



Universidad
Carlos III de Madrid

TESIS DOCTORAL

LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA. TRATAMIENTO INTERNACIONAL Y TEÓRICO DESDE R. DWORKIN Y R. ALEXY

Autor:

Adolfo Espinosa de los Monteros Rodríguez

Director/es:

Doctor D. Fernando Mariño Menéndez

Co-Director:

Doctor D. Oscar Pérez de la Fuente

DEPARTAMENTO/INSTITUTO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Leganés/Getafe, Madrid, a 29 de abril de 2013

TESIS DOCTORAL

LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA. TRATAMIENTO INTERNACIONAL Y TEÓRICO DESDE R. DWORKIN Y R. ALEXYY.

Autor: Adolfo Espinosa de los Monteros Rodríguez

Director/es: Doctor. D. Fernando Mariño Menéndez
Doctor. D. Oscar Pérez de la Fuente

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Leganés/Getafe, de de

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO. LA DIMENSIÓN DE LO COLECTIVO EN EL MUNDO INDÍGENA

1. POLÍTICAS DE RECONOCIMIENTO O POLÍTICAS DE REDISTRIBUCIÓN	36
2. RECONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA	49

CAPÍTULO SEGUNDO. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LO COLECTIVO

1. DERECHOS COLECTIVOS. TESIS A FAVOR Y EN CONTRA.	67
2. DESARROLLOS JURÍDICOS DE MODELOS COLECTIVOS.....	83
2. 1. Teoría del derecho positivista	83
2.1.1. Dualismo del derecho	83
2.1.2. De las personas físicas y personas jurídicas	85
2.1.3. De las personas como colectivos y sus derechos.....	87
2.2. Modelos de derechos colectivos.....	90
2.2.1. Derechos Colectivos entendidos como voluntades jurídicamente protegidas.....	90
2.2.2. Derechos colectivos como intereses jurídicamente protegidos	91
2.2.2.1. Relaciones normativas: reducción o ponderación	99
2.2.3. Derechos colectivos como derechos políticos	103
2.2.4. Derechos diferenciados en función de grupo	108
2.2.4.1. Derechos individuales y derechos colectivos. Cambio de perspectiva.	114

CAPÍTULO TERCERO. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. EL CONVENIO 107 DE LA OIT	125
------------------------------------	-----

1.1. Aspectos Generales	125
1.2. La identidad indígena e identidad tribal	128
1.3. Los deberes del Estado para con los pueblos indígenas	132
1.4. En relación a las tierras indígenas	135
1.5. Otros derechos reconocidos	138
1.5.1. El trabajo indígena	138
1.5.2. Formación profesional, artesanía e industria	138
1.5.3. Seguridad social y sanidad	139
1.5.4. Educación y medios de información	140
1.6. Conclusión del conjunto del Convenio 107 de la OIT.....	141
2. EL CONVENIO 169 DE LA OIT	144
2.1. Introducción	144
2.2. La identidad indígena	146
2.3. Deberes del Estado desde la inclusión y el respeto cultural de los pueblos indígenas .	149
2.4. Deberes de consulta y de participación	151
2.5. Autonomía.....	153
2.6. El derecho consuetudinario indígena.....	155
2.7. El territorio indígena	157
2.7.1. Los recursos naturales en territorio indígena	159
2.7.2. Del traslado de sus territorios.....	160
2.8. Otros derechos reconocidos	163
2.8.1. El trabajo indígena	163
2.8.2. Promoción a la formación profesional, artesanía e industrias rurales	164
2.8.3. Salud y seguridad social	164
2.8.4. Educación bilingüe y medios de comunicación interculturales	165
2.9. Cooperación internacional	166
2.10. Conclusiones sobre el Convenio 169 de la OIT	167

3. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	169
3.1. Identidad, reconocimiento e igual dignidad	171
3.2. El derecho a la libre determinación y la autonomía indígena.....	177
3.3. Cooperación, participación y derecho de consulta indígena	181
3.3.1. Derecho de Consulta	182
3.3.2. De la cooperación y la participación entre los Estados y los pueblos.....	186
3.4. Territorio, tierra y recursos naturales	187
3.5. Cultura indígena	194
3.6. Las minorías dentro de los pueblos indígenas	201
3.7. El derecho de los pueblos indígenas en el contexto del derecho internacional.....	204
3.8. Conclusiones acerca de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas	215

CAPÍTULO CUARTO. LA VISIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, FRENTE A LA DEMANDA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE SUS TERRITORIOS, TIERRAS Y RECURSOS NATURALES

1. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	221
1.1. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.....	222
1.2. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	224
1.3. El marco jurídico aplicable a los Pueblos Indígenas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	227
2. LOS CASOS DE LA CORTE SOBRE LAS DEMANDAS DE TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	228
2.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua	230
2.1.1. Los criterios de la Corte.....	231
2.1.1.1. En relación a la protección judicial.....	232
2.1.1.2. En relación a la propiedad.....	235

2.1.2 Aspectos relevantes de la resolución. en particular, en relación a la propiedad	240
2.2. Caso Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala	244
2.2.1. Criterios señalados por la Corte	247
2.2.2. Aspecto relevante de la sentencia: El derecho colectivo a la cultura	251
2.3. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam	255
2.3.1. Los criterios de la Corte.....	256
2.3.2. Aspecto relevante de la sentencia: El derecho a la tierra para los pueblos no indígenas tribales	259
2.4. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay	260
2.4.1. Los criterios de la Corte.....	261
2.4.1.1. En relación a la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial	261
2.4.1.2. En relación a la violación del derecho a la propiedad del pueblo Yakye Axa ..	262
2.4.1.3. En relación a la violación del derecho a la vida.....	265
2.4.2. Aspectos relevantes de la sentencia: Los conflictos de propiedad comunal indígena y propiedad privada, y el derecho a la vida	268
2.5. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay	269
2.5.1. Los Criterios de la Corte	270
2.5.1.1. En relación con la violación a los derechos de protección judicial y garantías en la administración de justicia.....	270
2.5.1.2. Respeto al derecho de propiedad	271
2.5.1.3. En relación con la violación al derecho a la vida.....	275
2.5.1.4. En relación con la violación al reconocimiento de la personalidad jurídica	276
2.5.2. Algunos aspectos relevantes de la sentencia de la Corte: La limitación temporal de la reivindicación de la tierra indígena	277
2.6. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam.....	278
2.6.1. Cuestiones previas	279
2.6.2. Criterios sentados por la Corte	281
2.6.2.1. Protección de los derechos de los no indígenas tribales	281

2.6.2.2. Respeto del derecho de propiedad de los pueblos tribales	282
2.6.2.3. Derecho al uso de recursos naturales y sus restricciones.....	286
2.6.2.4. La personalidad jurídica de la Comunidad Tribal	291
2.6.2.5. Derecho al recurso judicial efectivo	293
2.6.3. Algunos aspectos relevantes de la Sentencia	295
2.6.3.1. La interpretación del conjunto de los Tratados	295
2.6.3.2. La vinculación del territorio y sus recursos naturales	296
2.6.3.3. La doble vertiente sobre los recursos naturales como un derecho no absoluto	296
2.7. Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay	297
2.7.1. Cuestiones previas	298
2.7.2. Los criterios de la Corte en relación con las violaciones de derechos de la Convención Americana	299
2.7.2.1. Respeto al derecho a la propiedad comunitaria	301
2.7.2.2. Respeto a la posesión de las tierras reclamadas	304
2.7.2.3. Respeto de las acciones del Paraguay para recuperar la posesión y los derechos de protección y garantías judiciales	306
2.7.2.4. Respeto a la declaración de parte del territorio reclamado como área silvestre protegida	309
2.7.2.5. Respeto a la afectación cultural a la Comunidad por la falta de reconocimiento de su derecho al territorio	310
2.7.2.6. En relación con la violación a su derecho a la vida	311
2.7.2.7. En relación con la violación del derecho a la integridad personal.....	316
2.7.2.8. En relación con la violación de los derechos de los niños y las niñas	316
2.7.2.9. En relación con la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica	317
2.7.2.10. En relación con el deber de respetar derechos y garantizar los derechos sin discriminación establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana	318
2.7.3. Aspectos relevantes de la Resolución: el autoreconocimiento; la vinculación con el territorio; el derecho a la vida digna; y los derechos de los menores	321
2.8. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador	325

2.8.1. Los criterios de la Corte.....	328
2.8.1.1. Del derecho de consulta en relación con los derechos de propiedad comunal indígena e identidad cultural del Pueblo Sarayaku.....	328
2.8.1.2. Derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal.....	334
2.8.1.3. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial	335
2.8.2. Formas de reparación	336
2.8.2.1. Medidas de restitución	336
2.8.2.2. Garantías de no repetición.....	337
2.8.2.3. Medidas de satisfacción.....	338
2.8.3. Aspectos relevantes de la Resolución: la consolidación de la vinculación identidad-cultura-territorio; el derecho de consulta; la comunidad como ente colectivo	339
3. CONCLUSIONES ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE	341

CAPÍTULO QUINTO. PROPUESTAS DE TEORIAS ALTERNATIVAS PARA PUEBLOS INDIGENAS

1. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD: TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN.....	353
1.1. Construcción previa.....	353
1.1.1. Crítica al positivismo	354
1.1.2. Los principios y las directrices políticas.....	357
1.1.3. Los casos difíciles.....	360
1.2. Desarrollo de la Teoría del Derecho como Integridad	377
1.2.1. Cuestiones generales	377
1.2.2. Aspectos específicos de la Teoría del Derecho como Integridad.....	385
1.2.2.1. El concepto interpretativo del Derecho.....	385
1.2.2.2. La dimensión moral.....	399
1.2.2.3. La dimensión de los principios	412
2. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN: TEORÍA DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY	417
2.1. Cuestiones previas	417

2.1.1. Crítica a la subsunción lógica	417
2.1.2. Valoración y su contenido moral	420
2.2. Camino a la construcción de una argumentación jurídica	422
2.2.1. Ética analítica	426
2.3. Teoría del discurso práctico racional general	428
2.3.1. Las reglas del discurso	430
2.3.1.1. Reglas fundamentales	431
2.3.1.2. Reglas de razón	432
2.3.1.3. Reglas sobre la carga de la argumentación	433
2.3.1.4. Las formas de argumento	434
2.3.1.5. Reglas de fundamentación	437
2.3.1.6. Las reglas de transición	438
2.4. Discurso jurídico como caso especial del discurso práctico.....	440
2.4.1. Reglas y formas de la Teoría de la Argumentación Jurídica	442
2.4.1.1. Justificación interna	442
2.4.1.2. La justificación externa.....	450
2.4.2. Recapitulación acerca del discurso jurídico y del discurso práctico	473
2.5. Principios y reglas	478
2.6. La ponderación	481
2.6.1. De la estructura de la ponderación	483
2.6.1.1. La escala triádica	485

CAPÍTULO SEXTO. EXAMEN DE CASOS CONFORME A LAS TEORIAS DEL DERECHO

PROPUESTAS

1. EL CASO MAYAGNA AWAS TIGNI	500
1.1. El camino positivista	504
1.2. El camino interpretativo del Derecho como Integridad.....	506

1.2.1. Los argumentos de la Corte y su correlación con la teoría del Derecho como integridad	506
1.2.2. La no discriminación como principio.....	512
1.2.3. Justicia formal o justicia sustantiva.....	516
1.2.4. Conclusión	518
1.3. Análisis del caso Awas Tigni desde la Teoría del Derecho como Argumentación.....	520
1.3.1. Características de los argumentos sobre la propiedad	522
1.3.2. Estructura de los razonamientos de la Corte	531
1.3.3. Conclusión del caso	536
2. EL CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA.....	543
2.1. Análisis del caso desde el derecho como integridad	543
2.1.1. El argumento de la Corte: por lo interpretativo y la justicia sustantiva	545
2.1.2. Concepción interpretativa del derecho de propiedad comunal	548
2.2. Análisis del Caso Yakye Axa desde la Teoría del Derecho como Argumentación	558
CONCLUSIONES.....	570
BIBLIOGRAFIA	586

INTRODUCCIÓN

La presente tesis es un trabajo de investigación en el que se analizan los conflictos planteados por los pueblos indígenas contra el Estado, en defensa de derechos determinados y en particular sobre la propiedad su territorio ante la Corte Interamericana de los Derechos humanos, con el objeto de conocer la naturaleza de las reclamaciones, los argumentos expuestos, la fundamentación, la motivación referida en sus sentencias por la Corte en su jurisdicción internacional en el contexto latinoamericano. La totalidad de las reivindicaciones sobre territorio indígena tienen un componente colectivo, que es conflictivo y difícil de armonizar en los sistemas jurídicos occidentales, sobre todo cuando son planteados desde la perspectiva individualista o de la reivindicación histórica de que los pueblos indígenas eran los pobladores originarios de los territorios en cuestión. También es complejo el análisis desde la teoría del derecho, porque no existe uniformidad en cuanto a los criterios o el concepto de los derechos colectivos. Por lo tanto, tampoco lo existe respecto al trato que deben tener las exigencias indígenas.

La visión de la Corte en materia de protección de los derechos humanos de los indígenas a nivel internacional y la teoría del Derecho se encuentran estrechamente vinculadas desde mi perspectiva epistémica. En varias de las decisiones de la Corte se pone en tensión el contenido del derecho y la forma correcta de su interpretación. La resolución de los conflictos depende no sólo de lo que contiene y, por así decirlo, define expresamente la norma, sino del valor de los conceptos que la norma protege, es decir, de los principios que

subyacen tras las normas. Ello implica indagar tanto en el concepto de Derecho, como en las normas de derecho internacional. Por ello, esta tesis combina investigaciones de Teoría del Derecho y de normas internacionales que tratan sobre los derechos de los pueblos indígenas y derechos humanos aplicados para los casos planteados por la reivindicación de los territorios indígenas.

Profundizar en la naturaleza de las reivindicaciones indígenas sobre tierras, territorios y recursos, permite advertir que tales reclamos no son nuevos. De hecho, muchos conflictos se han mantenido durante varios siglos y no han tenido una solución en los distintos estadios históricos de los Estados latinoamericanos. Ello conlleva advertir que las razones no son meramente jurídicas o de técnica jurídica, sino que existe una predisposición negativa a implicarse en los reclamos de justicia indígena de forma injustificada. Buscar las razones y entender la sordera estatal supone hacer un ejercicio de reconstrucción de la memoria sobre el trato dispensado a los pueblos indígenas a lo largo de la historia en América Latina. La razón de la emergencia indígena en las sociedades internacionales y en el plano internacional, es la falta de solución a sus reivindicaciones de justicia, que aún en estos tiempos es malentendida y minusvalorada. Para los pueblos indígenas no ha habido una diferencia sustantiva en la solución de sus demandas ancestrales ni por la sociedad colonial, ni en las sociedades mestizas, ni por las monarquías, las repúblicas, ni otras formas de gobierno en los distintos países.

Durante mucho tiempo los indígenas no fueron sujetos de derecho, sino objeto de derecho, es decir, los Estados asumieron una política paternalista y de permanente tutela; aún persiste la visión de que los pueblos indígenas

deben ser *ayudados y protegidos... para civilizarlos*. Se identifica entonces a los indígenas como un lastre para el desarrollo. Los Estados latinoamericanos han mantenido usualmente políticas asimilacionistas, orientadas a generar una cohesión entre su población a través de una identidad nacional única. Ello ha afectado enormemente a los indígenas, no sólo porque acendró su marginación, sino que, a la vez, se les negaba la suficiente entidad jurídica para hacerse cargo de sus propios derechos, y la consecuente negación de sus sistemas jurídicos consuetudinarios predominantemente orales.

Las preguntas sobre el sentido de la justicia sustantiva para los pueblos indígenas, las mejores formas analizar tales conflictos y reivindicaciones, así como el conocimiento de la práctica jurídica internacional; en especial -la más relevante expuesta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana-, son la apuesta y contenido de la presente investigación. ¿Existe un camino jurídico para dar una respuesta correcta a sus reivindicaciones de derechos colectivos?, ¿En una sociedad democrática y plural es aceptable que los pueblos indígenas no obtengan una justicia sustantiva?, ¿Son compatibles los derechos humanos con los derecho colectivos? ¿La experiencia argumentativa de la Corte, es trasladable a los sistemas jurídicos de derecho interno de los países?

Lo señalado hasta ahora implica el tratar aspectos de historia, filosofía jurídica, teoría del Derecho, derecho internacional y la comprensión de la práctica jurídica internacional a la luz de teorías alternativas al derecho positivo por la vía de los principios de derechos humanos.

La metodología del presente trabajo de tesis consiste en analizar los instrumentos jurídicos internacionales, en derechos humanos y en derecho indígena, con el fin de conocer el contenido, la estructura y los alcances de las normas aplicables en la protección de los derechos de los pueblos indígenas; especialmente las relacionadas con su territorio; toda vez que la tierra es el centro neurálgico de la vida indígena y la garantía de su continuidad cultural. También abordo, el estudio y análisis de las teorías que sustentan la dimensión colectiva del derecho y las formas de derechos colectivos, identificando los aspectos a favor y en contra de los mismos, en relación con las visiones individualistas. Lo anterior con el fin de entender las dificultades y retos que tienen las demandas indígenas cuando se presentan en forma de exigencia colectiva o derechos colectivos.

Por otra parte, realizó un análisis específico de teorías del Derecho alternativas al positivismo jurídico. Son la Teoría del Derecho como Integridad y la Teoría del Derecho como Argumentación, por las siguientes razones:

La primera, de Ronald Dworkin, cuestiona varias asunciones de derecho positivo –el contenido de las normas, el contenido de los principios, la valoración moral en el derecho, el contenido interpretativo de las normas, la visión de la integridad del sistema y su exigencia de congruencia con la jurisprudencia, la visión dinámica del derecho como una actividad creativa, entre otras-, es empática con la siguiente hipótesis: ¿el derecho tiene respuesta para los indígenas? El derecho como integridad puede proporcionar las soluciones que los pueblos indígenas requieren, por sus formas novedosas y creativas de justicia sustantiva. Desde la ladera del positivismo es complicado, dado que muchas de sus demandas no se encuentran

contempladas en las normas, de forma que los casos indígenas son usualmente casos difíciles.

La segunda, de Robert Alexy, también crítica el positivismo jurídico, mantiene cierta identidad con la teoría del derecho como integridad; en aspectos tales como la concepción del derecho como una actividad dinámica, además de los principios y su vinculación moral. El derecho como argumentación proporciona herramientas poderosas de análisis, profundidad y racionalidad a las demandas de justicia indígena. Es posible conocer y comprender la estructura y fundamentación externa e interna de las resoluciones con especial detalle. El peso de la argumentación de los enunciados normativos aumenta en calidad, variedad y forma. La aplicación de la lógica formal, está en condiciones de aportar mayor peso y racionalidad a los derechos indígenas. Por último, la fórmula de la ponderación permite hacer un examen racional de la colisión de los principios.

Ambas teorías son útiles para examinar y explicar los casos presentados por los pueblos indígenas. Por lo que realizó un análisis detallado de todos los casos planteados ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos relacionados con conflictos de la propiedad de la tierra indígena. Los derechos humanos en su carácter de normas internacionales que pueden ser tratadas como principios, muestran el camino de análisis, valoración y justipreciación de las demandas indígenas. Es un camino por el cual es factible transitar a la justicia sustantiva de los pueblos indígenas.

Por todo ello, la tesis se ha estructurado de la siguiente manera:

El primer capítulo, titulado “La dimensión de lo colectivo en el mundo indígena”, contiene una aproximación a los problemas contemporáneos de los pueblos indígenas en las sociedades mestizas. En él se abordan aspectos sobre la diferente significación cultural que tienen con respecto a sus bienes y derechos; así como la importancia de la tolerancia positiva, como una actitud necesaria para abordar sus puntos de vista y la resolución de sus demandas. Dentro de este capítulo se desarrollan los conceptos de justicia redistributiva y políticas de reconocimiento; además de hacer un breve recorrido de la memoria histórica, que evidencia algunas de las múltiples causas de continuada injusticia de trato a los pueblos indígenas.

