistas de los distintos organismos supranacionales (universales y regionales), así como diversos tratadistas y expertos han analizado extensamente las implicaciones que la tierra tiene para los pueblos indígenas. Por ello (y por la brevedad del presente trabajo), no trataremos en profundidad este tema. No obstante, revisaremos, por su importancia, algunas decisiones de los órganos del Sistema Interamericano.

La Corte IDH tuvo la posibilidad de conocer los casos de las comunidades Awás Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Moiwana vs. Suriname, en los que reconoció la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y los recursos naturales, a los cuales calificó como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, necesaria inclusive para

preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. A esta conclusión se llegó luego de la interpretación evolutiva del artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la CADH. La Corte, en los citados casos, consideró que este artículo no se refiere únicamente a la concepción civilista de propiedad, sino que también puede (y debe) interpretarse de tal forma que se proteja la propiedad comunal de la tierra y los recursos naturales. Es más, en el caso *Yakye Axa* la Corte IDH interpretó que el artículo 21 de la CADH también salvaguarda “los elementos incorporales” que se desprendan de la relación de los indígenas con sus territorios, así como todo bien mueble u objeto, corporal o incorporeal, susceptible de tener un valor (no sólo económico). Dentro de estas categorías entran básicamente todo el patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas.

Es así que podríamos interpretar que la protección que el artículo 21 de la CADH brinda al DIC comprende el derecho de éstos al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla.

La protección del artículo 21 se vería reforzada por la del artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH, si los bienes en referencia tuvieran un significado religioso o espiritual; y por la de los artículos 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y 10 (derecho a la salud) del PSS, si fueran utilizados, además, en prácticas curativas o en la medicina tradicional.

Finalmente, si interpretamos el artículo 11 (protección de la honra y dignidad) de la CADH, que confiere el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia y el domicilio, en conjunción con artículo 21 del mismo instrumento, podríamos concluir que los pueblos indígenas pueden rechazar la presencia en sus territorios de terceros ajenos a su comunidades, más aún si están tergiversando o afectando su cultura, identidad, forma de vida o recursos. A esta interpretación se sumarían los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS, si la presencia de extraños estuviera poniendo en riesgo la salud y vida de los miembros de las comunidades.⁶⁹

Garantías judiciales

Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria.

Nuestra música es folclore y la de ustedes es arte.

*Nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho.*⁷⁰

El artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las

debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación formulada en su contra o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Hasta el momento, la Corte IDH ha interpretado este artículo, en lo que a pueblos indígenas se refiere, señalado que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.⁷¹ No obstante, para efectos del presente estudio, interpretaremos el artículo 8 de la CADH de tal forma que se proteja el DIC de los indígenas a través del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

El derecho es parte integrante de la cultura de los pueblos y elemento central de la identidad étnica, a tal punto que autores como Sierra⁷² llegan a afirmar que “un pueblo que ha perdido su derecho ha perdido parte importante de su identidad”.

El derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses.⁷³ Téngase en cuenta, además, que las prácticas culturales indígenas (como el sistema de parentesco, las concepciones religiosas y el vínculo con la tierra) están presentes a la hora de administrar justicia.

La distracción de los indígenas de su derecho consuetudinario y el sometimiento de sus casos a la justicia estatal podría acarrear la violación de varias garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Así, por ejemplo, este artículo consagra el derecho a ser oído por un tribunal competente. La competencia se refiere al ámbito especial, temporal, material y personal, definido previamente por la ley, dentro del cual el juzgador puede ejercer sus facultades. El derecho consuetudinario de varios pueblos indígenas define previamente cuáles son las autoridades encargadas de resolver los conflictos que se presenten, en cualquier materia, entre los miembros de cada comunidad. Desconocer lo anterior, sería someter a los indígenas a un tribunal distinto a su “juez natural”.

Finalmente, el procesamiento de un indígena que ya ha sido juzgado por su propia justicia constituiría una violación al derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. En efecto, en el Ecuador se dio un caso en el que tres indígenas miembros de la Comunidad La Cocha que asesinaron a otro miembro de la misma Comunidad, fueron juzgados por un cabildo indígena. Dicho cabildo encontró culpables a los tres acusados y les impuso las penas de ortigamiento,⁷⁴ destierro de la comunidad por dos años, pago de una indemnización de seis mil dólares estadounidenses y a caminar sobre piedras. Tiempo después el Ministerio Público tomó conocimiento del asesinato que habían cometido los indígenas y, desconociendo el hecho que ya habían sido juzgados por sus pares, interpuso una

acusación ante un juez penal. Sin embargo, el juez estatal consideró que el proceso penal instaurado ante él no tenía razón de ser, ya que se estaba violentando el principio non bis idem, y decretó la nulidad de todo el proceso penal.⁷⁵

Igualdad ante la ley

*Ya no sé si esto es discriminación, porque es lo que vivo desde que me acuerdo. Seguro que desde la panza de mi madre que me discriminan.*⁷⁶

El derecho a la igualdad, según los criterios de la Corte IDH,

*se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma los discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza.*⁷⁷

De igual forma, la Corte en su reciente Opinión Consultiva 18 consideró “que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.⁷⁸

Por su parte, la CIDH señaló que

*[d]entro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural, un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales.*⁷⁹

Estas “protecciones” o “medidas especiales” tienen como finalidad superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad de los grupos étnico-culturales de modo que se garantice su supervivencia física y cultural.⁸⁰ Por ello, “la legislación por sí sola no puede garantizar los derechos humanos”, puesto que aún cuando exista marco jurídico favorable, éste “no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañada de políticas y acciones estatales”.⁸¹

En lo que toca al DIC, el artículo 24 de la CADH obliga a los Estados a

ofrecer las mismas posibilidades de preservar la propia cultura a todos los grupos culturales existentes dentro de sus fronteras. Hemos visto que la elección de un lenguaje oficial, acarrea desventajas para quienes no hablan el lenguaje escogido; lo mismo se aplica a otros aspectos, como el derecho, la vestimenta, la religión, el modelo de desarrollo, etc. La cultura mayoritaria es la que se ve reflejada en los símbolos patrios, feriados nacionales, instituciones públicas y medios de comunicación. Las demás culturas están opacadas.

Hay que reconocer que se han dado avances en los últimos años y que ahora al menos se habla de relaciones interculturales, pero esas relaciones aún son asimétricas, y no basta que se reconozca la existencia de una cultura diferente, si no se reconoce su valor o se da un falso reconocimiento y no se permite su desarrollo en condiciones igualitarias.

Otros derechos

Brevemente quisiera plantear el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros también pudiera encontrar protección en los artículos 17 (derecho a la familia) y 18 (derecho al nombre) de la CADH.

La protección del artículo 17 (derecho a la familia) de la CADH radicaría en el derecho de estos grupos y sus miembros a conservar sus propias formas de organización familiar y de filiación; no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida cultural de su familia y comunidad; y a exigir a los Estados que ejecuten “programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños [sean indígenas o no] perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.⁸²

Por su parte, la protección del artículo 18 (derecho al nombre) de la Convención comprendería el derecho que tienen a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, en su propio idioma, y mantenerlos. La atribución o el cambio no consentido de los nombres tradicionales por otros pertenecientes a una cultura diferente “constituyen cuando menos actos de imposición y de agresión cultural”.⁸³

Una reflexión a modo de conclusión

Estoy consciente de que el catálogo de derechos humanos recogido en la CADH no es suficiente para acomodar todas las demandas de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, pero, siendo realista, creo que aún nos encontramos lejos de adoptar un tratado vinculante dentro del ámbito americano que desarrolle cabalmente sus derechos. El Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, así como su similar en el ámbito de las Naciones Unidas, aún están en discusión, y todo hace pensar que seguirán así por un buen tiempo. Es más, en la optimista visión que dichas Declaraciones se aprobarán prontamente, su

carácter será el de una enunciación (muy válida ciertamente, pero insuficiente) de derechos, sin que constituyan un tratado o convenio plenamente vinculante. En suma, el Convenio 169 de la OIT seguirá siendo el único instrumento vinculante sobre pueblos indígenas. Situación similar se presenta con los derechos de las minorías nacionales y sus miembros, reconocidos únicamente en Declaraciones (salvo el artículo 27 del PIDCP).

Con este panorama, debemos buscar caminos alternativos a nivel internacional para velar por la plena vigencia de los derechos de los grupos étnico-culturales. El camino que hemos analizado en este trabajo es, a mi criterio, el más cercano que tenemos en Nuestra América, y el que mejores resultados ha dado hasta la fecha (en lo que respecta a casos contenciosos), tanto en la discusión jurídica como en las reparaciones que se han ordenado. Ahora bien, nada nos garantiza que los órganos del Sistema puedan (y estén dispuestos a) seguir “estirando” la CADH y los demás tratados americanos para cubrir todas las dimensiones del DIC, así que tampoco podemos considerarlo como un proceso sólido y acabado. Nos queda entonces seguir construyendo los derechos diferenciados en función del grupo desde cada una de las legislaciones nacionales, utilizando en la medida de lo posible a los organismos internacionales de derechos humanos y exigiendo su positivización universal. El derecho a la identidad cultural no estará plenamente reconocido hasta que no concluyamos con este proceso.