En el segundo capítulo, titulado “El tratamiento jurídico de lo colectivo”, se exponen las tesis a favor y en contra de los derechos colectivos; así como algunas propuestas de desarrollos jurídicos de lo colectivo. Ello implica tratar las teorías positivistas y modelos de derechos colectivos. Esto es importante para entender las formas en que estos derechos se han incorporado en el derecho positivo. De forma que evidencia la trascendencia que tales tesis tienen para los pueblos indígenas.

En el tercer capítulo, titulado “Marco jurídico internacional de los pueblos indígenas”, se analiza el contenido y la evolución de los derechos indígenas; en particular, el convenio 107 y 109 de la OIT y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En ellos se aprecia la orientación, la estructura y los contenidos más relevantes de tales instrumentos internacionales. La línea temporal de los tratados muestra como se han dado pasos importantes para el reconocimiento de los derechos

indígenas y el cambio de paradigma con respecto al tratamiento de sus demandas.

En el cuarto capítulo, titulado “La visión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, frente a la demanda de los pueblos indígenas de sus territorios, tierras y recursos naturales”, se analizan los casos más relevantes sobre conflictos sobre los territorios indígenas. Destaca en particular el tratamiento de la Corte respecto al derecho de propiedad indígena, interpretado conforme a la valoración que ésta tiene para las comunidades indígenas. Además de otras dimensiones que la Corte pone en relieve cuando dicho derecho es afectado. Se establece una conexión de trascendencia entre los derechos humanos generales y los derechos de los indígenas.

En el quinto capítulo, titulado “Propuestas de teorías alternativas para los pueblos indígenas”, se exponen la Teoría del Derecho del Derecho como Integridad de Ronald Dworkin y la Teoría del Derecho como Argumentación de Robert Alexy. Se explica el contenido y vinculación de dichas teorías desde la óptica de la integridad del sistema jurídico y la pertinencia de la utilización de las normas del discurso práctico general y las del caso especial como instrumento que aporta mejores formas de argumento racional y lógico. Ambas teorías aportan elementos significativos para la mejor comprensión de las demandas indígenas, tales como: la relevancia de los principios, la dimensión moral en el derecho, la visión integral del sistema jurídico, la mejor respuesta que el derecho pueda ofrecer, y las formas de argumentos lógicos y formales en los que se puede fundamentar un criterio de corrección.

En el sexto capítulo, titulado “Examen de casos conforme a las teorías del Derecho propuestas”, se analiza el caso *Awas Tigni contra Nicaragua* y el caso *Yakye Axa contra Paraguay*. El primer caso fue seleccionado por su trascendencia para el resto de la jurisprudencia de la Corte con respecto al tratamiento de los conflictos sobre territorio indígena. El segundo fue seleccionado porque permite hacer un ejercicio de ponderación. En ellos, expongo los principales postulados de las teorías analizadas en el capítulo anterior al tratamiento efectuado por la Corte con base en los derechos humanos. Ambos casos coinciden en la aplicación del contenido de los principios para establecer nuevas dimensiones al derecho de propiedad y el examen de la Ley de peso establecida por Alexy.

Por lo anterior expuesto, ahora daremos paso al desarrollo de la presente investigación.

**CAPÍTULO PRIMERO. LA DIMENSIÓN DE LO
COLECTIVO EN EL MUNDO INDÍGENA**

Con carácter previo al análisis de la discusión jurídica en torno a los derechos colectivos, es preciso exponer y aclarar algunas cuestiones en torno a los pueblos indígenas y a su visión de lo colectivo. Se trata, con ello, de conocer con carácter previo la realidad social a la cual se pretende aplicar la categoría jurídica de los derechos colectivos, y entender el por qué de muchas de las cuestiones que se vienen planteando en relación con estos derechos y los pueblos indígenas.

Los principales problemas políticos, jurídicos, económicos y culturales que padecen los pueblos indígenas al interior de los Estados¹, son los siguientes:

Falta de representatividad. Es frecuente que en zonas de fuerte presencia indígena en donde la población mestiza es minoritaria, los candidatos propuestos a cargos públicos por los partidos no sean indígenas, ni estén vinculados o familiarizados con los problemas que ellos padecen; lo que a su vez se traduce en su marginalidad en la sociedad democrática y la no representatividad de sus problemas en lo público, ni en la adopción de normas jurídicas positivas compatibles con sus intereses específicos.

¹ Es menester afirmar que existen importantes avances constitucionales en los últimos años en los Estados Latinoamericanos en relación a los derechos de los pueblos indígenas; especialmente el caso más destacable es el de Bolivia, que ha logrado toda una revolución en cuanto al alcance, contenido y desarrollo de la vida de los pueblos, apartándose de la anterior estructura del Estado. Sin embargo, ello no impide la inercia cultural, que en los hechos se impida obtener una justicia substantiva para las demandas indígenas. La presente investigación, ésta centrada en los instrumentos internacionales en el contexto latinoamericano y su aplicación en la resolución de conflictos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Quedando aún en deuda una más amplia investigación y análisis de los derechos colectivos indígenas contenidos en las Constituciones Americanas.

La imposibilidad de comunicarse en su lengua materna. Los indígenas cuando tienen que acudir a los diferentes niveles de gobierno a hacer gestiones o comparecer ante los órganos de la justicia, deben hacerlo generalmente en lengua castellana, que es la lengua vehicular. Son pocos los lugares en los que se reconoce el uso de la lengua madre indígena como oficial; y aún en tales casos, los funcionarios desconocen el uso de su lengua. Lo anterior afecta al pleno ejercicio de sus derechos y la defensa efectiva de los mismos. Por lo que se ven marginados a una pobre prestación de los servicios públicos.

El no reconocimiento de su derecho consuetudinario. Los pueblos indígenas se han mantenido fieles a los principios culturales de sus ancestros. Ello ha sido posible por la transmisión oral en ceremonias colectivas religioso-espirituales de su historia, de sus prácticas y de sus valores. A la suma de todo ello generalmente lo identifican como "*la costumbre*", -para los no indígenas el término más aproximado utilizado es su derecho consuetudinario-. *La costumbre* contiene tanto prácticas religiosas, ciclos agrícolas, la forma de utilización de la tierra y el territorio, los permisos de caza, pesca y recolección, el papel colegiado de los ancianos como orientadores y guías morales, las responsabilidades de sus cargos de representación, la duración de éstos, la forma de resolver las diferentes disputas, la imposición de las penas, etc. *La costumbre* contiene los principios y fundamento de lo que consideran como vida buena. Es la garantía de su permanencia y es en suma *todo* lo esencial que un niño indígena *debe* aprender y transmitir a sus hijos. La falta de reconocimiento del valor de la costumbre indígena en las sociedades mestizas, es una fuente permanente de conflictos y de injusticias de toda índole.

El no reconocimiento de sus autoridades tradicionales. Los indígenas tienen mecanismos propios de elección de sus representantes basados en la costumbre, dichos mecanismos pueden ser muy variados en función de la comunidad indígena. Algunos son ampliamente consensuados por todos los miembros de la comunidad, otros son propuestos por el consejo de ancianos, y otros son el resultado de un deber o un conjunto de deberes que deben ser asumidos por el designado, mismo que cambia de forma rotatoria. Implica la asunción de la responsabilidad del guía temporal y el reconocimiento de la valía social que un miembro de la comunidad ha alcanzado. La duración de estos cargos generalmente es corta comparativamente con la de las sociedades mestizas; salvo en el caso de cargos como el consejo de ancianos, que después de una determinada edad se vuelven permanentes y vitalicios. La falta de reconocimiento de la costumbre indígena en el derecho positivo causa tensión y conflictos con las autoridades estatales electas en los cargos públicos, en los que se suscitan problemas desde invasión de competencias, hasta acusaciones de usurpación de funciones. Es un claro problema creación de derecho positivo sin considerar la realidad material de los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Se llega al punto incluso de negar no sólo la representación de la comunidad, sino la propia existencia de la comunidad como ente jurídico y distinto a la suma de los miembros. Esto es personalidad jurídica.

Inseguridad jurídica de la tenencia de la tierra. Problemas con la tierra, territorio y recursos. Los indígenas mantienen una forma de relación con la tierra y territorio de acuerdo a sus costumbres. La manera de poseer la tierra, la duración y utilización es colectiva. Por lo que es propiedad de la comunidad –

del pueblo- y el usufructo de los individuos es temporal. Dicha forma de uso del territorio puede guardar algunas similitudes con la que establece el derecho positivo; sin embargo, uno de los problemas más acuciantes es que el positivismo no reconoce estas formas legítimas de transmisión de la propiedad. Por lo que si no se efectúa de acuerdo a dicho marco jurídico, no se reconoce el carácter de propietario a los indígenas o concretamente a la comunidad indígena. Lo que causa un permanente problema de seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.

Afectación de su calidad de vida. Los pueblos indígenas al estar marginados y no reconocidos en el pleno ejercicio de sus derechos sufren afectaciones de diferente tipo y calado. Muchas tienen que ver con la privación de los elementos básicos para desarrollar una vida digna. La falta de atención médica a los grupos más vulnerables causan un deterioro físico evidente, e incluso la muerte por enfermedades perfectamente prevenibles y tratables; o la alta mortandad femenina en los partos por falta de atención médica especializada. La baja escolarización o el analfabetismo. La desnutrición que limita el desarrollo de los más vulnerables. La pobreza extrema que condena a una vida de miseria y subdesarrollo, entre otras.

Las grandes diferencias con la economía de mercado occidental. La economía indígena es autosustentable y no está centrada en la generación o acumulación de la riqueza. Los pueblos indígenas consideran que los recursos de su territorio no son suyos sino que están prestados por sus hijos. De manera que no cazan o pescan todo el año; no siembran todo el territorio y no explotan masivamente de forma extensiva la ganadería, ni la silvicultura. Estas actividades están estrechamente vinculadas con los ciclos de la tierra y, en

algunos casos, con el uso de antiguos calendarios solares y lunares que marcan el tiempo propicio. La tierra para ellos es un ente vivo en el cual viven y al que han de respetar de forma similar a un dios. Por ello, piden permiso a los demás seres que habitan la tierra para disponer de su carne, de su corteza, de su espacio. Esta forma de producción está muy vinculada con el respeto a la ecología. La riqueza no se encuentra entonces en el valor monetario de los recursos naturales, sino en la capacidad de conservación de los mismos que asegure a las futuras generaciones. Por ello, las sociedades indígenas no necesitan estar monetarizadas para subsistir, ni están afectadas por aspectos como los mercados financieros, la subida de la bolsa, o la especulación de bienes o productos. Los pueblos indígenas padecen la falta de dinero para suplir las carencias de los bienes que ellos no producen o los servicios que ellos no prestan. Esto no implica que no desarrollen actividades que atraigan estos recursos económicos al interior de sus comunidades, por ejemplo, las actividades artesanales, o de servicios turísticos, o que muchos de los miembros accedan a puestos de trabajo remunerados de la economía occidental. Sin embargo, dichos recursos siempre serán limitados y marginales. La agresiva economía de mercado occidental promovida por gobiernos neoliberales mantienen una presión constante sobre la economía de los pueblos indígenas; dicha orientación económica depredadora lleva, por un lado, al despojo de sus territorios y sus recursos naturales y, por otro, a la falta de establecimiento de políticas públicas que apoyen el desarrollo económico sustentable y autónomo de los pueblos indígenas.

Las prácticas indígenas controvertidas y penalizadas por el derecho positivo. Los pueblos indígenas son un universo plural de culturas, por lo que

no todos tienen las mismas prácticas culturales, ni las mismas costumbres. Sin embargo, es frecuente escuchar generalizaciones estigmatizantes respecto de la cultura indígena por personas que la considera monolítica y uniforme. Aspectos como la discriminación de minorías dentro de las minorías como las mujeres, los niños enfermos o malformados, los ancianos, los homosexuales, etc. Los matrimonios concertados por los padres, que incluyen chicas púberes o adolescentes. La desigualdad de las mujeres respecto de los hombres para ocupar derechos sobre la tierra o cargos públicos. Las penas físicas que se imponen como consecuencia de delitos, tales como los baños con agua fría, azotes con ortiga, la exhibición pública del delincuente, la pena trasladada no sólo al delincuente sino a su familia, la ablación, la pena de muerte, la inmovilización del reo en un sitio público sujeto a un madero o cepo o encadenado, o atado, etc. Todas esas prácticas es evidente que chocan con la dignidad humana y con los derechos humanos y, efectivamente, nos parecen reprobables o incluso repugnantes o excesivas. Pero vale decir lo siguiente: a) No todas las culturas indígenas tienen esas prácticas y muchas de ellas reprobarían al igual que los no indígenas su uso; b) Los pueblos indígenas que mantienen esas prácticas, no son culturalmente monolíticos, muchos han cambiado la práctica al considerar formas alternativas de pena; c) Los miembros de un pueblo indígena también se han formado en la cultura mestiza obteniendo títulos académicos y de formación suficiente para establecer un diálogo intercultural y cambiar dichas prácticas desde dentro; por ejemplo, la creciente emancipación de las mujeres que exigen el ejercicio de plenos derechos comunitarios al igual que los hombres de la comunidad, tanto en los cargos de representación como en la tenencia de la tierra. Por otro lado, los

indígenas también consideran algunas penas mestizas inusualmente crueles e inhumanas, por ejemplo, la privación de la libertad y el encierro en una cárcel. Los indígenas en su visión de vida colectiva les parece excesiva e inútil tal penalidad. Por un lado, separar a un miembro de la comunidad del resto, es equivalente a un destierro o repudio por parte de los miembros. Este rechazo desorienta a los indígenas al grado de la depresión o la muerte, estar separado de la comunidad les entristece sobremanera. Los indígenas, incluso en casos como el homicidio, las penas que aplican van acompañadas por los principales quienes les hablan de la gravedad de su falta y le conminan a entender el daño que ocasionan a la comunidad. Consideran que alguien que daña a la comunidad cometió un error y está enfermo espiritualmente, por lo que debe ser curado. Ellos deben de asegurarse de que se incorpora a la comunidad completamente sano. Por otro lado, consideran inútil tener una cárcel, porque es un costo mantener a alguien sin trabajar encerrado en un sitio. Si no trabaja entonces quien mantiene a su familia y quién pagará los daños o se hará responsable de la manutención de la familia del fallecido. En fin, son otros principios y otra forma de considerar la pena desde el punto de vista pertinente de acuerdo a su cultura.

Influencia cultural. Los indígenas están expuestos a las influencias de la cultura mestiza, muchos de ellos migran de sus poblaciones originarias a poblaciones mayoritariamente mestizas. Se encuentran en una permanente movilidad en ambos mundos. Las sociedades modernas ofrecen una gran diversidad de fuentes de información, avances tecnológicos, bienes, servicios públicos y de entretenimiento que no se encuentran en las localidades mayoritariamente indígenas. El impacto de la modernidad es un tema de

discusión en el seno de las familias indígenas, porque implica una crisis existencial entre los más jóvenes. Algunos optan por negar su condición indígena y adaptarse en la medida de lo posible a la modernidad occidental. Otros adoptan una doble identidad, una es pública que utilizan en las sociedades mestizas, a la que denominan algo así como *disfrazarse de mestizo*. Y otra en lo privado, que es su identidad indígena en la que se sienten libres, felices y plenos. En lo público, adoptan otro nombre mestizo, sus formas de vestimenta y sus costumbres; en lo privado, muestran su identidad verdadera y continúan con sus prácticas ancestrales. Este aspecto es muy interesante porque en lo privado están buscando la compatibilidad de sus identidades y la influencia que ello tiene en su fuero interno. Son varias las etapas que viven, quizás éste sea el principal desafío cultural que tienen; pero eso no es extraño; nos pasa frecuentemente a los migrantes que por distintas razones nos encontramos fuera de nuestras sociedades originales. Comparar las mismas implica desarrollar un sentido crítico con respecto a las creencias propias de lo bueno y lo correcto, de lo que implica ser uno mismo y de lo que en el fondo para nosotros consideramos valioso.

Junto a lo anterior, y a efectos de comprender la importancia de la visión indígena con respecto a la tierra, el territorio y sus recursos en su dimensión colectiva, es necesario, por un lado, entender que los pueblos indígenas no son un todo unido y uniforme, sino que son pueblos distintos, con procesos y características propias, con valores culturales, sociales y religiosos, que si bien mantienen cierto grado de afinidad, tienen también importantes diferencias de origen, lengua, cosmovisión y aspiraciones. Por tanto, encontraremos diferentes dimensiones de lo colectivo.

Los pueblos indígenas, por otro lado, no han mantenido una cultura monolítica, sino que la misma se ha ido transformado por los procesos de colonización y mestizaje. Procesos en los que han mantenido una actitud de resistencia, de lucha y de perseverancia a pesar de la adversidades en las que se encuentran envueltas y, a la vez, también han incorporado muchos de los saberes, conocimientos, tecnología y usos de las sociedades no indígenas. Por lo que la dimensión de lo colectivo se ha ido manteniendo y a la vez evolucionando; de ahí que se reorganicen y evolucionen en función de los avances del mundo y busquen la coexistencia de su cultura ancestral con las nuevas realidades. En algunos foros y en la conversación personal con indígenas de diferentes latitudes de América, se han tratado temas relacionados con la identidad y las estrategias de incorporación de los saberes de las sociedades no indígenas. Todo ello tiene dimensiones tanto individuales como colectivas. Alguna vez un indígena nahua de México, profesor en la Universidad de Guadalajara decía: *“¿Por qué a esta mujer –señalando a una mestiza mexicana- lleva una camisa bordada hecha por indígenas y nadie le cuestiona su pérdida de identidad mestiza? Y en cambio si un indígena lleva un celular –teléfono- o esta vestido de mestizo le dicen que ya ha dejado de ser indígena. Pareciera que los indígenas estamos bajo sospecha de no serlo; es una carga injusta, ¿estando obligados a demostrar a cada momento nuestra identidad? No somos una cultura de piedra”*. Otro profesor indígena² en el III Curso de Expertos en Pueblos indígenas, hablaba de la pérdida de identidad indígena de muchos de sus hermanos y el hecho de que algunos se avergonzaban de decirlo. Yo le pregunté: ¿Cuál es la diferencia entre un

² Profesor Marcos Terena, Indígena de Brasil. Universidad Indígena y Universidad Carlos III de Madrid. 2007.

indígena y otro que no lo es, aunque tenga su mismo fenotipo? Él dijo: *“La gran diferencia se puede reducir a una sola: la espiritualidad en la relación con la tierra, es algo que no les enseñan a los no indígenas”*. Le dije: Entonces, si un indígena deja de serlo por la pérdida de su espiritualidad con la tierra, aunque tenga los mismos rasgos y el mismo cabello que otro ¿Puede ser que un occidental pueda convertirse en un indígena si adquiere esa vinculación espiritual? Pensándolo un poco dijo: *“Podría serlo”*. Por lo que deduje que las diferentes culturas indígenas también están en proceso permanente de replanteamiento, evolución y aceptación de su identidad cultural, de la misma forma que sus concepciones de lo individual y lo colectivo.

Uno de los aspectos comunes en los pueblos indígenas de América es su percepción integral de la tierra y del valor espiritual que mantienen con la misma. Hablar de los derechos colectivos desde los parámetros occidentales implica que los no indígenas hagamos el esfuerzo de intentar desprendernos de la visión económica de valoración de bienes por su relación coste-precio, valor de mercado, rentabilidad, oferta o demanda, o la especulación, para acaparar tanto la producción, consumo o suministro de los bienes o sus frutos, de cara a la rentabilidad que nos ofrece en el futuro las condiciones del mercado. El mundo indígena no entiende cómo puede intentar un ser humano ser propietario de la tierra o el agua. Es algo similar a pretender ser dueño del sol o del aire. Por ello, esos bienes son de todos y a la vez de nadie en particular.

Dejar de lado posiciones mercantilistas, tan asumidas por la lógica del libre mercado, es complicado, pero quizás sea una oportunidad de permitirnos apreciar otras formas de riqueza de la tierra con un sentido más allá que el de

la propiedad; surgirían principios empáticos a los de los pueblos indígenas, que desde épocas ancestrales han mantenido una relación distinta con la tierra. Alejarnos de la visión económica de estos bienes, a su vez nos permite comprender el por qué de su continuada lucha de resistencia por la defensa de los mismos. La tierra es el lugar en el que vivieron sus abuelos y en el que vendrán sus hijos; es el lugar en el que se asienta su nación, en donde se encuentran sus historias, sus tradiciones, sus casas, sus alimentos, su seguridad. Por ello, no es que se tenga una actitud romántica e incomprensible ante su tenaz lucha como cualquier nación occidental lucha por la defensa de su territorio y su forma de vida. Ello, en sentido práctico, ya nos es más reconocible y empático con la visión cultural occidental. Para los indígenas representa su supervivencia física tanto como individuos y como pueblos en su conjunto, además de la garantía de que sus hijos vendrán a una forma valiosa de vida.

Por último, para explicarse las demandas actuales de los pueblos, es necesario tener por lo menos algunas nociones generales de los hechos históricos de su encuentro con occidente y los efectos que tuvieron en la vida indígena. El orden prehispánico fue cambiado totalmente a raíz de la conquista, lo que implicó la desaparición para siempre del mundo que conocieron. Sin embargo, a pesar de ello, los indígenas no desaparecieron y con ello su cosmovisión de una vida buena. Lo indígena ha resurgido con fuerza en los últimos años y lo hace con reivindicaciones legítimas por la vía del desarrollo de los derechos humanos ante los tribunales nacionales e internacionales. Por lo tanto, las sociedades mestizas actuales han debido repensar sus políticas de integración basadas en un nacionalismo patrio único, ciego a las diferencias, y

dar cabida a la pluralidad cultural y políticas tanto de distribución, como de reconocimiento.

El marco referencial que expondré en el presente apartado, propone considerar la imposición cultural occidental hispana como un elemento que ha afectado en el pasado y en el presente, el reconocimiento y el desarrollo cultural de los pueblos indígenas, así como sus derechos colectivos y valores con respecto a la tierra. Esta afectación ha tenido múltiples consecuencias negativas en la actualidad. Al punto de invisibilidad o minorizar su riqueza cultural y sus aportes a la humanidad, especialmente en el medio ambiente y los recursos, el desarrollo de la vida colectiva, la capacidad de resistencia activa y pacífica, la solidaridad y corresponsabilidad de los temas comunes y los miembros del grupo.

La cultura mestiza se ha elevado como la heredera cultural hispana, con todas las consecuencias positivas y negativas de occidentalización de la América indígena. Esta visión de lo valioso se ha construido sobre la base del no reconocimiento indígena y, por ende, no ha incorporado derechos colectivos de propiedad, ni sus valores sobre la tierra, la lengua, sus conocimientos, sus creencias y demás bienes a los indígenas. El derecho positivo resultante se diseñó por un Estado ciego a la diferencia cultural. Por lo que, durante muchos años, el marco jurídico no reflejó la cosmovisión, valores o prácticas individuales o colectivas indígenas. El resultado de lo anterior ha llevado a una lenta extinción como grupo, mediante la destrucción o transposición de los símbolos de su identidad cultural. La resistencia y la insistencia indígena sobre sus derechos, ha efectuado poco a poco cambios sobre el paradigma occidental monocultural. El camino de la recuperación de los derechos pasa

necesariamente por una reevaluación cultural, y mantener presente la injusta occidentalización cultural para estos pueblos y abiertos los caminos del diálogo intercultural en la construcción de las aspiraciones de futuro.

Lo anterior significará generar condiciones para una justicia social real, generar la aceptación de los pueblos indígenas como tales, sin tutela sobre ellos, sin alienaciones culturales, sin filias o fobias, sin imaginarios románticos paternales, en suma, sin las distorsiones en la mirada que a su vez generan sordera de su voz. Por ello, los indígenas no necesitan la tan proclamada protección; por el contrario, necesitan que se les deje ser por sí mismos lo que desean. Ha de surgir entonces la conciencia y el diálogo intercultural con pleno respeto y tolerancia positiva³ a las ideas diferentes de los actores nacionales.

Existe una interesante reflexión respecto a la tolerancia negativa, tolerancia boba y la tolerancia positiva con respecto al relativismo⁴, que nos aporta valiosos parámetros para la discusión de los derechos; especialmente con respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Identificar la actitud que la cultura occidental predominantemente ha asumido con respecto a las minorías y los pueblos indígenas permite evitar el prejuicio y encontrar otras formas de argumentación sobre el tema, sobre todo aspirar a en todo caso

³*“La concepción de la tolerancia positiva supone ir más allá de la mera actitud de dejar hacer. Es una posición que reclama atención por la visión del otro, por sus valores, por su forma de entender el mundo. Es un aprendizaje moral que parte de la idea de que al comprender al diferente entendemos mejor nuestras propias convicciones y circunstancias. Supone que la reciprocidad social no sólo implica razones prudenciales, sino razones éticas que ella va a valorar la visión del otro como igual.”* PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Dykinson. Madrid. 2005. p. 411.

⁴*“Se ha reivindicado el valor epistemológico de la tolerancia en una concepción positiva como sinónimo de comprender. Para analizar el concepto de tolerancia se estudiarán las siguientes cuestiones: a) Tolerancia no es relativismo. B) Conceptualizar la tolerancia negativa como sinónima de soportar. C) Conceptualizar la tolerancia positiva como sinónima de comprender. D) Cuales son las relaciones de la tolerancia con las posiciones metaéticas de monismo, pluralismo y relativismo”.* PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit.p. 406.

analizar con seriedad caminos de evaluación intercultural. De forma que podamos conocer las prácticas culturales y su compatibilidad con los derechos humanos. De ahí encontraremos que no toda práctica es compatible con ellos, ni tampoco absoluta o irreductible. Es un proceso de construcción de una vida valiosa incluyendo a los otros.

Pérez de la Fuente refiere que la tolerancia no es relativismo, pues *ésta “supone la existencia de verdades morales, ya que supone en principio un juicio de desaprobación sobre la base de verdades de creencias del individuo y porque existe un límite dentro de lo intolerable, aquello a lo que el sujeto no va a renunciar. Por otro lado, no es factible, ni bueno tolerar siempre, en cualquier situación, ya que implica un caos moral”*⁵. Esto es, que el individuo no está dispuesto a aceptar cualquier conducta o juicio, por el contrario mantendrá resistencia frente a las mismas, de forma que tendrá que hacer un esfuerzo de reflexión y diálogo a efecto de vencer algunas resistencias, pero con límites. En ello se diferencia de lo que ocurre con la tolerancia negativa que, según refiere el mismo autor, ha asimilarse a la actividad de soportar. Ello implica una cierta forma de suficiencia y superioridad o como refiere un *matiz paternalista condescendiente*⁶. Implica asumir una actitud de dejar hacer, a la vez que se autoafirma. No supone pues aprendizaje o crecimiento. La tolerancia negativa es impermeable al conocimiento.

Tolerar positivamente implicará construir caminos de reconciliación con los pueblos indígenas, una visión propositiva e incluyente a favor del reconocimiento de sus derechos intrínsecos a su cultura, tierra, recursos,

⁵ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 408.

⁶ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 410.

lengua, creencias y formas de vida. Ello posibilitará desarrollar su forma de vida buena y construir su destino con plena autonomía, a la vez que los no indígenas nos enriqueceríamos en una sociedad plural.

En las siguientes páginas desarrollaremos las ideas a las que acabamos de hacer referencia. En concreto, el contexto histórico de la conquista, que explica el germen de las demandas actuales de los pueblos indígenas en América, y el reconocimiento de la cultura indígena, desde políticas de reconocimiento y de redistribución. Empezaremos por esta última cuestión.

1. POLÍTICAS DE RECONOCIMIENTO O POLÍTICAS DE REDISTRIBUCIÓN

Hasta hace relativamente poco era frecuente plantear la justicia social como exigencias de *redistribución*⁷ de los bienes y recursos disponibles -sobre todo en los actuales tiempos en que impera el libre mercado-; de ahí la lucha entre trabajadores y patrones; o la de los propietarios de la tierra y los campesinos. Los Estados veían la pobreza como un lastre a su desarrollo. Se pusieron condiciones de desarrollo de una clase media cada vez más amplia, como resultado de la lucha salarial, como exigencia de la redistribución igualitaria de los bienes y la ampliación del estado de bienestar. Las mayores revoluciones acaecidas durante el siglo XX tuvieron como motor estos reclamos y la construcción de las ideologías de izquierda y de derecha están plagadas de estos ejemplos centrados en formas más justa redistribuir la riqueza. Los indígenas invisibles pasaban estadísticamente como campesinos

⁷FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. Contextos. No. 4. 1998, p. 1.

y obreros que a ojos del Estado luchaban por la tierra y un salario digno. Por lo que la ideología capitalista o socialista fue la bandera bajo la cual se pedía la redistribución.

Esta visión era uno de los más grandes problemas entre indígenas y el Estado: reducir el asunto a un problema de redistribución de la riqueza. De ahí que el Estado generase una política asistencial basada en ideologías y programas sociales, sin preguntar de fondo por las demandas de los pueblos indígenas. Para el gobernante en turno la pobreza era la causa del subdesarrollo y no el efecto. El Estado desarrollista aplica ingentes cantidades de dinero a la infraestructura pública y promueve grandes proyectos de inversión, y mientras tanto los indígenas quedaban al margen de este aparente desarrollo, su situación como pueblo era cada vez más compleja y los programas no solucionaron la pobreza; por el contrario, la acendrarón. Es evidente que no serviría ningún programa en el que ellos no estuviesen participando; pero era un círculo vicioso, los indígenas con sus demandas son invisibles para el Estado. Se intuye que, de fondo, los políticos de turno no deseaban trastocar los intereses del estatus quo dominante, quienes mantienen sus privilegios y siguen beneficiándose de distintas formas de explotación a los pueblos indígenas. Por lo que los programas de redistribución de los equilibrios sociales no llevaron a una verdadera justicia social para todos, dejando aparcada por décadas la justicia para los pueblos indígenas.

En conclusión, reducir el problema a la mala distribución de la riqueza y atajarlo con políticas asistenciales convirtió a los indígenas en objeto de ayuda, pero no en *sujetos* a los que había que preguntar en las formas de construcción

de su realidad y desarrollo. Ellos se encuentran en un círculo de enfermedad, desnutrición, mortandad, desempleo, pobreza, subdesarrollo, dependencia, etc.

Éste es el germen de la lucha social de los pueblos indígenas, quienes mantienen un esfuerzo por lograr justicia social, con reconocimiento a su identidad cultural. En tanto no se aborde con claridad tal pretensión y el Estado insista en reducir su responsabilidad histórica con ellos desde políticas de distribución, e ignorarlos, se mantendrán los reclamos de reconocimiento de inclusión con su identidad propia.

Por ello es pertinente plantear en este trabajo la discusión de la justicia social desde el paradigma de la política de *reconocimiento*⁸, y analizar la conveniencia de la *política de identidad*⁹.

Por principio es conveniente reconocer que durante siglos la cultura occidental ha minusvalorado a los pueblos indígenas tratándoles como pueblos incivilizados¹⁰ y sujetos a tutela, con el fin de sacarlos de una especie de error cultural. Los pueblos autodenominados *civilizados* se atribuyeron la potestad de imponer sus modelos económicos, sociales y culturales a los incivilizados preferentemente con la fuerza¹¹. Los indígenas como pueblo y como individuos

⁸ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit.p.2.

⁹ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit.p.2.

¹⁰“Los europeos proyectaron una imagen de tales pueblos como inferiores “incivilizados” y mediante la fuerza de la conquista lograron imponer esta imagen a los conquistados”. TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México 2001. p. 44.

¹¹“Se consideraba que las grandes naciones civilizadas impulsaban el desarrollo histórico.Las sociedades más pequeñas eran primitivas e incapaces de todo desarrollo social y cultural. Por tanto, algunos liberales decimonónicos postulaban la independencia nacional de las grandes naciones y la asimilación coercitiva de las nacionalidades más pequeñas”. TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. op. cit. p. 80.

fueron menospreciados culturalmente y excluidos como sujetos indígenas¹², debiendo asimilar la cultura occidental para aspirar a mejorar su situación.

La cultura mestiza –a pesar de su sincretismo- en muchos aspectos ha reproducido la cultura occidental en su trato con las naciones indígenas, a los que mantiene minorizados, tutelados y excluidos de los mismos derechos en relación con los no indígenas y sin reconocer sus demandas específicas.

Por ello, si bien es cierto que el Estado hace un discurso humanista y apegado a los derechos humanos, se ha dado históricamente un *falso reconocimiento*¹³ del valor de la cultura indígena. Paradójicamente la identidad nacional se ha construido, en algunos Estados como México, con el argumento del pasado indígena y el orgullo patrio, enaltecendo la cultura mestiza, dando por resultado la invisibilidad indígena. Se prejuzga la cultura indígena y desde la ignorancia se proyecta una imagen deformada e inferiorizada de ellos¹⁴. Se les reduce al folclor de un glorioso pasado de resistencia, valor y sujeto a injusticias indecibles y a la vez se le insta a que abrace los valores mestizos como el mejor servicio a la patria. En suma, se les pide desaparecer como pueblos o naciones diferenciadas.

Tampoco se toca directamente el tema en los centros de educación públicos, si no por el contrario el tema se reduce a la trivialización de su cultura,

¹² Refiere LOPEZ, José. *Los derechos de los pueblos indígenas*. CEMA. Málaga. 2006. pp. 23 y 24., que la visión monocultural del estado excluye en dos sentidos: como forma de vida cultural y como exclusión política debido a la identidad cultural.

¹³“El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien de un modo de ser falso, deformado y reducido”. TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. op. cit. p. 44.

¹⁴ “La proyección sobre otro de una imagen inferior o humillante puede en realidad deformar y oprimir hasta el grado en que esa imagen sea internalizada”, TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. op. cit. p. 58,

la transmisión de los estereotipos despreciativos en los medios de comunicación y se mantiene el divorcio social entre ambos mundos, el mundo indígena y el mundo mestizo.

El continuado esfuerzo del Estado por el mestizaje, por la culturización indígena, ha producido de forma más lenta, pero no menos perniciosa, la pérdida de identidad de muchas naciones originarias. Muchos pueblos, a través de la educación oficial, han perdido o se han distanciado de su conciencia de indígenas y se han reconvertido en labradores, obreros, empleados o en pobres, bajo la nueva identidad nacional. El sistema les despoja así de su identidad propia y también de su voz.

Sin embargo, otros pueblos han resistido este proceso y, a pesar de la política de invisibilización y desprecio cultural¹⁵, siguen transmitiendo su cultura a los más jóvenes. Para ellos sus luchas no tienen que ver únicamente con una exigencia de redistribución de la riqueza, sino también con el reconocimiento de su propia identidad y su inclusión en la discusión en igualdad de circunstancias como los demás actores políticos y sociales.

Existen demandas sociales o de justicia social unidireccionales por la redistribución o por el reconocimiento – v.r.gr.: las reivindicaciones salariales obreras o las demandas para mejorar en el pago de la tonelada de maíz por los campesinos, que son evidentemente demandas de justicia como redistribución; o, por otro lado, las de mostrar libremente la homosexualidad sin discriminación; o hablar la lengua autóctona además de la lengua oficial son

¹⁵ “(La) propia autodepreciación se transforma en uno de los instrumentos más poderosos de su propia opresión”. TAYLOR, Charles. *“El multiculturalismo y la política del reconocimiento.”* op. cit.p. 44.

demandas de justicia de *reconocimiento* de la diferencia-. Pero, en el caso de los pueblos indígenas sus demandas bien pueden encuadrarse en demandas bivalentes de justicia¹⁶; es decir, incluyen reivindicaciones tanto de *redistribución* como de *reconocimiento*, y las mismas no son autoexcluyentes, sino demandas mixtas. Por tanto, al ser bivalentes o mixtas han de dar nacimiento a una política cultural de la diferencia, por cuerda separada a la política social de igualdad, dirigida específicamente a determinados grupos en función de sus necesidades y sus características. Y ello porque los indígenas, si bien desean tener las mismas oportunidades que el resto de los actores sociales, no pretenden dejar de mantener su propia identidad diferenciada.

El orden social construido durante la colonia hasta nuestros días en los Estados modernos, no ha tomado en cuenta a los indígenas dentro de los procesos políticos, económicos y sociales como actores importantes, de forma que el orden establecido mantiene a los mismos en una situación de inferioridad con respecto a los demás. Se les imponen más cargas y se les reconoce menos que a los demás miembros de la sociedad¹⁷. Lo ilógico de esta situación es que no se reflexiona respecto al origen y sentido de las mismas y, en la práctica, son invisibles estas asimetrías sociales, asumiéndose como “normal” este hecho por parte de la población en general, y se les culpa a ellos

¹⁶TAYLOR, Charles. *“El multiculturalismo y la política del reconocimiento.* op. cit.p. 44.

¹⁷ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación.* op. cit. p. 5. La autora hace una reflexión sobre la clase obrera que puede aplicarse a los pueblos indígenas: *“La clase obrera explotada (...) dentro del marxismo economicista ortodoxo. Según esta concepción, la diferenciación de clase es un artefacto de una política económica injusta; y la injusticia es, en el fondo, un asunto de distribución, pues el proletariado se le asigna una parte indebida de las cargas del sistema, a la vez que se le niega su justa participación en sus recompensas. Ciertamente sus miembros son también objeto de graves injusticias culturales, las lesiones ocultas (y no tan ocultas) de clase”.*

de su estado de precarización y desventajas sociales por no superar su condición de indígenas.

Al igual que con otros colectivos o minorías, se ha institucionalizado en la estructura económica y social este patrón injusto de interpretación cultural¹⁸, que beneficia a unos miembros de la sociedad en detrimento de los indígenas. Por ello es claro que el tipo de solución más adecuada a esta situación es reconocer la necesidad de establecer políticas bivalentes¹⁹ de reconocimiento y redistribución a efectos de atajar la discriminación cultural y las malas condiciones económicas en la que se encuentran. Señala Frazer que *“en el orden de las posiciones sociales, el arraigo de normas racistas y eurocéntricas privilegia los rasgos asociados con lo blanco, mientras estigmatiza todo lo que se codifica como negro, marrón y amarillo, paradigmática pero no exclusivamente en las personas de color”*²⁰. Esta percepción se ha reforzado mediante normas que obedecen a la discriminación racial como principio, de forma que se encuentran asumidas socialmente e invisibilizadas para los mestizos al estar afectados de los valores de la occidentalización. Se han construido las instituciones con este sesgo diferenciador y clasista en el que la

¹⁸ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 6, expone un ejemplo sobre las injusticias derivadas del no reconocimiento de la homosexualidad, mismas que derivan en injusticias económicas al negarse otros beneficios sociales si se basan en la forma tradicional de familia y no se les incluye. Refiere que *“estas injusticias derivan más bien de la institucionalización de un patrón injusto de interpretación y valoración cultural. Para superar la homofobia y el heterosexismo, es necesario cambiar aquellas valoraciones culturales (así como sus expresiones legales y prácticas) que privilegian la heterosexualidad y niegan igual respeto a los homosexuales y lesbianas”*.

¹⁹ *“La raza, evidentemente, constituye también un modo de colectividad bivalente, una mezcla de posición social y de clase. Arraigada simultáneamente en la estructura económica y en el orden de las categorías sociales del capitalismo, las injusticias del racismo incluyen a la vez mala distribución y falta de reconocimiento.”* FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 8.