NOTAS

1. C. Lévi-Strauss, “Raza e historia” en *Raza y cultura*, Ediciones Cátedra, Madrid, [1952], 2000, pág. 96.
2. Preámbulo de la Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural (2001).
3. Unesco, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (26 de noviembre de 1976), en Janusz Symonides, “Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n. 158, diciembre, 1998, disponible en <<http://www.unesco.org/issj/rics158/titlepage158spa.html>>, consultado el 12 de agosto de 2006.
4. Unesco, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Art. 4.1, 2005.
5. Unesco, Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural, 2001, Art. 1.
6. *Ibid.*, Art. 2.
7. *Ibid.*, Art. 2 - subrayado fuera del original.
8. *Draft Declaration on Cultural Rights*, 1998, Art. 1.

9. Villoro citado en A. Donoso Romo, "Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe", en *Revista Yachaykuna*, Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2004, n. 5, Quito, págs. 6-38, disponible en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/>>, consultado el 17 de agosto de 2006.
10. E.I. Daes, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, párr. 24.
11. Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954, Art. 1.
12. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, Art. 2.1.
13. Véase al respecto, Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) y Convención para la Salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).
14. W.Assies, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y Hoekema, André, *El reto de la diversidad*, Colegio de Michoacán, México, 1999, pág. 26.
15. Al respecto, deben tenerse en cuenta las advertencias de Lévi-Strauss (Strauss, "Raza y cultura" en *Raza y cultura*, Ediciones Cátedra, Madrid, [1983] 2000, págs. 105-142) en el sentido de que cada cultura debe poner cierta resistencia al intercambio con otras culturas, pues de lo contrario muy pronto dejaría de tener nada de sí misma que intercambiar.
16. L. Villapolo Herrera, "Indígenas modernos. La identidad cultural frente a la interculturalidad y la globalización", en *Encuentro Sudáfrica-Guatemala. Sociedades en transición, experiencias en salud mental, niñez, violencia y post conflicto*, ECAP, Guatemala, 1ra. Ed., 2001.
17. Al respecto, el Art. 4 de la Declaración universal de la Unesco sobre la diversidad cultural dispone que "[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 los de los pueblos autóctonos". En el mismo sentido, la CIDH consideró que "para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural propia". (Informe sobre la población nicaragüense de origen miskito, párr. 14). Finalmente, el artículo 2.1 de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Unesco, 2005) dispone: "Sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales".
18. En un caso sobre la exención de los indígenas al servicio militar, el Tribunal colombiano sentenció que para efectos del servicio militar "no se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica". La Corte destacó que la finalidad de la exención era "proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas" (Sentencia C-058/95).

19. Véase por ejemplo la dimensión social del derecho a la libertad de expresión en Corte IDH Caso *Canese Vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111, párr. 77; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C n. 107, párr. 108, y Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, Serie C n. 84, párr. 146; y la dimensión colectiva de la libertad de asociación en Corte IDH Caso *Huilca Tecse vs. Perú*, Sentencia de 03 de marzo de 2005, Serie C n. 121, párr. 69.
20. CADH.- "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", Art. 1.2.
21. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Voto Juez García Ramírez, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n. 127, párr. 6.
22. Esto ha forzado a la Corte IDH a "dejar la puerta abierta" para que otros miembros de la comunidad puedan ser individualizados en el futuro.
23. Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural, Art. 1.
24. Corte IDH, Caso de 19 *Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de 12 de junio de 2002, Serie C n. 93, párr. 140.
25. W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996.
26. El autor citado reconoce que existen casos como el de los refugiados, que han salido involuntariamente de sus países de origen. Al respecto, señala que "[I]o mejor que los refugiados pueden esperar, siendo realistas, es ser tratados como inmigrantes [...] Esto significa que, a largo plazo, los refugiados son víctimas de una injusticia, puesto que no renunciaron voluntariamente a sus derechos nacionales. Pero esta injusticia fue cometida por el gobierno de su país, y no está claro que podamos pedir, de una manera realista, que sean los gobiernos huéspedes quienes la reparen" (W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, p.140).
27. W.Kymlicka, op. cit., p. 26.
28. Aunque puede utilizarla para interpretar los derechos consagrados en la CADH (tratado sobre el cual tiene plena competencia).
29. Véase el artículo 19.6 del PSS. No obstante, existen ciertas estrategias de litigio, como las que aborda Melish (T. Melish, *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de Casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.), que por razones de espacio no serán tratadas.
30. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.
31. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.
32. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52.
33. En especial, la Corte IDH ha utilizado Convenio n. 169 de la OIT (Casos *Yatama vs. Nicaragua*, *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Moiwana vs. Suriname*), la Convención sobre los derechos del niño (Casos *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* y *Gómez Paquiyauri vs. Perú*), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Casos *Tibi vs. Ecuador* e *Instituto de*

Reeducación del Menor vs. Paraguay), entre otros instrumentos internacionales que no forman parte del SIDH.