²⁰ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 8.

raza en apariencia no importa, sin embargo se sufren las consecuencias directamente en la población discriminada a través de la pobreza y de la marginación permanente. Por ello, coincido con Frazer cuando señala que superar las injusticias del racismo requerirá políticas mixtas de redistribución y reconocimiento²¹. Sin embargo, no se ha de esperar a que por acto de gracia los gobiernos ciegos a la diferencia cultural accedan a cambiar sus políticas. Para ello es necesario visibilizar estas asimetrías y estas distorsiones sociales y ponerlas en relieve dentro de las propias comunidades indígenas. Diferentes pueblos indígenas han de organizarse entre sí de forma que ellos mismos normen su propio criterio y establezcan sus posiciones de lucha social para que el sistema les incluya y les respete con sus diferencias culturales en un sistema más justo y representativo²².

Para Frazer “todas las colectividades oprimidas del mundo real son bivalentes”²³. Vale decir que, si bien ello en apariencia resulta ser certero, el peso y afectación para cada grupo podrá variar en función del grado al que están expuestos a las injusticias, por lo que éstas han de ser evaluadas en cada caso. De ahí que, en algunos supuestos, no obstante ser de la misma categoría deben tomarse en cuenta las diferencias específicas para su reparación. La autora considera que es un asunto de justicia y que *“es injusto negarles a algunas personas y grupos la categoría de socios plenos en la interacción social únicamente como consecuencia de patrones de*

²¹ “Ninguno de los dos es suficiente por sí mismo”. FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 8,

²² FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 8-9, refiere que :“esto es, pueden necesitar construir comunidades de clase y culturas que neutralicen las lesiones ocultas de clase y forjen la confianza requerida para luchas por sí mismos”.

²³ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 10.

*interpretación y valoración institucionalizados en cuya elaboración no han participado equitativamente y que menosprecian sus características distintivas o las características distintivas que se les atribuyen*²⁴.

En una sociedad que se autoreconoce como plural y multicultural, los pueblos indígenas deberían tener la oportunidad de plantear su propio proyecto de vida buena y valiosa. En igual libertad que los no indígenas, sin temor a que se les impida, no se les reconozca o se les minusvalore²⁵.

Las sociedades mestizas desde el proceso de independencia colonial, hasta mediados del siglo XX mantuvieron una política de integración nacional, que negaba las diferencias y características internas. Esto es, que negaba las nacionalidades internas indígenas ancestrales y eran vistas como un riesgo o peligro para la consolidación del proyecto de nación y la integridad territorial del Estado. El prejuicio y la ignorancia con respecto a las mismas implicó la construcción de una forma de vida que impedía la realización del proyecto propio de los indígenas. Se institucionalizaron dichas valoraciones y se les consideró indignos de ser tomados en cuenta. Por tanto, la vida social les impidió el autorespeto y la autoestima y, con ello, el derecho a ser miembros plenos del propio Estado. Esto implica que las instituciones propiamente indígenas, los principios en los que se sustenta su cultura, las formas de entender el mundo, no se incluyeron o no se les otorgó valor pleno en la construcción del estado moderno. Como consecuencia de ello, la estructura de

²⁴ FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 10.

²⁵ "Desde la perspectiva del espíritu de la libertad subjetiva que es la impronta de la modernidad, acepta que compete a las personas y a los grupos definir para sí mismos que es una vida buena y diseñar para sí mismos un enfoque para buscarla, dentro de los límites que aseguran una igual libertad para los demás". FRAZER, Nancy. *La justicia social de la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. op. cit. p. 12

lo público en diferente grado les marginó del proyecto general de la sociedad no indígena. La importancia del reconocimiento indígena implica dejar atrás la postura autoritaria, de descalificación o de prejuicio a los pueblos indígenas y así cambiar a una estructura más democrática y que incluya nuevas formas de interacción más igualitaria para con las comunidades.

Si bien la estima social en las sociedades mestizas no es un derecho, ni tampoco el ser indígena o miembro de un pueblo indígena ha de valorarse forzosamente como positivo y obligatorio dentro de las sociedades; el hecho de que los indígenas tengan el derecho a ser respetados y no discriminados por ser indígenas, implicará tener condiciones y oportunidades más equitativas y formas de interactuar en la sociedad que no partan del prejuicio o de la falta de oportunidad de valoración. Cambiar los patrones de valoración negativos implica nuevamente replantearse los motivos de esa valoración y mantener conciencia de lo perjudiciales que han sido para el desarrollo de la sociedad indígena y de la sociedad mestiza. No es sostenible mantener la estructura actual, ni la desintegración indígena de la vida pública. Como hemos advertido, la falta de reconocimiento es una de las causas de la pobreza y de la marginación. Sin embargo, la mala distribución de la riqueza ha permitido que indígenas y no indígenas padezcan la misma.

Frente a ésta propuesta mixta o bivalente de inclusión y reconocimiento, existen otras perspectivas que refieren que para ciertos grupos –migrante, gitanos- se es asumible incorporar un tercer ámbito de la justicia social que es

la *inclusión*²⁶ como un elemento que aporta a la igual dignidad de estas minorías y sus derechos políticos-ciudadanos en el proceso democrático deliberativo del Estado. Desde esta perspectiva, evidentemente estos colectivos o minorías padecen de una exclusión política en las sociedades en las que se encuentran. Sin embargo, en el caso de los pueblos indígenas la situación es mucho más compleja, porque se encuentran en el proceso de emergencia ante la invisibilización social que por siglos se ha mantenido en la sociedad occidental; por tanto, la marginación y exclusión que ellos padecen es superlativa en relación a estos otros grupos.

Sin embargo, vale la pena detenerse en los argumentos de Pérez de la Fuente cuando se refiere a las cuestiones que se presentan al plantear la solución de los problemas en estos grupos desde la perspectiva de aplicación de políticas de *redistribución* y *reconocimiento*. Refiere que: *“Redistribución y reconocimiento no son esferas separadas de la justicia, son perspectivas de análisis interrelacionadas e irreductibles. La redistribución se centra en la dicotomía igualdad-desigualdad, el reconocimiento se centra en la tricotomía igualdad-identidad-diferencia. La irreductibilidad de estos ámbitos implica la idiosincrasia propia de sus injusticias, no traducible en términos del otro ámbito,*

²⁶ PEREZ, Oscar. “Escalas de justicia y emancipación: Inclusión, redistribución y reconocimiento”. *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía*. No. 11. 2010. p. 382, refiere que: *“determinadas minorías permite valorar la oportunidad de incluir un tercer ámbito de la justicia. De esta forma, he defendido considerar la justicia a partir de tres ámbitos -inclusión, redistribución y reconocimiento- para el caso de los inmigrantes (Pérez de la Fuente, 2006a) y la minoría gitana (Pérez de la Fuente, 2008). Me parece relevante poner el énfasis en que la denominación adecuada de este tercer ámbito es la inclusión, especialmente claro en los casos de las minorías mencionadas. A lo que se apela es que las cuestiones de justicia, a lo largo de la Historia, han tenido como objetivo el reconocimiento de la igual dignidad, que tiene su traslación legal, en expresión de Arendt, en el derecho a tener derechos, que se vincula con la noción de ciudadanía. Obviamente, la inclusión no es equiparable al mero status legal de ciudadano, sino más bien a que las condiciones para el ejercicio de esa igual dignidad sean efectivas en los diferentes ámbitos. También el ámbito de la inclusión supone el respeto de la igual dignidad en el proceso democrático deliberativo.”*

*y que existen tensiones no resueltas entre los dos enfoques. Esto, en ocasiones, provoca soluciones dispares, como afirmar igualdad de recursos a costa de la asimilación cultural o bien, reconocimiento de la identidad diferenciada a costa de la desigualdad económica. La tipología de situaciones es más variada y la combinación del análisis de ambos ámbitos hace que las injusticias tengan diversas fuentes. Esto redundaría en un argumento a favor de dualismo perspectivista, comprendiendo la justicia en términos de redistribución y reconocimiento imbricados e interrelacionados*²⁷. Esto es cierto también para los pueblos indígenas, toda vez que existen riesgos de asimilación cultural al aplicar estas políticas; por lo cual cada caso debería de ser reconocido por sus elementos específicos y reconocer los grados de afectación al grupo indígena. Ello refuerza el argumento de que los pueblos deben de elaborar sus propias formas de solución de los problemas que padecen, dejando de lado el paternalismo del Estado.

En todo caso es un problema complejo, porque de fondo se presenta el dilema moral de la inconmensurabilidad cultural. ¿Cómo valorar una práctica cultural distinta a la forma de vida mestiza?; ¿Qué entendemos como valioso o vida buena?, ¿Hasta qué punto la sociedad no indígena está dispuesta a tolerar dichas prácticas?

No tienen una clara solución, ni tampoco es materia de la teoría aportarla. Tendremos que observar directamente la práctica que se presente y poner en tensión otros mecanismos de solución de la controversia. Lo verdaderamente complicado es construir los valores que nos permitan caminar

²⁷PEREZ, Oscar. *Escalas de justicia y emancipación: Inclusión, redistribución y reconocimiento*. op. cit. p. 386.

ese proceso. No es viable el eurocentrismo, dado que ello nos ha llevado al punto de la exclusión y la invisibilidad indígena. Por otro lado, no toda práctica indígena es aceptable, ni tampoco podrá ser acogida como tolerable o valiosa. No tenemos un parámetro de medir neutro a las culturas, que permita hacer un test de valor o disvalor de la misma. Refiere Pérez de la Fuente que *“Las relaciones entre redistribución y reconocimiento son complejas y merecen un mayor estudio. Una aproximación que podría ayudar a su análisis es concebirlas, dentro de la teoría del pluralismo de valores (...) como valores inconmensurables, en el sentido de que uno no es mejor que otro y no podemos encontrar un tercer valor que los unifique”*²⁸. Esto implica reconocer que no es posible encontrar una solución aceptable para todos los casos, lo que reflejará una permanente tensión en las relaciones entre indígenas y no indígenas. Pero viéndolo con perspectiva, los casos de justicia y, sobre todo, de justicia social, permiten que las sociedades transiten por diferentes estíos y soluciones intermedias y posteriormente ellas pueden convertirse en nuevos principios para nuevos cuerpos normativos. Finalmente las culturas no son monolíticas, ni las indígenas, ni las no indígenas. La conclusión de Pérez de la Fuente es que la realidad para la justicia es enfrentarse a estos dilemas y encontrar que, en algunas ocasiones, los mismos son incompatibles o, en otras ocasiones, inconmensurables²⁹.

²⁸ PEREZ, Oscar. *Escalas de justicia y emancipación: Inclusión, redistribución y reconocimiento*. op. cit.p. 387.

²⁹ PEREZ, Oscar. *Escalas de justicia y emancipación: Inclusión, redistribución y reconocimiento*. op. cit.p. 387, refiere que: *“el enfoque de Frazer se ha basado, desde el inicio, en que redistribución y reconocimiento son precisamente irreductibles. Los dos son enfoques necesarios, interrelacionados y, en ocasiones, en tensión. En esas situaciones, se produce un caso trágico de la justicia, un dilema entre redistribución y reconocimiento. Estos casos de tensión serán los menos y no permiten sostener que ambos enfoques son incompatibles sino, algunas veces, inconmensurable”*.

2. RECONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA

Hacer un ejercicio de memoria sobre la Conquista y la Colonia pareciera un excesivo esfuerzo y, como hechos históricos tan sabidos y comentados, podría parecer inútil para las pretensiones de esta tesis hacer reflexiones al respecto. Sin embargo, a mi parecer, realizar una breve recapitulación respecto de estos hechos, nos permite reconstruir la mirada de lo que ha ocurrido y enlazarlo con los efectos de lo que ocurre actualmente con relación a las demandas indígenas. Sobre todo, porque aquellos primeros años de contacto marcaron de forma definitiva el carácter de la sociedad mestiza que actualmente es mayoría en los países latinoamericanos. Por ello, es necesario establecer reflexiones respecto de algunas instituciones creadas durante la conquista y su posterior evolución en la colonia, así como el proceso control de la población indígena, a la vez que conocer las causas de la mortandad en la población durante los primeros años de la colonia.

El descubrimiento de América es un hecho histórico sin precedentes que por su calado ha dejado una huella perecedera en el mundo. Modificó las ideas que teníamos del mundo y a la vez ofreció un impulso renovador a Europa, quien reconfiguró los equilibrios políticos y sociales de la época. Sin embargo, al mismo tiempo que ofreció al viejo continente renovados ímpetus innovadores, significó para los pueblos y civilizaciones americanas el fin de un ciclo y la difícil transición a un todo nuevo, con incalculables pérdidas y costes culturales.

Para Castilla, liberada de su pugna interna ante la expulsión de los musulmanes³⁰ (estandarte que, por otro lado, otorgaba señas de identidad nacional en torno a la religión³¹), y con el pleno control de su territorio peninsular, el descubrimiento del nuevo mundo significó el inicio de la época imperial; no es sólo por la anexión de nuevos territorios, con riqueza sin par, sino porque, a la vez, incorpora a nuevos súbditos, para unos paganos y para otros infieles, a un proceso de cristianización³². Éste es uno de los pilares para declarar la justa guerra en su contra y la justificación del sometimiento y permanente occidentalización de esas tierras³³.

El hecho de considerar infieles o paganos a los indígenas no era un asunto menor; por el contrario, es la piedra angular de acción occidental sobre los indígenas. Considerarles infieles implicaba someter directamente a la

³⁰*“En Portugal y Castilla, la “frontera” entre los cristianos y musulmanes había creado unas expectativas y unas formas de vida específicas que se detuvieron bruscamente cuando la reconquista finalizó. Soldados, colonos, encomenderos y misioneros se encontraron con la desestructuración de sus formas de vida, por lo que los descubrimientos ultramarinos (el norte de África suponía un reto excesivo, dada la densidad demográfica de la zona y la capacidad bélica de sus habitantes) comenzaron a considerar como un posible escenario en donde reproducir las antiguas dinámicas sociales de la frontera”.* PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII.* Síntesis. Madrid. 1992. p. 21

³¹*“(…) el espíritu de cruzada asumió un papel importante en la península ibérica, donde la religión había sido esencial en la definición de la identidad nacional. Desde este punto de vista, la expansión ultramarina se empleó para tratar de superar la diversidad interna peninsular”.* PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII.* op. cit. p. 21.

³²*“Según el parecer de la reina (Isabel la Católica), los indios no eran “infieles” (aquellos que, conociendo el cristianismo, voluntaria y libremente lo rechazaban), sino “paganos” (aquellos que nunca habían oído de la fe de Cristo), por lo que no se les podía convertir directamente en esclavos, sin previamente transmitirles los principios de la religión católica”.* PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII.* op. cit. p. 31.

³³*“(…) la justa guerra, se estableció por la necesidad e importancia de convertir un mundo de infieles a la verdadera fe. El propósito religioso de convertir a los paganos fue el verdadero título de la expansión jurisdiccional española. Así, pues, el problema de la cristianización e hispanización del indígena o, en última instancia, de su “occidentalización” estuvo siempre ligado a la necesidad de justificar la expansión imperial europea. Esta justificación se construyó sobre dos ideas fundamentales que arrastraron con ellas todas las corrientes de pensamiento de la cultura occidental cristiana. Esas mismas ideas, aunque expresadas de forma diversa, se mantuvieron vigentes mientras duró la expansión imperial de los tiempos modernos. Una defendía que la base de todo dominio se derivaba de la condición religiosa de los hombres, la otra sostenía que la base del dominio derivaba de la superioridad de una civilización”.* MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 326.

esclavitud a los pueblos indígenas, sin libertad alguna, sin derecho sobre su vida y con el consecuente despojo total de su territorio; esto es, el tratamiento de no personas sujetos de derecho o protección alguna. En cambio, considerárseles como paganos implicaba que la Corona asumía compromisos legítimos de propagación del cristianismo en las nuevas tierras y el sometimiento a su tutela en calidad de súbditos y bajo su protección. Ello implicaba reconocer su condición de racionalidad y de ser sujetos a la enseñanza cristiana, es decir, como personas inteligentes susceptibles de aprender las verdades de Cristo y los evangelios³⁴. Ello implicaba asumir la tesis de que los hombres prudentes deben de guiar aún con la fuerza a los bárbaros³⁵.

Una vez rotos los acuerdos con Colón y obtenida la legitimidad monopólica por parte del Papa Alejandro VI con las Bulas a los Reyes de

³⁴ Explica MORENO, Alejandra. "El siglo de la conquista". op. cit. pp. 326-327, que: "*La discusión sobre si la base del dominio prevenía de la condición religiosa o de la condición racional de los hombres enfrentó las ideas de los seguidores del Ostiense a las de los discípulos de Santo Tomás. Para los primeros, cualquier título legítimo que hubieran tenido los indios sobre sus tierras había terminado con el advenimiento de Cristo. Cristo había sido soberano temporal y espiritual, y el Papa, como vicario universal, tenía potestad sobre cristianos e infieles. Ningún reino, de los recién descubiertos, tenía independencia frente a Roma. Los indios poseían tierra sólo de manera momentánea, hasta que roma quisiera recuperarlas. Si los indios no abrazaban la cristiandad y no se sometían al dominio de los cristianos, la guerra que se hiciera contra ellos tenía una causa justa. Por el contrario, Santo Tomás y quienes le siguieron, admitieron que los infieles podían tener dominio y posesiones lícitas. Pensaban que el dominio era un derecho inherente a toda criatura racional, independientemente de su condición religiosa. Es decir, que el derecho divino (distinción entre fieles e infieles) no anulaba lo humano, que se fundaba en la razón. La justificación de la guerra de conquista debía establecerse en otros términos, el reconocimiento del derecho de conquista como dominación de los hombres prudentes sobre los bárbaros*".

³⁵ "*Nacida de Aristóteles, sostenida por Orígenes y apoyada por San Agustín, la teoría de la servidumbre natural se sustentaba en la afirmación de que existían diferencias entre los hombres, en cuanto a su uso de razón. Se sostenía en ella que las jerarquías sociales obedecían a un orden natural que iba de lo imperfecto a lo perfecto. Así, los hombres prudentes dominarían a los bárbaros, y para los bárbaros, la servidumbre era una institución justa. Toda guerra que se hiciera para implantar el dominio del hombre prudente sobre el bárbaro, también lo era*". MORENO, Alejandra. "El siglo de la conquista", op. cit. p. 327.

Castilla y Aragón para evangelizar a los indios³⁶; la Corona permitió que los españoles emigrasen a las Antillas³⁷. Se les concedió la libertad de conquistar y colonizar el nuevo territorio y en su momento se les otorgarían privilegios sociales, como ser capitán general, gobernador o alcalde, con capacidad de fundar nuevos centros de población con privilegios fiscales y encomendados. A cambio, cada uno de los conquistadores debía pagar de su propio peculio los costes de la expedición y de la cristianización de los encomendados³⁸.

A efectos de consolidar el poder del conquistador sobre los indígenas colonizados era menester otorgar a los primeros el poder para que “sin esclavizarlos” –a fin de no contravenir la Bula Papal-, estuvieran sujetos a su autoridad y esto les reportara beneficios. De ahí que se instituyese *la encomienda*³⁹ y *el repartimiento*, de este modo obtenían la mano de obra de los

³⁶ Castilla y Aragón obtuvieron el control monopólico en 1493, a cambio de evangelizar a sus habitantes. PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 31.

³⁷ “En 1495. (Cedula real del 7 de abril) (...) la corona permitió que cualquier persona que o tuviera problemas con la justicia pudiera emigrar a las nuevas tierras antillanas”. PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 32.

³⁸“Entre 1502 y 1508. (...) los privilegios colombinos se resquebrajaron y se extendió en su lugar el sistema de colonización, basada en la emigración de súbditos de la corona castellana y en el trabajo de los indígenas. A cada emigrante se le concedió la libertad de descubrir, conquistar y colonizar allí donde considerase oportuno, mediante la firma de un contrato con el Rey (capitulación), donde se asentaban los privilegios, etc. Si todo marchaba bien, el Rey nombraba al capitulante capitán, gobernador o alcalde mayor del territorio conquistado, según fuera el caso; le concedía exenciones fiscales para facilitarle la recuperación del capital invertido; otorgaba privilegios sociales (títulos nobiliarios); le permitía fundar una o varias ciudades; y le daba un número de encomendados (tributarios indígenas que en vez de hacerlo al Rey lo harían a partir de entonces al conquistador). En contrapartida, el capitulante se comprometía a organizar y pagar de su bolsillo l expedición. (...); y como encomendero defender con las armas el territorio y sus ocupantes, al mismo tiempo sufragar los gastos de la cristianización de sus encomendados”. PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 33.

³⁹En principio legal, la encomienda se presentó como una institución benéfica para la cristianización de indios. Se consignaba un grupo de indígenas a un español –encomendero-, quien tenía derecho de recibir tributo y servicio de los indios a cambio de doctrina y protección. De esta manera se trasladaba a los particulares el costo de la cristianización del indígena que no podía cubrir íntegramente la Corona; pero además, la encomienda tuvo otros fines más concretos y específicos. Fue la forma de premiar a los conquistadores por los servicios prestados a la corona durante la Conquista. Al concederles encomiendas, se aseguraba el poblamiento –proporcionando la fuerza de trabajo que requerían sus empresas económicas-, y

indígenas. El repartimiento es un sistema de obtención de un determinado territorio conjuntamente con los pueblos indígenas que en él se encontraban, a los que se les obligaba a trabajar en las empresas del conquistador⁴⁰. Los conquistadores se convirtieron en beneficiarios de los tributos de los indígenas, se superpusieron sobre los otros señores indígenas y se convirtieron de hecho en un *Huey Tlatoani* –señor de señores- en nombre de la Corona, lo que les otorgó un gran poder y riqueza personal⁴¹. Con este poder y con una creciente acumulación de riqueza, los primeros conquistadores intentaron reproducir un modelo de señorío feudal-clientelar sobre la población indígena.

Tal sistema autoritario y ante el creciente poder de los conquistadores debió de ser limitado por la Corona reduciendo la *encomienda* a una sola vida (1542, Leyes Nuevas) y, en su caso, a ampliarlas a dos (1543), justificando el deber de evangelizar a los indígenas; por lo que se prohibieron los servicios

se consolidaba la dominación. La encomienda resultó un medio eficaz para controlar la organización social indígena. La percepción de tributo, por ejemplo, se calcó de la antigua estructura de dominio prehispánico. Las cabezas de encomienda se situaron en los sitios de antigua residencia de los tlatoani. Con ello, el encomendero se situó, simplemente, en el escaño más alto de la antigua pirámide social: era el señor de los señores indígenas y de sus súbditos indios. MORENO, Alejandra. "El siglo de la conquista", op. cit. pp.339-340.

⁴⁰*"Paralelamente, con el fin de solucionar el problema de la mano de obra, se impuso a partir de 1503 la institución del repartimiento. El indio cuyas economías no estaban monetizadas, no se sentía impulsado a trabajar voluntariamente en las empresas creadas por los colonizadores a cambio de un salario, pero tampoco podía ser convertido en un esclavo, ya que ello suponía una violación de los requisitos de las bulas alejandrinas. Este escollo se superaba con el reparto de indios entre los colonos, quienes pagaban un salario a cambio de un trabajo. Este sistema suponía la asignación del territorio ocupado por los indios, sino era simplemente una forma de legalizar la compulsión del trabajo. Para facilitar el acceso a la mano de obra indígena, se ordenó con la población se concentrara en nuevos poblados creados al efecto (concentraciones, reducciones)".* PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII.* op. cit. p. 33.

⁴¹Señala MORENO, Alejandra. "El siglo de la conquista", op. cit. p. 341, que los grandes capitanes como Cortés, Pedro de Alvarado y otros 30 encomenderos tenían la siguiente proporción de indios encomendados: *"Grandes capitanes. A Cortés, con sus 27,000 vasallos. (...), Pedro de Alvarado 20,000 indios encomendados. (...) 30 encomenderos del Valle de México recibían en 1530 el tributo de 180,000 indios"*.

personales de los indios para evitar el vasallaje directo⁴². A la vez, al crear la figura del virreinato se designaron cargos políticos y administrativos afines al Rey, centralizando así todas las decisiones en los nuevos territorios, pasando de la etapa de conquista a la de Colonia.

Es claro que España implantó un modelo de control y administración sobre la población indígena, misma que vivió un proceso de aculturación progresiva y relativamente veloz. En poco más de cincuenta años se pasó de la etapa de conquista a la etapa de la Colonia⁴³. Este cambio de destrucción y construcción de un modelo a otro implicó grandes costes humanos, materiales y culturales. Muchos de ellos simplemente no resistieron y perecieron. Los estudiosos sobre el tema coinciden en que hubo una rápida disminución de la población local de muy grandes proporciones. Para unos, la causa fue la violencia y brutalidad empleada en la conquista (iniciándose la leyenda negra sobre la conquista); para otros, es la suma de varios factores, desde el desplazamiento de las comunidades, las nuevas enfermedades, la propia naturaleza de la guerra civil que implicó, entre otras causas. Lo cierto es que el choque cultural tuvo consecuencias nefastas para la población indígena y se

⁴² "A partir de entonces los indios tendrían que pagar sus tributos preferentemente en dinero antes que en trabajo o en especie. Con ello se lograba el vasallaje directo entre el indio y la Corona". PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 56.

⁴³"El núcleo del territorio actual de América Latina fue conquistado entre 1519 y 1540 en un proceso sorprendentemente rápido para los medios técnicos de la época. En poco más de 20 años se anexionó a la Corona de Castilla una extensión aproximada de dos millones de kilómetros cuadrados y se incorporaron (antes del derrumbe demográfico) unos cincuenta millones de vasallos (en números redondos Castilla estaba compuesta por un total de seis millones de súbditos y Aragón por un millón). Evidentemente, hay que advertir que dichas fechas corresponden a las regiones de los virreinos de la Nueva España y Perú, ya que en algunas zonas de conquista no comenzó hasta el siglo XVIII (septentrión de la Nueva España) o se prolongó durante décadas con lo que se tendió a cronificar el modelo de la sociedad de la conquista, como sucedió en ciertas áreas de Yucatán o Chile". PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit.p. 47.

considera que no fue sino hasta el siglo XVII cuando la población local se volvió a recuperar.

Al margen de la llamada “leyenda negra” sobre la conquista, mi interés, por lo pronto, es intentar dimensionar el impacto de tal disminución de la población para los pueblos indígenas. Para ello, valen algunos parámetros que nos ilustran sobre la proporción de la disminución de la población que refieren algunos investigadores. Si bien, vale decir que partimos de la ignorancia de un parámetro cierto, dado que no se conoce ningún censo previo sobre la población existente en las Antillas o en el continente.

Este aspecto causa cierta polémica, porque existen parámetros muy dispares. Para algunos, la población estimada en el continente americano era de noventa a ciento doce millones de habitantes y la misma se redujo durante el periodo de la conquista a cuatro millones y medio. Lo que situaría a la población local en una situación prácticamente de exterminio. Otros refieren que la población existente era de trece millones y se redujo la misma a diez millones. En tal escenario pareciera que nos encontramos ante un hecho que, si bien causó un gran impacto, no es en sí mismo catastrófico. Otros refieren sólo para el centro de México las siguientes estimaciones: en el año de 1519, se estima la existencia de veintitrés millones aproximadamente; para el año de 1523, la población estimada es de diecisiete millones aproximadamente; para 1548, la población cae en picado a dos millones y medio aproximadamente; para 1595 la población indígena es de un millón trescientos mil habitantes; y para 1605, la población indígena es de un millón de habitantes

aproximadamente⁴⁴. Estas últimas cifras son muy dramáticas, toda vez que parecieran que los indígenas estaban siendo prácticamente exterminados.

La estimación en los andes centrales es que en 1530 existían nueve millones de indígenas; en el año de 1560 la población descendió en dos millones y medio; para el año de 1590, la población bajó a un millón y medio de personas⁴⁵. Dada la dificultad de establecer la certeza de tales cifras, vale entonces considerar como un hecho cierto la disminución de la población indígena aceleradamente en el continente. La explicación más distendida respecto de este hecho (dejando de lado la leyenda negra) son las enfermedades que llegaron al continente, para las cuales los indígenas no tenían defensa alguna (sarampión, viruela, paperas, gripe, peste, entre otras⁴⁶) para el “cocolixtli” y “matlazáhuatl”, epidemias que les atacaron sin reservas, durante todo el siglo XVI⁴⁷.

Otras de las causas analizadas para explicar la disminución de la población, además de las enfermedades, es la suma de varios factores que implicaron drásticos cambios en la población local. Uno de ellos fue la propia guerra de conquista, que principalmente afectó a los varones entre 15 y 35 años. Las automutilaciones poblacionales, ya sea porque los indígenas se negasen a reproducirse o se instara al suicidio colectivo o individual. La reubicación de la población en nuevos centros de población, dado que al obligar a los indígenas a migrar a estos sitios en cumplimiento con la encomienda y el repartimiento propiciaría la propagación de las enfermedades

⁴⁴Estas cifras se recogen en MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 350.

⁴⁵Vid. PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 59.

⁴⁶PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. p. 59.

⁴⁷En este sentido, MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 351.

y epidemias y el cambio de hábitos alimenticios. La monogamia impuesta por la iglesia, como el cambio de hábitos sexuales y conformación familiar, puesto que la poligamia es un sistema permitido entre los pueblos. La sobre explotación de la mano de obra, que implicaba desplazarse a los centros mineros o explotaciones agropecuarias⁴⁸. Por lo que los indígenas se encontraron en un permanente proceso que algunos refieren como *escasez-epidemia-mortandad* durante el siglo XVI⁴⁹.

En este contexto tan adverso para los pueblos originarios, vale resaltar también el impacto psicológico que produjo inicialmente el contacto con la cultura occidental. Tras la fascinación y la incredulidad de los primeros momentos, al verles llegar con sus armas, sus caballos, sus armaduras, pasaron en un muy corto periodo de tiempo a vivir la traumatizante experiencia de ver destruidas sus ciudades, dominados sus señores, mancillados sus dioses, la pérdida de su libertad, la muerte de sus hijos, sus hermanos, la forzada migración a otras zonas, en suma la destrucción de lo que ellos consideraban cierto, firme y valioso. Este proceso indujo a la pérdida de referentes y simplemente a morir. A ello se refieren los autores como *desgane vital*⁵⁰. Muchos pueblos dejaron de tener motivos para vivir. Los pueblos que

⁴⁸PEREZ, Pedro. *América Latina y el Colonialismo Europeo. Siglos XVI-XVIII*. op. cit. pp. 61-62.

⁴⁹ “Se rompió también el equilibrio prehispánico de la producción de alimentos. La mano de obra indígena –la población masculina joven afectada por el sistema de repartimientos- fue desplazada masivamente de la agricultura a otras actividades (explotaciones mineras, construcciones urbanas). Se redujeron las superficies cultivadas y cualquier mala cosecha tomó proporciones de catástrofe. De la misma manera, la introducción de la ganadería española tuvo su contrapartida en la destrucción de la agricultura indígena. Durante el siglo XVI el ciclo *escasez-epidemia-mortandad* marcará, como calendario recurrente, la vida que llevaron los indígenas en la Nueva España”. MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 351.

⁵⁰“*Epidemias, escaseces, trabajo forzado, todos podrían parecer fenómenos conocidos en tiempos prehispánicos y no ser suficientes para explicar una crisis demográfica de las proporciones señaladas. Y es que además de esos desequilibrios se registró en América durante el siglo XVI un fenómeno de “desgane vital” que no aparece haber tenido paralelo en la*

quedaron tardaron mucho en recuperarse y volver a retomar su ciclo de crecimiento y desarrollo comunitario. Ello también implicó para algunos la asunción de conductas autodestructivas o de evasión de la realidad como la embriaguez⁵¹.

Los vencidos debieron entonces someterse a un largo proceso de dominación y de aculturación. En la medida en que los pueblos indígenas perdían espacios de libertad, subía a la misma velocidad la cultura mestiza, que a la postre también reprodujo los modelos autoritarios y de prevalencia sobre los pueblos originarios. De ahí el germen paternalista⁵² y de tutoría sobre los indígenas que se auto impusieron al liberarse del dominio español.

Es necesario reconocer que el orden resultante poscolonial estableció un patrón social que reforzó las posiciones de lo europeo sobre lo americano autóctono y en el que predominó el factor de la raza y el eurocentrismo para mantener dichos privilegios o valores injustos. Esta diferenciación privilegiada llevó a construir prácticas públicas institucionales que se han venido repitiendo y consolidando con el paso del tiempo en las sociedades resultantes del proceso de mestizaje.

La desazón que produce a los pueblos indígenas perder el vínculo con sus tierras y territorios y a su particular forma de ver la vida, destruye su fuerza

historia. La conquista rompió un mundo, un sistema coherente de creencias, costumbres, actividades, e intentó establecer otro distinto. Dentro de ese nuevo sistema, los indígenas quedaron en una posición de desamparo total, sin compensaciones sociales que justificaran su papel dentro de la sociedad.” MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit.pp. 351-352.

⁵¹“Desde esa perspectiva es comprensible cómo la huida y la embriaguez, fueron recursos importantes para eludir la violencia del nuevo sistema”. MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 352.

⁵² Algunos aspectos del paternalismo y sus implicaciones jurídicas, en ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Iustel. Madrid. 2006. 421-424.

vital y pone en riesgo su sobrevivencia espiritual y física. Ello se ha documentado desde la época de la conquista y los primeros siglos de la colonia en América, indicándose que los pueblos indígenas preferían morir y desaparecer junto con su prole ante la perspectiva de cambiar su cultura y su forma de vida, vinculada a su territorio⁵³. El precio que ha pagado la humanidad al imponer una forma monocultural de vida occidental ha sido en términos civilizatorios muy altos (en lo individual y en lo colectivo), y para los grandes imperios indígenas americanos Inca y Azteca fue letal al llevarlos a su completa destrucción. Otros pueblos han mantenido una tenaz resistencia a su aculturación, como es el caso de la nación Quiché que comúnmente llamamos Maya⁵⁴, al igual que los Wyrarikas a los que llamamos Huicholes, y una gran cantidad de otros pueblos en América continental.

⁵³“En la *Crónica de N.P.S. Agustín en las provincias de Nueva España (1533-1592)* se mencionan casos de infanticidio y se relata como un “brujo” indujo a una multitud de indios a suicidarse colectivamente en Michoacán. Zorita Informa cómo los indios mixes y chontales se rehusaron a procrear por varios años. En Colima, durante la visita de Lebrón de Quiñones, se averiguó que varias tribus indígenas tenían órdenes de interrumpir cualquier concepción para acabar con sus miembros en una generación. Así, el aborto sistemático, la abstinencia conyugal, el suicidio colectivo, todos revelan un desgane vital. En las Antillas ya se conocían los efectos de ese fenómeno: la población indígena se destruyó totalmente...”. MORENO, Alejandra. “El siglo de la conquista”, op. cit. p. 352.

⁵⁴ Vale la pena traer la nota del traductor Adrián Recinos del libro *Popol Vuh* para evidenciar ello. Llegado el punto de que en el mejor de los casos por ignorancia ha negado el nombre real a la nación Quiché: “*En el principio de las antiguas historias de la raza y en los renglones siguientes, el desconocido autor da el nombre de Quiché al país así llamado: varal Quiché u bi; a la ciudad Quiché tinamit, y a las tribus de la nación, r´amag Quiché vinac. La palabra quiché, queché o quecheláh proviene de qui, quiy, muchos y ché, árbol, palabra maya original. Quiché tierra de muchos árboles, poblada de bosques, era el nombre de la nación más poderosa del interior de Guatemala en el siglo XVI. El mismo significado tiene la palabra náhuatl Quauhtemallan, que es probablemente una traducción del nombre Quiché y que, lo mismo que éste, describe con acierto el país montañoso y fértil que se extiende al sur de México. Es indudable que el nombre azteca Quauhtemallan, del cual se derivó el moderno Guatemala, se aplicaba a todo el país y no sólo a la capital de los cakchiqueles Iximché (el árbol llamado ahora ramón), a la cual los tlaxcaltecas que llegaron con Alvarado llamaron Tecpán-Quauhtemallan. Todo este territorio situado al sur de Yucatán y el Peten-Itzá es conocido desde antes de la conquista española con los nombres de Quauhtemallan y Tecolotlán (Verapaz hoy día). Popol Vuh. Empiezan las historias de origen de los indios de esta provincia de Guatemala, traducido de la lengua quiché en la castellana para más comodidad de los Ministros del Sto. Evangelio, por el R.P.F.. Francisco Ximénez, Cura doctrinero por el Real Patronato del Pueblo de Sto. Tomás Chuilá. RECINOS, Adrian. (prol y trad.) Popol Vuh. México. Fondo de Cultura Económica. 2008. p.163.*

Es evidente que desde un inicio se les ha tratado como pueblos y como personas cuando menos con injusticia. A la fecha, ya sea por inercia o por ánimo depredador, la misma se ha mantenido a lo largo de siglos, abonada por nuestra poca disposición a la apertura de miras y la ignorancia. Por tanto, propongo anteponer una sana distancia cultural para reexaminar los hechos dejando de lado la posición cultural dominante occidental, que se ha asumido como universalista y en apariencia neutral, a efecto de evaluar nuevamente las asunciones sobre los derechos que los pueblos indígenas mantienen como derechos colectivos, parte esencial de esta cultura originaria de su forma de vida propia. Asumir que nuestra actitud equivocada e injusta ha propiciado efectos dañosos en su cultura. La difícil convivencia de esta relación occidente-cultura originaria indígena ha acarreado desde el inicio graves consecuencias de miseria, indignidad y destrucción en perjuicio de los pueblos originarios.

El diagnóstico que presentó Stavenhagen⁵⁵ en su calidad de Relator Especial para los Pueblos Indígenas en 1994 para las Naciones Unidas, no dista mucho en dramatismo al presentado por Fray Bartolomé de las Casas ante el Emperador Carlos I de España y V de Alemania en su Brevísima relación de la destrucción de las Indias en 1552⁵⁶. Los indígenas viven permanentemente los efectos de la injusticia social dentro de las sociedades occidentalizadas, con independencia del país o la región política en la que se encuentran. La constante son las injusticias, la discriminación y la ignorancia

⁵⁵STAVENHAGEN, Rodolfo. *“La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”*, Informe correspondiente al año 2004 presentado ante las Naciones Unidas en su calidad de Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas. Cuerpo Georgia, Sesión 59ª, símbolo A/59/258. Fecha 12 de agosto del 2004.

⁵⁶DE LAS CASAS, Bartolomé. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Publicada ilícitamente en 1552. Reeditada por SARPE. Madrid. 1985. Vale decir que dicha obra ha sido divulgada desde el siglo XVII, en más de 50 ediciones.

respecto a sus valores y su forma de vida. Stavenhagen refirió que los pueblos indígenas en general mantienen problemas en prácticamente todos los órdenes de la vida, sea la tierra, el medio ambiente, los recursos naturales, la justicia, pobreza, desarrollo, lengua, cultura, educación, gobierno, participación política, libre determinación, etc.⁵⁷ El entonces Relator de la ONU analizó en ese informe todos y cada uno de los puntos a manera de diagnóstico, a fin de concienciar y denunciar tal situación ante la comunidad internacional. Me detengo sólo a mencionar algunos puntos del apartado “D” del informe, titulado: *Pobreza y acceso a los servicios básicos*⁵⁸. Refiere que los indígenas se encuentran entre los estratos más pobres de la sociedad, su promedio de vida es inferior a la media, tienen altas tasas de mortalidad infantil, sus niveles nutricionales son más bajos, mantienen graves problemas de salud, de vivienda, sus condiciones son inadecuadas, no acceden fácilmente a las instituciones de servicios sociales, etc. Generalmente están debajo de los indicadores de desarrollo humano y están muy por debajo de los mínimos. Cita algunos ejemplos de pueblos indígenas en distintos países como Guatemala, Chile o México. Establece que: “Uno de los patrones recurrentes observados, y tema de preocupación para el Relator especial, es la relación entre origen étnico y la pobreza”. Lo anterior, evidencia que se mantiene esa rancia postura racista y discriminadora frente a los pueblos indígenas, lo que se ha convertido

⁵⁷ El punto 11 del informe refiere que: “De la información recibida por el Relator Especial se desprende la existencia de importantes vacíos en la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas en todas las regiones. Los principales problemas de derechos humanos de los indígenas se refieren fundamentalmente a la tierra, el territorio, el medio ambiente y los recursos naturales; la administración de justicia y los conflictos legales; la pobreza, los niveles de vida y el desarrollo sostenible; el idioma, la cultura y la educación; el gobierno propio, la autonomía, la participación política y el derecho a la libre determinación”. STAVENHAGEN, Rodolfo. “La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”.op. cit. p.6.