34. C. Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.
35. Galdino Hernández Castellanos, médico mixteco tradicional Disponible en< http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=743>, consultado el 21 de septiembre de 2005.
36. Sentencia de la Corte IDH, Caso de la Comunidad *Moiwana vs. Suriname*, Sentencia de 8 de febrero de 2006, Serie C n. 145, párr. 95.
37. *Ibid.*, párr. 99.
38. *Ibid.*, párr. 96.
39. CIDH, Informe sobre Brasil, 1997.
40. Atahualpa dirigiéndose al Cura Valverde a través del intérprete Felipillo, Gracilaso de la Vega citado en Ruiz, 2004.
41. Sentencia T-1022/01.
42. *Ibid.*
43. Por ejemplo, la Virgen viste como una mujer de la Comunidad, tiene casa, ganado y bienes que son administrados por un síndico, sale en las espaldas de sus fieles a trabajar y “ella mismita va a conseguir la plata para su fiesta” (CCC, Sentencia T-1022/01).
44. Jonson citado en W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, pág. 31.
45. J. Martínez Cobo, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, New York, 1987, párr. 125.
46. Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141, párr. 169.
47. *Ibid.*, párr 171.
48. N. Pacari, “Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida”, en *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Judith Salgado comp., Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.
49. Esteban López, líder comunitario, Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, párr.152.
50. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 50° período de sesiones, México, A/52/18,1997, párr. 319.
51. Asamblea General, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 52°

período de sesiones, Nueva York, Panamá, A/52/18, 1997, párr. 342.

52. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 46° período de sesiones, Guatemala, A/50/18, 1995, párr. 305.

53. Asamblea General, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 51° período de sesiones, Nueva York, Colombia, A/51/18, 1996, párr. 51.

54. Minority Rights. *Indigenous Peoples and Poverty: The Cases of Bolivia, Guatemala, Honduras and Nicaragua* <http://www.minorityrights.org/Dev/mrg_dev_title12_LatinAmerica/mrg_dev_title12_LatinAmerica_pf.htm>, consultado el 22 de septiembre de 2005.

55. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127.

56. *Ibid.* Algo similar sucedió en un caso sometido ante la CCC, en el que se alegaba que la exclusión por motivos de edad de una candidata indígena era incompatible con la identidad cultural del pueblo indígena al que pertenecía, puesto que dentro de la cosmovisión del pueblo su edad era suficiente para ejercer sus derechos, incluido el de representación política (Sentencia T-778/05).

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*

59. *White vs. Register* (412 U.S. 755), citado en CIDH, Informe anual, 1973.

60. CERD/C/65/CO/1, 10/12/2004, párr. 17.

61. Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

62. Botswana A/57/18, 01/11/2002, párr. 292-314.

63. Recomendación General XXIII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, A/52/18, 1997.

64. C-169-01.

65. Citado en F. Zohra Ksentini, "Los derechos humanos y el medio ambiente", Informe de la Relatora Especial, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 1994.

66. E. I. Daes, *Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, párr. 1.

67. *Ibid.*, párr.4.

68. E. I. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2000/25, 2000.

69. Por ejemplo, en 1976 se dio a conocer en Brasil que el 15% de la población Yanomami (15 mil

indígenas) falleció a causa de enfermedades introducidas por los mineros, para las cuales no tenían defensas naturales (CIDH, Informe sobre Brasil, 1997).

70. Citado en O. Correas, "La Teoría General del derecho frente al derecho indígena" en *Crítica Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 14, 1994.

71. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, párr. 63.

72. M.T. Sierra, "Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano", en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volumen LVIII, n. 1-2, México, 1998, pág. 25.

73. R. Yrigoyen Fajardo, Raquel "El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala", en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, n. 1-2: 81-114, México, 1998.

74. La ortiga es una planta que causa picazón y ardor al contacto con la piel; es frecuentemente usada en las sanciones indígenas ecuatorianas.

75. Juzgado Tercero de lo Penal de Cotopaxi, 10 de septiembre de 2002.

76. Testimonio de un indígena Wichi. Disponible en Aranda D., "el apartheid del Impenetrable", <<http://argentina.indymedia.org>>, consultado el 21 de junio de 2004.

77. Opinión Consultiva, OC-4/84, párr. 55.

78. OC-18/03, párr. 101.

79. Informe sobre Ecuador, 1997, pág. 122.

80. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) reconoce este particular cuando señala en su artículo 2(2): "Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [...]" . A la misma conclusión llegan el Art. VI.1 del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y los artículos 6.3 y 9.2 de la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1982).

81. CIDH, Informe sobre Paraguay 2001, párr. 28. Véase también, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General n. 3: "la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el [PIDESC], no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes" (párr. 4).

82. PSS, artículo 15.

83. J. Martínez Cobo, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, New York, 1987, párr. 470.