⁵⁸ Punto 33 del informe. STAVENHAGEN, Rodolfo. “La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. op. cit. p.11.

en un lastre a lo largo de los siglos en contra de los mismos. Los Estados en general, si bien reconocen los problemas y establecen algunas medidas para promover el nivel de vida de los pueblos, sin embargo las políticas públicas no tienen en cuenta a los propios indígenas, perpetuando en la práctica la minusvaloración de las personas y de las culturas indígenas y apartándolos de la participación activa en su diseño o implementación⁵⁹. Los indígenas que no son capaces de asimilar o adaptarse a los cambios optan recurrentemente por el suicidio⁶⁰. Este desalentador panorama planteado en 2004 por el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas, ha sido una constante y no es en absoluto una sorpresa para los estudiosos del tema.

Fray Bartolomé de las Casas, en su momento fue uno de los principales defensores de los indios (acusado de propagar la leyenda negra sobre España), denunciando lo que ahora se consideraría un genocidio que llevó prácticamente al exterminio a los pueblos indígenas de las Antillas. Describió numerosas crueldades y muertes en distintos lugares de América, particularmente en la Nueva España y el Perú. Fray Bartolomé narró las injusticias a manos de los conquistadores españoles.

⁵⁹El punto 34 del informe señala que: *“Algunos Estados han reconocido estos problemas y promueven políticas y medidas especiales encaminadas a mejorar el nivel de vida de los pueblos indígenas. En otras zonas, las políticas públicas no tienen esa orientación y las necesidades de las poblaciones indígenas no se han tenido en cuenta. La experiencia reciente ha demostrado que, para que los resultados sean eficaces y supongan una diferencia en la vida de las personas y las comunidades, el crecimiento económico debe ir de la mano con las preocupaciones sociales, y para los pueblos indígenas deben diseñarse, con su participación activa, políticas públicas específicas para hacer frente a sus problemas particulares”*. STAVENHAGEN, Rodolfo. *“La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”*. op. cit. p.11.

⁶⁰También se dice en el punto 34 del informe que: *“En Canadá el Relator Especial fue informado de los altos índices de diabetes entre la población aborigen, así como de preocupantes tasas elevadas de suicidios entre jóvenes indígenas, a consecuencia de cambios radicales en la forma de vida impuesta en pocas generaciones por la política gubernamental”*. STAVENHAGEN, Rodolfo. *“La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”*. op. cit. p.11.

Este ejercicio de recuperación de la memoria, no tiene por finalidad seguir culpando al pasado remoto de las injusticias que ahora viven los pueblos indígenas en Latinoamérica. No es válido, no es justo, no es ético y no se sustenta racionalmente. Sólo he pretendido poner en relieve que el desprecio actual latinoamericano por la cultura indígena, tiene profundas raíces históricas de lo que no siempre somos conscientes los mestizos.

La reflexión ha de ser mucho más profunda, mucho más honesta y quizás sosegada; implicará reconocer que no es admisible partir de generalizaciones, ni de anteponer categorías irracionales a los procesos o hechos ocurridos en el pasado. También reconocer los valores, los razonamientos y la forma de vida de dichas sociedades en su propio contexto. Además de partir desde un punto de vista crítico, analítico y abierto. No es inteligente pelearse con la historia y no tiene sentido reivindicar los derechos de los indios muertos hace varios siglos.

Conocer la historia implica entender los hechos y comprender que somos las sociedades mestizas de América una continuación de la cultura occidental, en la que se comparten mucho de sus valores en todos los ámbitos de nuestra vida actual. Somos herederos y continuadores de ella. Por ello la construcción social actual latinoamericana tiene fuertes cimientos en la tradición occidental. Hablamos español, con un alfabeto griego, contamos con números arábigos, los modelos de belleza son helénicos, el tiempo lo contamos en años gregorianos, en fin. Sólo deseo evidenciar la identidad de la cultura occidental con las actuales sociedades mestizas americanas.

En muchos lugares de México, cuando un indígena observa a un mestizo mexicano o a un español, inicialmente no los diferencia. Entramos en la misma categoría de *no indígena*. Se refieren a nosotros como *caxlán*, *choto*, *tehuare*. Piensan que no conocemos la tierra, porque nuestros padres no lo enseñaron, no vemos, no oímos, hablamos demasiado, por ello no entendemos. *Es pobre*.

El punto es desde el punto de vista mestizo latinoamericano: ¿por qué se ama y se odia lo europeo?, ¿por qué se ama y se odia lo indígena? Creo que en la respuesta a éstas preguntas no se encuentra un elemento de esquizofrenia, sino que juega un papel preponderante la ignorancia. Se ama lo que se conoce, y se odia lo que se teme, lo que se asume con ignorancia. Creo que la ignorancia es mutua entre las sociedades indígenas y no indígenas.

En los actuales movimientos indígenas en América juega un papel importante esta concienciación del sesgo occidental de los saberes asumidos. Se intenta hacer un ejercicio de la memoria por parte de los pueblos indígenas, para recuperar sus derechos. La miseria en la que muchos han caído, también les hizo olvidar su dignidad y valor como indígenas. Están en proceso de recuperación de sus historias y de sus saberes. A ello, le llaman *descolonización*. Ello implica ser consciente de los efectos tanto negativos como positivos, que ha traído la dominación cultural de occidente y ponerlo de relieve es parte de un proceso interno, que los hace más libres y más iguales. Levantarse y usar su voz para reclamar como iguales un espacio en la negociación de la mesa del pluralismo cultural en los Estados democráticos. La justicia como política de reconocimiento implica considerarnos iguales en derechos, respetando nuestras diferencias culturales.

Por ello culpar a nuestros ancestros no es válido para explicar la situación actual en la realidad indígena. Aunque considero que es inevitable que éste argumento siga siendo utilizado por las oligarquías nacionalistas, paternalistas y monoculturales americanas, para culpar a otro sin asumir sus propias responsabilidades.

Si reconocemos que el germen de la discriminación es interno; es decir, las culturas mestizas han reproducido ese patrón, han de ser conscientes de ello y ser capaces de cambiar el paradigma cultural. De lo contrario, los valores de lo bueno, de lo correcto, de lo justo con los que vivimos los latinoamericanos seguirán siendo impuestos a los indígenas, a pesar de que no sean neutros, ni universales, ni democráticos. Por ello, la solución no está en lo que ocurrió en el pasado, ni en seguir escuchando el discurso de las oligarquías, la solución está en que seamos capaces de construir como sociedad multicultural una convivencia en la valgamos, vivamos y seamos tomados en cuenta todos.

**CAPÍTULO SEGUNDO. EL TRATAMIENTO
JURÍDICO DE LO COLECTIVO**

1. DERECHOS COLECTIVOS. TESIS A FAVOR Y EN CONTRA.

Algunos expertos en pueblos indígenas prefieren no entrar en la discusión de los derechos colectivos desde la teoría y orientar sus esfuerzos a encontrar mejores mecanismos para su defensa. Así, por ejemplo, James Anaya afirma que *“hemos de dejar atrás la discusión sobre la existencia o no de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y pasar urgentemente a su defensa a favor de ellos”*⁶¹. No obstante, me parece importante analizar lo referente a los derechos colectivos, aunque sea un tema complejo y que se considera alejado de beneficios prácticos ante los tribunales.

Las causas de esa complejidad son varias. Por un lado, los estudiosos - como eternos Sísifos- no han construido un único concepto de Derecho que adhiera las voluntades, por lo que difieren las definiciones de este fenómeno social y cultural⁶². En teoría del derecho, los conceptos se construyen dependiendo de la escuela: nearistotelismo, positivismo, iusnaturalismo, derecho como integridad, derecho como argumentación, realismo jurídico,

⁶¹ El profesor James Anaya, Relator de la ONU sobre Pueblos Indígenas, afirmó que: *“Ya no perdamos en tiempo en discusiones sobre los derechos colectivos de los pueblos; ahora debemos pasar directamente a exigir que se cumplan los contenidos de las recomendaciones, las sentencias – de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos- la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otras normas internacionales y nacionales.”*. Taller de Pluralismo Cultural, Minorías y Cooperación Solidaria. Sesión extraordinaria convocada por el Profesor Oscar Pérez de la Fuente y Daniel Oliva Martínez sostenida en la Ciudad de Getafe, Madrid, España. Viernes 22 de junio del 2012. Universidad Carlos III de Madrid.

⁶² *“La aproximación empírica (...) deducción de que éste –el derecho-, como hecho social, es producto de la cultura y, por tanto, está sujeto a la historia y a la política”*. ALVAREZ, Mario. *Introducción al Derecho*. Mc Graw Hill. México. 2004. p. 40.

pragmatismo, etc. Por ende, tampoco es sorprendente que no exista un acuerdo sobre el concepto y la sustancia de derechos colectivos. Por otro lado, la filosofía del derecho no es ajena a la filosofía política que a manera de caleidoscopio nos deslumbra ante las posibilidades de su construcción; con posturas que van desde los que consideran que los derechos colectivos son perfectamente asumibles a los que entienden que son profundamente incompatibles con la agencia moral que se otorga a la persona humana.

En la actualidad, sobre todo se confronta con la construcción moderna del derecho que va de la mano con el desarrollo de la dignidad humana⁶³, la dimensión de su libertad y otros derechos fundamentales. Quienes suscriben este paradigma, encuentran el individualismo como cierto y universal⁶⁴. Es decir, las libertades están asignadas al individuo y éste tiene prevalencia sobre la sociedad; por tanto, cualquier pretensión que restrinja la autonomía del individuo –como pueden ser algunos derechos colectivos- en principio ha de

⁶³“El concepto de dignidad humana, por tanto, se halla estrechamente vinculado, en el pensamiento de Kant, a las nociones de persona y de personalidad. La dignidad constituye, en la teoría kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. La dignidad humana entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo. El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas”. RODRIGUEZ, José Manuel. “Kant y los derechos humanos”. En PECES-BARBA, Gregorio. (director). FERNANDEZ, Eusebio. (coord.) *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II Siglo XVIII*. Dykinson. Madrid.1998. p.471.

⁶⁴“Nuestra historia comenzó siendo individualista y sigue siendo individualista. La modernidad reconoció al individuo como fundamento y fin último de toda organización colectiva”.LOPEZ, Nicolás. “Sobre los Derechos Colectivos”. En ANSUATEGUI, Francisco J. *Una Discusión Sobre Derechos Colectivos*. Dykinson. Madrid. 2001. p. 17.

ser rechazada. Otros refieren que para ciertas minorías hay que analizar las que son compatibles con la libertad⁶⁵.

La crítica es que el individualismo presenta la libertad⁶⁶ en abstracto sin la inclusión de otras dimensiones culturales. La cultura es cualidad necesaria para que la libertad tenga sentido; el individuo tiene una forma de ver y percibir el mundo construida a través de los valores de su cultura. Por lo tanto, qué sentido tiene racionalizar libertades para individuos imaginariamente neutros. Esos entes no existen. Las formas de ver y percibir el mundo son parte de la riqueza humana. Si el ser humano es el único agente moral, el ejercicio dentro de un contexto social debería de ser relevante, lo que él considera importante para su felicidad.

Lo colectivo es una realidad social, construimos ficciones jurídicas como forma de organización a efecto de que existan entes colectivos que se rijan por principios, reglas y mecanismos de solución de conflictos que esta vida colectiva suscita (el Estado es el ejemplo por excelencia). Los seres humanos somos entes sociables. En este ámbito, se circunscribe la afirmación de que la

⁶⁵“Naturalmente, los principios básicos del liberalismo son principios de libertad individual. Los liberalistas sólo pueden aprobar los derechos de las minorías en la medida en que éstos sean consistentes con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos”. KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Paidós. Barcelona. 2006. p. 112.

⁶⁶“Filosóficamente, el presupuesto y la justificación de estas libertades ésta relacionado con la concepción individualista de la sociedad, es decir, aquella según la cual el individuo –como único agente moral- siempre tiene prioridad sobre la sociedad, y que se encuentra en la base del liberalismo. Pero además se trata de un individualismo abstracto y universalista, que configura como destinatario de estos derechos al hombre genérico, sin atributos. De esta forma, la teoría liberal clásica supone la afirmación y defensa de la libertad negativa pero también de la igualdad, entendida como igual libertad ante la ley. Entendida en su dimensión de igualdad como generalización o equiparación y que se expresa, de forma negativa, en el principio de no discriminación. La igualdad consiste, así en que determinados elementos físicos, socioeconómicos o culturales, que establecen diferencias entre los hombres, se consideran como irrelevantes, equiparándolos en derechos y prohibiendo la discriminación normativa por esos motivos”. DORADO, J. “Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo”. En ANSUATEGUI, Francisco J. *Derechos Fundamentales, Valores y Multiculturalismo*. Dykinson. Madrid. 2005. pp. 69-70.

dimensión colectiva existe y es necesaria para nuestra forma de desarrollo, trasciende a las personas y permanece. Reconocerlo es entendernos como entes que compartimos lengua, creencias, formación, vínculos, cultura, historia, creatividad. Lo colectivo existe porque tiene sentido. Es una dimensión más de lo humano; por tanto en todas las civilizaciones y agrupaciones humanas se observa un desarrollo mayor o menor del mismo. El derecho es una creación humana basada en nuestra necesidad de ordenar nuestra interrelación social. Al ser cambiante la realidad, nuestra realidad jurídica también evoluciona.

Esta realidad indispensable para cualquier sociedad que aspire a permanecer como tal, no podría ser diferente en los pueblos indígenas, que de igual forma ha tenido expresión en su sistema jurídico interno (“la costumbre”; “el acuerdo”; “la tradición”; es un sistema consuetudinario de justicia) que regula y es vigente en la vida pública de la Comunidad Indígena.

Los derechos colectivos no son extraños a las sociedades europeas u occidentales. La concepción de la democracia, república, soberanía, entre otras, hacen referencia al valor de lo colectivo; los derechos reconocidos a los ciudadanos, al pueblo, a la nación, son el germen de una forma de organización legítima de Estado y de Gobierno.

Este valor evidente de lo público, de lo colectivo, que regula la vida en sociedad, es esencial para los pueblos indígenas. Los no indígenas habremos de abrirnos a su visión de vida buena colectiva y aquilatar la importancia vital para esa forma ancestral de ver y comprender el mundo. Con este único mensaje está organizada la mayor cantidad de esfuerzos y actitudes de resistencia cultural indígena: el respeto a sus derechos colectivos. En lo

personal considero que parte de la defensa de la cultura de los pueblos indígenas está en el análisis de las reivindicaciones colectivas a efecto de comprender el alcance y la trascendencia de sus principios, reglas, razones, trascendencia y efectos de sus derechos colectivos.

En los últimos 60 años ha existido una gran evolución en el Derecho indígena, pasando a tener más visibilidad y reconocimiento estos movimientos sociales en muchos niveles de lo público. Se han vuelto sus propios interlocutores de sus demandas individuales y colectivas; y, por la vía de los derechos humanos, han ampliado su legitimidad en el marco jurídico a través de la justicia. En un corto espacio de tiempo los Estados han dado espacios jurídicos a los pueblos indígenas que antes eran inimaginables. Se ha reconvertido el lenguaje de los derechos humanos en los tribunales; se ha ampliado el marco legal internacional; se han reformado las constituciones políticas y con ello el marco jurídico positivo al interior de los Estados. En suma, se ha dado un giro a la inercia del Estado por reproducir políticas de integración nacional a costa de las identidades diferenciadas dentro del modelo de Estado monocultural.

Sin embargo, no ha bastado que varios derechos para los indígenas se hayan incorporado al derecho positivo. Aún subsisten dudas sobre la existencia y articulación de los derechos colectivos. Muchos estudios del derecho no acaban de encontrar argumentos, desde la teoría, del debido sustento jurídico de los mismos.

Abordar los derechos colectivos es un tema complejo. Para algunos, si es derecho positivo no tiene mayor discusión, existen y punto; otros, sin

embargo, afirman que es difícil justificar su existencia⁶⁷. En el fondo existe controversia desde el paradigma jurídico de la teoría que se asuma. No hay acuerdo sobre su definición, sentido, existencia, delimitación, etc. El tema no está exento de apasionamiento⁶⁸ y pareciera que la discusión está más en el ámbito de la ideología que en el campo de estudio del Derecho. No obstante, tiene una especial relevancia en los tiempos actuales, porque cada día encontramos evidencias de que lo colectivo ha de dejar siempre paso al individualismo⁶⁹. Lo que implicaría atomizar el sentido de la vida social y la deconstrucción del sentido de comunidad, de pueblo.

Sin perjuicio de la exposición que se hará en el siguiente capítulo acerca de algunos modelos de derechos colectivos, es clarificador conocer desde ya algunos de los argumentos que se utilizan en la discusión sobre su existencia. Para ello traeremos aquí la clasificación propuesta por Pérez de la Fuente, que sintetiza varias posturas a favor y en contra de los derechos colectivos. Parte este autor del paradigma del reconocimiento y su inclusión en el sistema jurídico, y refiere que específicamente las minorías culturales mantienen reivindicaciones con dimensiones tanto individuales como colectivas, que están

⁶⁷LOPEZ, Nicolás. "Sobre los Derechos Colectivos". op. cit. p. 17.

⁶⁸"(...) este tema de los derechos colectivos, que tiene un indudable interés científico, que afecta a muchas dimensiones de la actualidad, que incide en parcelas muy sensibles de la cultura política y que transmite, a veces, sentimientos y emociones difíciles de encauzar. Esa importancia, y esa posible emotividad del tema, producen muchas reacciones espontáneas, no basadas en argumentos racionales, y contribuye a comprender la necesidad de una aproximación académica para aclarar las ideas, analizar conceptos y aislarlos de las fuentes de emoción que los pueden distorsionar." PECES-BARBA, Gregorio. "Los Derechos Colectivos". En ANSUATEGUI, Francisco J. *Una Discusión Sobre Derechos Colectivos*. Dykinson. Madrid. 2001. p. 67.

⁶⁹Esta es la tónica de los gobiernos conservadores y neoliberales, que se empeñan en imponer su visión de un Estado con menos intervención en lo colectivo, dejando de lado los derechos económicos, sociales y culturales; y los avances logrados del Estado social.

vinculadas con su identidad⁷⁰. Los pueblos indígenas son parte de estas minorías que cuestionan por qué han de asumir que los derechos sólo deben ser individuales y no incluir sus derechos específicos de grupo. Ellos consideran que tales derechos son relevantes y no están dispuestos a renunciar a ellos. Son parte de su visión de vida buena. Tienen relevancia ética en su cosmovisión cultural y es parte de su tradición ancestral. El Estado moderno, ha abierto la puerta a su inclusión en el sistema jurídico positivo desde la óptica de la tolerancia y el reconocimiento de su pluralismo cultural. Pero ello no ha evitado el debate de la acomodación de estos derechos específicos a su realidad jurídica nacional. Provoca reacciones a favor o en contra, y no sin sobresaltos, dadas las posturas radicales al respecto.

Respecto de las tesis *en contra* de los derechos colectivos, señala dicho autor las siguientes:

- *Individualistas*: sólo asignan relevancia moral al individuo y no al colectivo. Tienen en común el liberalismo clásico. El individuo es el ente sujeto de derecho y no los colectivos. Refiere niveles⁷¹. El individualismo no atribuye importancia al contexto social del hombre. Afirma un importante valor a la autonomía del mismo dejando de lado la influencia de la comunidad. Si se presentan tensiones entre el individuo y los valores de la comunidad, ha de

⁷⁰ “Esta articulación de las coordenadas del paradigma del reconocimiento tiene una traslación jurídica. Los fundamentos filosóficos de los derechos de las minorías culturales presentan un panorama específico, ya que afectan a dimensiones colectivas y el objetivo es la afirmación de la identidad específica”. PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 429.

⁷¹ Refiere PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 434, niveles en estas concepciones: el individualismo ontológico, semántico y metodológico. El individualismo ontológico afirma que sólo se puede identificar reductivamente a los individuos; el semántico, dice que se puede reducir todo el lenguaje atribuido a las entidades en general, a entidades individuales; y el individualismo metodológico, considera que todos los fenómenos sociales se reducen a acciones individuales y no puede trasladarse o atribuirse a los colectivos.

primar la persona por sobre cualquier otro interés. Desde la óptica de los derechos humanos la concepción clásica atribuye sólo la titularidad a la persona y no son sujetos morales los colectivos por no ser sujetos morales de los mismos; es decir, carecen de dignidad⁷². Vale decir, que la postura individualista comparte la visión kantiana de la dignidad humana y la preminencia moral del ser humano; éste recorrido teórico atribuye extraordinario valor a su autonomía y razonamiento, como fuente sus derechos. Por lo que descontextualiza al individuo de su entorno.

- *Tesis Jurídica*: parte del respeto al principio de seguridad jurídica que se les debe a las normas e instituciones jurídicas creadas. Esto es, que si dentro de un sistema se crean normas éstas han de respetarse. Por tanto, *“reconoce la existencia de derechos colectivos, en la medida en que están reconocidos por el derecho”*⁷³. Ello significa que los derechos colectivos existirán en la medida en que los mismos se encuentren incluidos en el marco jurídico positivo vigente⁷⁴. Bajo esta tesis los pueblos indígenas tendrán derechos en la medida en que los mismos se encuentren establecidos en la ley, en la forma y con el alcance que se encuentren expresados en las normas. De ahí se deduce que pueden establecerse derechos colectivos a las personas indígenas, y también el reconocimiento a una comunidad indígena o a un pueblo indígena o a una nación indígena como ente colectivo titular de

⁷²En suma, expone PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 440, que la tesis individualista tiene las siguientes particularidades: *“a) primacía ontológica de las personas físicas como únicos sujetos morales. b) la agencia moral, requisito de la titularidad de los derechos, solo se predica de los individuos. c) consideración instrumental de los colectivos de personas que, en último término, tienen como objetivo el bienestar de los individuos que los componen. d) los colectivos no tienen valor en si mismos, sino como meros agregados de individuos”*.

⁷³PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 440.

⁷⁴*“Los derechos jurídicos, sean colectivos o individuales deben tener su completa garantía jurisdiccional.”* PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 446.

derechos, de la misma forma que a un sindicato, a una empresa, a un partido político, etc. Ellos tendrán agencia moral acotada por lo que establezca la norma. Es decir, no tienen derechos por sí, su fuente de legitimidad no está en el desarrollo de los derechos fundamentales, sino que la fuente del derecho es la propia norma. Es una visión kelseniana de los derechos colectivos, de acuerdo a la *teoría del derecho positivista*.

Esta tesis otorga totalmente el control absoluto al Estado con respecto a lo que es derecho y lo que no lo es. De forma que los pueblos indígenas no podrán reivindicar ningún deber o derecho que no este amparado en el marco jurídico. Si el Estado tiene una visión restrictiva o de mínimos sobre tales derechos colectivos indígenas los mismos se verán desamparados. Si mantiene una preminencia constitucional sobre los tratados internacionales, los mismos no podrán ser alegados ni protegidos. Por el contrario, si el Estado en boca del juez tiene una visión amplia resultará que tienen mayor alcance. Esta forma de interpretar el derecho es cuando menos arbitraria y se puede dar la paradoja de que en algunos casos similares, un día el derecho exista y luego deje de existir en función de lo que contemple el legislador o interprete el juzgador. Las tesis positivistas tienen, por otro lado, el mismo problema de fondo, no se toman los derechos en serio, porque por un lado los legisladores no pueden contemplar todos los supuestos que se presentan en el mundo real; y, por otro lado, si el juzgador no tiene una norma que refiera el supuesto que se le presenta, deberá de optar por no decidir la controversia o decidirla de forma arbitraria⁷⁵.

⁷⁵Sintetiza PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 447, que para la tesis jurídica: "a) sólo existen derechos colectivos en la medida en que estén regulados

- *Tesis de la redundancia*: considera que los derechos colectivos no serían necesarios, dado que los derechos individuales ya existen. De forma que contemplar los derechos colectivos podría causar confusión o confrontación con los individuales. Comprende varias posturas. Unos refieren que la aplicación de *la igualdad* permitirá integrar los reclamos de las minorías, a través de políticas de discriminación positiva, para armonizarlos en derechos individuales, por lo cual no son necesarios. Otros entienden que los derechos culturales, sociales o colectivos, son derechos políticos y no jurídicos, por lo que son débiles y no están en la misma categoría frente a los derechos individuales, que serían verdaderos derechos. Por último, para algunos si el fin último de los derechos colectivos son los individuos, entonces tienen los mismos fines en sentidos prácticos, por lo que si estos últimos ya existen los primeros no son necesarios⁷⁶. Considero estas posturas por lo menos sesgadas por el paradigma cultural de occidental y planteadas desde una ladera diferente a la realidad indígena, porque no atienden ni analizan las demandas específicas de estos pueblos.

por el Derecho. La fórmula tradicional es la persona jurídica. b) para ser titular de un derecho es requisito tener capacidad de agencia moral, y los colectivos difusos no los tienen. c) tener un derecho implicaría la imposición de un deber a terceros, y se debe valorar si los colectivos están justificados para sostener y reivindicar la imposición frente a ellos. d) la estrategia de los derechos. Lo cual excluye la negociación, la cuestión es conocer quien es el vencedor, quien tiene el triunfo frente a la mayoría". A ellos, agregaría dos aspectos: e) el Estado mantiene un papel preponderantemente autoritario, al tener poder absoluto para determinar qué es derecho y qué no lo es; f) la seguridad jurídica está cuestionada, porque dependerán los derechos colectivos de la forma de inclusión en el derecho positivo, resultando que las cuestiones planteadas no contenidas en las normas, no podrán ser resueltas a no ser que lo sean de forma arbitraria.

⁷⁶ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 452, sintetiza refiriendo que: "a) en su versión fuerte, considera los derechos colectivos como incompatibles con los derechos individuales. b) En su versión débil, considera que los derechos colectivos son políticos, y no jurisdiccionales y así no entran en contradicción con los derechos individuales. c) existirá siempre una tensión entre derechos colectivos y derechos individuales o la tesis social, en función de si las premisas de nuestro razonamiento moral dan prioridad al individuo o a la comunidad".

- *Tesis de los riesgos*: atribuye una serie de aspectos *perjudiciales y perversos*⁷⁷ a la inclusión de los derechos colectivos puesto que generarían enfrentamientos en la sociedad. Los minusvaloran, considerándolos antinaturales y provincianos opuestos al cosmopolitismo. Tienen detrás argumentos similares a los que se autoproclaman pueblos civilizados frente a los que no lo son, por lo que parten de cierto supuesto de superioridad cultural. Argumentan que los derechos colectivos no deben imponerse a los derechos individuales, ello rayaría en el totalitarismo y la antesala de la barbarie. Paradójicamente en este argumento se usa en defensa de los derechos humanos desde una perspectiva clásica, quienes consideran que la inclusión de los derechos colectivos provoca confusión y graves consecuencias a los derechos individuales. Mencionan como uno de los efectos negativos de los derechos colectivos, es el riesgo del *organicismo social*, es decir, considerar a las comunidades como un organismo vivo, con voluntad propia que puede someter a los individuos, pudiendo ser utilizada así por demagogos y déspotas⁷⁸.

Esta tesis de los riesgos se encuentra atrapada en el paradigma occidental y su asociación a su historia relativamente reciente. Algunos países europeos, adoptaron regímenes totalitarios que exaltaron a líderes populistas que arengaron valores nacionales en contra de sus vecinos y en contra de minorías nacionales o religiosas, llevando a sendas y desastrosas guerras mundiales. Ello fue posible porque era una forma de externalizar los problemas

⁷⁷ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 452.

⁷⁸ Sintetiza., las tesis de los riesgos en: "a) afirmar que existen más inconvenientes que ventajas de los derechos colectivos. b) jurídicamente los derechos colectivos chocan con el lenguaje de los derechos. c) políticamente los derechos colectivos están asociados a formas organicistas y totalitarias de imposición sobre los individuos". PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 455

internos, como las crisis económicas y desempleo. El gran pacto que dio origen a la creación de la Organización de las Naciones Unidas como garante de la paz mundial y el desarrollo de los derechos humanos, en mucho ha sido la consecuencia de dichos conflictos. Se debieron desarrollar discursos jurídicos basados en la dignidad de las personas y la importancia de sus derechos. Esta evolución de los derechos nos ha llevado a este momento de nuestra historia. Sin embargo, los reclamos de los pueblos indígenas por el reconocimiento y el respeto de sus derechos colectivos y específicos, no están relacionados con esta historia reciente. Por el contrario, tiene que ver con el injusto orden social en el que se les ha puesto desde los primeros momentos en que quedaron sujetos de la cultura occidental⁷⁹.

En cuanto a las tesis *a favor* de los derechos colectivos, vinculan la relación del individuo con su medio y la importancia que éste tiene para el pleno desarrollo de las personas; es decir, *el hombre situado*. Se señalan las siguientes:

- *Tesis social*: según Pérez de la Fuente esta tesis “*considera la necesidad de protección de un determinado contexto cultural para el desarrollo*

⁷⁹El valor de la resistencia indígena estriba en su acción colectiva y en el mantenimiento de su conciencia como cultura diferenciada a lo largo de los siglos. Se argumenta que los pueblos indígenas son malos para sus propias minorías y que, con el argumento de mantener su cultura y sus tradiciones, mantienen prácticas opresivas y violatorias de los derechos humanos. En tal sentido, pareciera que a todos los pueblos se les pone en la misma categoría y que en su conjunto se descalifica a los pueblos. En este punto vale referir que, por un lado, los pueblos no indígenas mantienen prácticas que pueden ser igualmente cuestionadas y atentatorias contra los derechos humanos (vr. gr., las técnicas de los ahogamientos como mecanismo de interrogatorio; el mantenimiento de personas privadas de su libertad, sin juicio y sin asistencia jurídica y sin comunicación con el mundo exterior, en cárceles secretas; la utilización de tecnología como los drones para cometer homicidios selectivos, etc.). El hecho de que se produzcan estas violaciones a los derechos humanos no descalifica al conjunto de la cultura occidental. Sin embargo se toman algunas prácticas culturales indígenas como referente para descalificarlas a todas en su conjunto. Por ello, no cabe argumentar que todo derecho reconocido a los pueblos indígenas va en detrimento de los derechos individuales, salvo que se haga desde los tópicos y la ignorancia. En todo caso, habría que conocer la práctica indígena concreta y entrar en diálogo intercultural, para analizarla.

de las potencialidades específicas humanas⁸⁰. En este sentido estarían orientadas teorías políticas como el comunitarismo, el culturalismo liberal y el multiculturalismo, como diferentes versiones de éticas contextualistas. Es decir, el contexto de las personas es relevante para el desarrollo de la identidad del individuo. Los individuos están contruidos internamente impregnados de sus valores culturales, que son básicos para su toma de decisiones significativas. Incluso es relevante para ser capaz de acercarse con conciencia crítica al mundo que le rodea y también a su propia cultura. Refiere la tesis social que lo colectivo no es un simple agregado de individuos, sino que el colectivo por sí mismo es relevante. La crítica más extendida por la tesis social es contra la versión de que el individuo se encuentra atomizado y en tal circunstancia toma sus decisiones, desvinculadas de su entorno. Por lo que se opone al individualismo⁸¹.

- *Tesis colectivista*: parte de la consideración de que los grupos son importantes y que ellos son estructuras –comunalidad- que han de ser tenidas en cuenta. No está centralizada en los derechos de los individuos, sino en tomar en cuenta los grupos a los que los individuos pertenecen; lo contrario implicaría atomizarlo. Por lo que se ha de conocer su contexto y, en función de ello, establecer la influencia del grupo. Por tanto, el grupo en el que se integra o del que proviene es importante. Sobre todo, resalta la importancia que éste tiene para las comunidades étnicas, quienes tienen demandas justas y

⁸⁰ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 455.

⁸¹ Para PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 460, la tesis social se caracteriza por: "a) afirmar la importancia del contexto cultural para el desarrollo de los planes de vida de los individuos. b) La pertenencia cultural se define en función de grupo al que el individuo se integra. c) sólo se considera legítima, según la tesis culturalista, la protección de los grupos que fomentan las elecciones autónomas significativas, no aquellos que utilizan las restricciones internas para fomentar la coherencia interna de grupo con ideologías cerradas o ultra-ortodoxas".

legítimas en su contexto. Los seres humanos no son neutros, tienen una cultura, una religión, una raza, un contexto, etc. Respecto de la confrontación de lo individual con lo colectivo, asume que lo colectivo es necesario para el respeto de los derechos individuales.

En lo personal, considero que es evidente y lógico que cualquier estructura tiene dimensiones colectivas y las mismas han de garantizarse a través de la creación de derecho colectivos, que a la vez son indispensables para proteger los derechos individuales; por ejemplo, no tiene sentido proclamar o declarar la existencia de derechos individuales a las personas, si no se crean estructuras colectivas que las defiendan, como es la estructura para la impartición de la justicia. Ésta es una estructura colectiva creada y reglada con el fin de su protección, de lo contrario los derechos individuales carecerían de eficacia. Es necesaria una fuerza colectiva suficiente para hacerlos respetar. Por lo que se tiene un derecho individual a la impartición de justicia y, a la vez, un derecho a la existencia de un órgano colectivo que imparta la misma, por ende, un derecho colectivo como comunidad, a vivir bajo un estado de derecho y a una sociedad que se conduzca bajo principios y reglas justas⁸².

⁸²Resume PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 467, las características de ésta tesis de la siguiente manera: “a) el valor intrínseco de los grupos se denomina comunalidad, y es una estructura de la existencia humana junto con la personalidad y la sociabilidad. b) en individualismo liberal menosprecia y olvida el papel de los grupos, favoreciendo la cultura mayoritaria. Las situaciones como el estado de la naturaleza y la posición original debería reflejar la existencia de los grupos. c) entre la contradicción de los derechos individuales y los derechos colectivos deben prevalecer los derechos colectivos. d) los colectivos, susceptibles de ser titulares de derechos, son aquellos que suponen una identificación fuerte para sus miembros, con una voluntad de preservarse en el tiempo, han sufrido discriminaciones, son reconocidos como grupo y su contribución a la sociedad necesita de medidas especiales para preservar su identidad”.

- *Tesis política*: Afirma que las razones del reconocimiento de los derechos colectivos son motivos políticos y sociales por encima de los formalismos jurídicos. El no reconocerlos a los grupos, implica por sí mismo injusticias. De hecho para las minorías es el reconocimiento de que los derechos individuales no son suficientes y los derechos colectivos les complementan. Va de la mano con el discurso democrático de reconocimiento de las minorías y su dimensión colectiva. Subyace de fondo la discusión de la imposibilidad de asignarle valor moral a los colectivos y sólo a los individuos conforme a las tesis individualistas. Sin embargo, esta tesis refiere que el reconocimiento de la dimensión colectiva de los derechos tiene fundamento en su legitimidad política y su discusión no está en el espacio de lo jurídico, metafísico o filosófico. Por lo que es una cuestión de justicia.

Esta tesis es interesante para las demandas de los pueblos indígenas, puesto que traslada a la realidad el debate del reconocimiento de la legitimidad de sus demandas y lo saca del debate académico o filosófico⁸³. Al entrar al campo político por la vía del pragmatismo, se incluyen derechos colectivos que reconocen la pluralidad cultural, las formas de discriminación, el peso de los derechos humanos y otras formas de interpretación incluyente, etc. En suma, es reconocer por la vía democrática que los pueblos indígenas existen con características propias y reclamos específicos que han de ser atendidos por el marco jurídico existente. El liberalismo igualitario en este campo propone medidas de protección interna y externa a los pueblos indígenas para a la vez de autoafirmar su identidad frente al grupo, propone la igualación de sus

⁸³“Más que un debate académico sobre la importancia de individuo o la comunidad, tiene una relevancia política que se vincula con las reivindicaciones de las minorías culturales en la agenda política de las democracias actuales”.PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 469.

derechos. Por lo tanto, los derechos colectivos son una concesión política de sociedades democráticas y plurales, que han de estar representadas⁸⁴.

- *Tesis de la concreción*: la tesis de la concreción se aparta de la discusión abstracta sobre los derechos colectivos y más bien se centra en las medidas concretas y las soluciones legislativas que han de darse ante el reconocimiento del pluralismo cultural. Por tanto, se entra al análisis de las demandas que solicitan las minorías culturales, étnicas, religiosas o indígenas y ante ellas establece los principios y las reglas que han de aplicarse en función de los supuestos. Pueden ser medidas de discriminación positiva, de exención de deberes generales, reconocimiento de particularidades, de protecciones externas o restricciones internas puntuales, asistencia o autogobierno, o reivindicaciones, etc. Estas medidas –demandas políticas, políticas públicas- podrán establecerse mediante la forma de derechos colectivos, y dependerán tanto de las demandas del grupo y de la capacidad de satisfacer dichas necesidades a través del reconocimiento de la pluralidad cultural, en tanto no contravengan principios liberales. Existe una gran cantidad de ejemplos establecidos tanto en el derecho constitucional, derecho positivo, por los tribunales, e incluso en los tratados internacionales⁸⁵.

⁸⁴ Resume la tesis política en que: “a) las verdaderas razones que justifican los derechos colectivos son las políticas y se basan en las discriminaciones, en cuanto diferentes, de los miembros de las minorías culturales. b) el enfoque formalista jurídico no responde a las verdaderas causas que suscitan la formulación de derechos colectivos. c) los derechos colectivos son derechos políticos, no jurídicos, en el seno de una democracia participativa que busca justicia entre los grupos y escuchar la voz de las minorías”. PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 471

⁸⁵ Refiere las cualidades de la tesis de la concreción: “a) la estructura de los derechos colectivos es de derechos de privilegio –exenciones-, acciones positivas -asistencia-, derechos de pretensión –protecciones externas y restricciones internas- y derechos políticos – autogobierno, representación y reivindicaciones simbólicas. b) las medidas en concreto que suponen no se separan de los principios liberales, suponen un efectivo reconocimiento del pluralismo cultural. c) la mayoría de las categorías de derechos colectivos se reducen a derechos políticos, políticas de fomento de la diversidad cultural o exención de algunos

2. DESARROLLOS JURÍDICOS DE MODELOS COLECTIVOS

Los derechos colectivos pueden ser conceptuados de distintas maneras. Seguiremos en este punto y desarrollaremos los modelos de derechos colectivos propuestos por Pérez de la Fuente, que parte fundamentalmente de la *teoría del interés* o la *teoría de la voluntad* de Kelsen y de la teoría de derechos diferenciados de Kymlicka. Propone así los siguientes modelos: a) derechos colectivos como voluntades jurídicamente protegidas, derechos de los colectivos. b) Derechos colectivos como intereses jurídicamente protegidos, derechos a bienes colectivos. c) Derechos colectivos como derechos políticos. d) Derechos diferenciados en función de grupo⁸⁶. No obstante, con carácter previo expondremos en qué medida la teoría del derecho positivista permite sustentar un concepto de derechos colectivos.

2. 1. Teoría del derecho positivista

2.1.1. DUALISMO DEL DERECHO

Para analizar la existencia de los derechos colectivos desde la visión de la teoría pura del derecho⁸⁷, es decir, meramente positivista, es menester abordar el dualismo⁸⁸ en el derecho. Refiere Kelsen una doble fuente: derecho

deberes culturales o religiosos”. PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 499.

⁸⁶ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. pp. 499-522.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trotta. Madrid. 2011.

⁸⁸ “El positivismo del derecho decimonónico no renuncia totalmente –como ya se ha indicado- a legitimar el derecho por medio de un valor suprapositivo, pero lo hace de manera indirecta, por debajo de la superficie de sus propios conceptos, por decirlo de algún modo. En su seno la

objetivo y derecho subjetivo. Acepta que tal dualidad es en sí misma una contradicción en el propio sistema: *“Al introducir esta dualidad mantiene al mismo tiempo que el derecho –como objetivo- es norma o conjunto de normas, o sea orden, y también –como subjetivo- algo absolutamente diferente, algo que no puede subsumirse bajo un concepto común: el interés o la voluntad”*⁸⁹. Para Kelsen ésta es una realidad y está relacionada con el orden del surgimiento de los derechos, según el cual, primero se tiene un derecho subjetivo como el de la propiedad (entendido como apropiación originaria) y posteriormente surge el derecho objetivo. Éste es establecido como *norma* por parte del Estado.

Esta concepción –refiere Kelsen- se encuentra en la escuela histórica del derecho, en la obra de Dernburg: *“Derechos en sentido subjetivo existen históricamente desde tiempo atrás, antes de que formara un orden estatal que fuera consciente de sí mismo. Hallaron su fundamento en la personalidad de los individuos y en el respeto que para su persona y sus bienes supieron conseguir e imponer. Sólo por medio de una abstracción, a partir de la concepción de los derechos subjetivos ya existentes, se alcanzaría el concepto de orden jurídico. Por consiguiente, es una idea ahístorica e incorrecta pensar que los derechos en sentido subjetivo no sean otra cosa que emanaciones del derecho en sentido objetivo”*⁹⁰. Esto implica asumir que el ser humano

justificación del derecho positivo no la proporciona un derecho diferente ni de rango superior, sino el propio concepto del derecho. Ahora no se está haciendo referencia a ese dualismo abiertamente trans-sistemático que se manifiesta en la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo (...) La función de este dualismo, manifestado en variadas formas y con diversas aplicaciones, no consiste tan solo en legitimar el orden jurídico positivo, sino asimismo en imponer ciertos límites a su contenido”. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 67.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 68.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. pp. 68-69.

subjetivamente *quiere y desea* y posteriormente impone su voluntad, la defiende y la hace respetar frente a terceros, es decir, ha tenido históricamente la capacidad y la voluntad de hacerse de bienes por su habilidad o por la fuerza. El origen es un derecho subjetivo sobre dichos bienes, que posteriormente le ha sido reconocido y respetado por los demás. Para luego, ir paso a paso creando todo un orden jurídico, que establecía tal norma objetiva, con una fuerza superior a la de él mismo, es decir, derecho objetivo. Por tanto, existe un dualismo de derecho.

Como vamos a ver, es interesante la idea del dualismo del derecho subjetivo y derecho objetivo en su dimensión colectiva en el derecho positivista para los pueblos indígenas.

2.1.2. DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y PERSONAS JURÍDICAS

Vale acotar que Kelsen define a la *persona física* en su dimensión jurídica, en el sentido de que el ser humano en lo individual es sujeto de una *unidad* de deberes y derechos establecidos en las normas. Es decir, la expresión persona física es una *expresión unificadora* del conjunto de esos deberes y derechos. No pretende abarcar toda la dimensión integral del hombre, pues ello excede el objeto del derecho como ciencia pura, por lo que su concepto de persona física sólo se interesa por la regulación de determinados actos con efectos jurídicos⁹¹. De ahí que establezca que el hombre tiene personalidad jurídica de tal forma que los actos volitivos tienen

⁹¹“La persona física no es el hombre, tal como sostiene la doctrina tradicional. El hombre no es un concepto jurídico, sino bio-psicológico. (...) el derecho no abarca al hombre en su integridad, con todas sus funciones espirituales y corporales, sino que se limita a regular determinados actos humanos imponiendo deberes y concediendo derechos”. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 76

efectos jurídicos en el mundo de las normas que contemplan tales conductas y sus efectos. Esta cualidad le permite pertenecer a distintas comunidades jurídicas reguladas en distintos cuerpos normativos. Por ejemplo, cuerpos normativos para nacionales o extranjeros; o cuerpos normativos para personas físicas o personas jurídicas; o cuerpos normativos que regulan las conductas punibles y las contractuales, etc.

Respecto a las personas jurídicas, Kelsen insta a tener en mente que tanto la persona jurídica como la persona física son expresiones unificadoras de la suma de derechos y deberes, es decir, de las normas que las regulan. Refiere que: *“Al igual que la persona física, la persona jurídica es solo la expresión unificadora de un conjunto normativo, de un ordenamiento jurídico que regula la pluralidad de seres humanos”*⁹². Por lo que las expresiones persona física o persona jurídica son ficciones jurídicas creadas por el derecho. Es decir, una cosa es que los seres humanos existan como tales, como hechos de la naturaleza y otra cosa distinta son los atributos que un cuerpo normativo atribuya al mismo. De igual forma, el derecho crea la ficción normativa de las personas jurídicas a las que les atribuye una serie de cualidades con efectos jurídicos.

Ahora bien, aunque Kelsen afirma que no se ha de fantasear con la idea de que una persona física es el hombre y una persona jurídica es el superhombre, o que la persona jurídica es una realidad diferente a los individuos e imperceptible por los sentidos o que es un organismo social individual integrado por individuos; acota: *“Los deberes y derechos de una persona jurídica se traducen en derechos y deberes de los individuos, esto es,*

⁹² KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 77.

*en normas reguladoras de la conducta humana que establecen esta conducta como contenido de dichos deberes y derechos*⁹³. Por lo que los derechos y deberes de una persona jurídica están contenidos en un ordenamiento jurídico. Todos esos deberes o derechos subjetivos recaen entonces en la persona jurídica de forma separada a los individuos que le integran. Adquiere entonces su propia personalidad jurídica autónoma y ejerce sus actos a través de quien o quienes le representen.

2.1.3. DE LAS PERSONAS COMO COLECTIVOS Y SUS DERECHOS

Kelsen traslada su concepto de sujeto de derecho tanto a las personas como a los colectivos de personas. Refiere que la persona es titular de derecho subjetivo, pero también lo son los colectivos. El colectivo es considerado persona jurídica titular de derechos subjetivos. Si como refiere la tesis dualista el derecho objetivo es independiente del derecho subjetivo, entonces las personas colectivas tienen derechos con independencia de los que refiera el derecho positivo vigente. Es paradójico que el Estado en una interpretación formalista del derecho positivo, ha negado la existencia de las naciones indígenas y también el reconocimiento de derechos que no se encuentren establecidos en su cuerpo normativo. Por lo que esta visión dualista nos abre nuevas dimensiones de legitimidad respecto a los reclamos que tienen los pueblos indígenas tanto de reconocimiento de su identidad, sino también a su entidad, es decir, ser un “ente” jurídico distinto a la entidad de cada uno de sus miembros. Es un sujeto jurídico de derecho al igual que las demás personas – tanto físicas como jurídicas-. Ello implica reconocerle autonomía, capacidad de

⁹³ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 77.

representación, patrimonio, sujeto de derecho. Por tanto, el derecho objetivo ha de reconocerlo. Refiere Kelsen, en relación al sujeto jurídico, que: *“Aquí también resulta decisiva la idea de un ente jurídico independiente del ordenamiento jurídico, de una subjetividad jurídica que, por así decirlo, descubre el derecho subjetivo en el individuo o en ciertos colectivos, y que no tiene más que reconocerlo y hacerlo así si no quiere que el derecho subjetivo pierda su carácter como derecho”*⁹⁴. Por tanto, si el derecho objetivo tiene como función el establecimiento de normas heterónomas, el derecho subjetivo tiene como origen la personalidad que ejerce su voluntad con autonomía y libertad, es decir con autodeterminación.

Esta visión dualista del derecho no está exenta de contradicciones. Kelsen reconoce que tiene cierta carga ideológica y que tras de ella se encuentra el interés de garantizar la institución de la propiedad privada inherente a la libertad del ser humano. De forma que el reconocimiento de derechos subjetivos más allá del alcance del contenido de derecho objetivo, le otorga no sólo un carácter dual del concepto de derecho, sino que pone un poco por encima el derecho subjetivo al derecho objetivo. En este sentido dice que: *“Un ordenamiento que no reconozca al ser humano como personalidad libre en el sentido expresado, esto es, un ordenamiento que no garantice el derecho subjetivo, no podrá ser considerado en absoluto como un ordenamiento jurídico”*⁹⁵.

Kelsen trata además la antinomia que existe en la relación individuo-comunidad. Una realidad es que el individuo es parte de la comunidad y ello es

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 69.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 70.

fuerza de tensiones entre lo colectivo y lo individual, puesto que, por un lado, el individuo aspira a vivir su libertad; y, por otro, la comunidad en la que se encuentra mantiene niveles de restricción a la misma. Refiere Kelsen que: *“el individuo sólo existe en cuanto que parte integrante de la comunidad y no como un elemento independiente de ella”*⁹⁶. Entiende que, en apariencia, esta antinomia se resuelve con la concepción de “persona” -persona física y la persona jurídica-, significadas como el conjunto de normas que el ordenamiento jurídico objetivo le ha conferido como atributos –derechos y deberes-, por lo que el derecho de uno es a su vez el deber de otro⁹⁷. El temor que subsiste para los defensores de la libertad es que el orden social constitutivo de la comunidad limite la libertad. Kelsen considera que *“La idea de que el individuo se encuentra en conflicto presuntamente insoluble con la comunidad es una ideología defensora de ciertos intereses a la limitación de estos por el orden colectivo”*⁹⁸. Las restricciones al individuo dependerá entonces del modelo jurídico-político que se construya en la sociedad.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 80.

⁹⁷ *“Cuando se concibe la persona como la personificación de un conjunto de normas, como una parte –determinada con mayor o menor grado de discrecionalidad-del ordenamiento jurídico objetivo instaurador de una unidad orgánica o sistemática de todos los derechos y deberes de las personas, de tal modo que el derecho de uno sea siempre el deber de otro –no pudiéndose prescindir de ninguno de estos conceptos-, queda disuelta la aparente antinomia entre el individuo y la comunidad”*. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 80.

⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 80.

2.2. Modelos de derechos colectivos

2.2.1. DERECHOS COLECTIVOS ENTENDIDOS COMO VOLUNTADES JURÍDICAMENTE PROTEGIDAS

Los *Derechos Colectivos entendidos como voluntades jurídicamente protegidas* son los que se entienden como derechos con poder jurídico otorgado a un colectivo⁹⁹. Conforme a esta concepción, los colectivos podrían asumirse con alguna agencia moral. En tal caso los colectivos habrían de tener un mecanismo de actuación en su representación y actuar no en nombre de la suma de sus individuos que le componen, sino en nombre de los derechos subjetivos del colectivo¹⁰⁰. Se partiría de la idea de la irreductibilidad de los valores colectivos. Ello implicaría considerar que lo colectivo tiene un valor y éste no puede subdividirse entre sus miembros porque perdería sentido. Los entes colectivos existen y bajo el derecho objetivo se resuelve lo relacionado a la agencia moral del mismo. Se plantea el problema de los colectivos que no se encuentran regulados expresamente por el derecho, de forma que no son reconocidos, ni son tratados como sujetos con personalidad jurídica, patrimonio, representación, etc. Y se pone por ejemplo el caso de las naciones indígenas que no tienen tal reconocimiento, en aplicación de una exacerbada visión individualista, que sólo considera titulares de derechos a los individuos. Parekh, concibe un status colectivo de dignidad, asignado a la humanidad, y que la conciencia de la diferencia cultural en algunos grupos, requiere que se

⁹⁹ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 501.

¹⁰⁰ "But every social group which qualifies as either an institution or an association must have some procedure for reaching collective decisions and taking collective action". SUMNER, L.W. *The moral foundation of rights*. Oxford. New York. 1990. p. 209.

creen condiciones estables para crecer y florecer¹⁰¹, esto es el respeto a su vida buena. Propone una titularidad colectiva de derechos, y un ejercicio individual. Es posible aceptar que entonces sería un problema de concepción cultural de los derechos y su ejercicio.

2.2.2. DERECHOS COLECTIVOS COMO INTERESES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS

El siguiente modelo es el de los *derechos colectivos como intereses jurídicamente protegidos, derecho a bienes colectivos*. Pérez de la Fuente refiere que en esta cuestión los derechos colectivos plantean intereses que no son solo individuales y, por tanto, la protección de los intereses colectivos deberá realizarse mediante derechos colectivos. Presenta a Raz¹⁰² como uno de los defensores de la teoría de los derechos colectivos basados en los intereses. Esto es: *“Los derechos colectivos son típicamente derechos a bienes colectivos”*¹⁰³. Raz se pregunta si existe algún fundamento moral para incluir derechos colectivos y no sólo individuales. Y establece tres condiciones para que existan los derechos colectivos: La primera, es el interés; la segunda, es que el individuo tenga interés en función de que es miembro de un grupo con interés en un bien público; la tercera, es que ningún miembro del grupo es suficiente por sí sólo para imponer deberes a otro¹⁰⁴.

¹⁰¹ PAREKH, Bhiku. *Repensando el multiculturalismo*. Istmo. Madrid. 2005. pp. 201-205.

¹⁰² RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Clarendon Oxford. United States. 1986.

¹⁰³ “Collective rights are typically rights to collective goods”. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 208.

¹⁰⁴ “A collective right exists when the following three conditions are met. First, it exists because an aspect of the interest of human beings justifies holding some person(s) to be subject to a duty. Second, the interests in question are the interests of individuals as members of a group in a public good and the right is a right to that public good because it serves their interest as member of the group. Thirdly, the interest of no single member of that group in that public good

A esta visión moral de los derechos Pérez de la Fuente la llama *perfeccionismo liberal*¹⁰⁵. Así explica la teoría de Raz¹⁰⁶: “*X tiene un derecho si y sólo si X puede tener derechos y, u otras cosas iguales, un aspecto del bienestar, (interés) de X es una razón suficiente para someter a otras personas a un deber*”¹⁰⁷.

Esta definición explica por qué se trata de una teoría del interés, yo diría que es una teoría del interés moral del derecho. Y ello porque Raz establece una estrecha relación entre la capacidad de tener un derecho y el bienestar final que se obtendrá. Es decir, el valor o interés que la persona reivindique ha de ser moralmente lícito. (legítimo). Refiere que: “*Capacity for possessing rights: An individual is capable of having rights and only if either his well-being is of ultimate value or he is an artificial person (e.g.a. corporation)*”¹⁰⁸. Por ello, esta teoría no casa con la explicación Kelseniana de la correlación de los derechos y los deberes¹⁰⁹.

Raz analiza la relación entre los derechos morales y el individualismo moral, los cuales están interconectados en mutuo beneficio. Refiere que los

is sufficient by itself to justify holding another person to be subject to a duty”¹⁰⁴ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 208

¹⁰⁵ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 505.

¹⁰⁶ “*Definition: X has a right if and only if X can have rights, and, other things being equal, and aspect of Xs well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under duty.*” La traducción sería: “*Definición: X tiene un derecho si y sólo si X puede tener derechos, y, en igualdad de condiciones, y el aspecto de X bienestar (su interés) es una razón suficiente para la celebración de otra persona (s) a estar bajo obligación.*” RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 166.

¹⁰⁷ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 505.

¹⁰⁸ “*Capacidad para poseer derechos: un individuo es capaz de tener derechos sólo si su bienestar es de un valor final o si es una persona jurídica (por ejemplo, una empresa).*” RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 166

¹⁰⁹ “*Unidad orgánica o sistemática de todos los derechos y deberes de las personas, de tal modo que el derecho de uno sea siempre el deber de otro.*” KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 80

bienes públicos distribuyen sus beneficios en la sociedad en general. Esta distribución de beneficios no está sujeta a controles voluntarios de ninguna persona. Distingue entre bienes públicos inherentes y bienes públicos contingentes¹¹⁰. Por ejemplo, el sistema de suministro de agua potable en una ciudad. Lo considera contingente, toda vez que el sistema puede cambiar y es posible controlar la distribución de la misma. Por otro lado, ejemplifica el caso de una sociedad tolerante, culta, educada, ocasiona beneficios públicos. Estos beneficios son un bien público independientemente del grado de aprovechamiento que obtenga cada individuo por estas cualidades. Ello sería un ejemplo de bienes públicos inherentes.

Los bienes públicos inherentes de interés colectivo a su vez se transforman en bienes colectivos. Estos son bienes públicos que causan beneficios difusos a toda la sociedad, de manera que no es posible que los mismos puedan ser controlados por unos cuantos, ni es posible excluir de los beneficios al colectivo. Critica que los utilitaristas refieran que el valor que tienen es sólo contingente e instrumental¹¹¹. Para este autor el humanismo muestra que la vida y su calidad son intrínsecamente valiosas¹¹². Por lo tanto, los bienes colectivos son intrínsecamente valiosos y compatibles con el humanismo; además de ser compatibles con los derechos con cierta base moral. Por ello no está de acuerdo en las teorías morales individualistas, que niegan el valor intrínseco de los bienes colectivos, como vivir en una ciudad

¹¹⁰RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 199.

¹¹¹ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 203.

preciosa, que es económicamente próspera, y en una sociedad tolerante y justa¹¹³.

Pérez de la Fuente lo explica así: “Los bienes colectivos son intrínsecamente deseables si la autonomía personal es intrínsecamente deseable”¹¹⁴. Ello está relacionado con las opciones sociales que tenemos que tener las personas para lograr una verdadera autonomía. Estas condiciones sociales han de ser tenidas como bienes públicos, es decir, como bienes colectivos valiosos por sí mismos. Por lo que no se debe limitar la idea de la autonomía únicamente a un derecho a no ser coaccionado¹¹⁵, ya que no tener derecho a estos bienes colectivos limitaría la libertad efectiva de las personas. Los derechos colectivos sirven sustancialmente a los derechos individuales. Por tanto, los derechos colectivos serían colectivos e individuales. En última instancia, son necesarios para el desarrollo de la autonomía individual. Por ello, no están en contradicción con los derechos individuales.

Esta forma de presentar la discusión sobre derechos individuales y colectivos, evita la eterna cuestión de la agencia moral de los derechos, la titularidad o la representación, que causa tantos problemas a los teóricos y a los filósofos del derecho. Al ser los bienes públicos imposibles de dividir, entonces mantienen una doble dimensión de individuales y colectivos. Por lo que el problema será una cuestión, no de reconocimiento de derechos colectivos, sino de articulación de los mismos en la legislación. Los bienes

¹¹² GARCIA, Andrés. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Dykinson. Madrid. 2001. p. 90.

¹¹³ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. op. cit. p. 203.

¹¹⁴ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 505.

¹¹⁵ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 506.

colectivos existen por su imposibilidad de su subdivisión en cada uno de los individuos¹¹⁶. Esta sería una conceptualización de tipo distributivo.

Por tanto, es importante articular los derechos colectivos en un sistema jurídico, primero ha de establecerse el estatus jurídico de los bienes colectivos. Alexy expone que al hablar de bienes colectivos y su colisión con los derechos individuales, existe un problema de categorización de cosas diferentes¹¹⁷. Señala que las consideraciones que se hacen sobre bienes colectivos son de tres clases: conceptualizaciones antropológicas, conceptualizaciones axiológicas y conceptualizaciones deontológicas. La primera hace consideraciones en cuanto al *interés*, la segunda al *valor* y la tercera a lo *ordenado*. Por lo que sugiere que un bien colectivo ha de ingresar a un sistema jurídico, para que ese interés de hecho, sea posible considerarlo un interés jurídico reconocido y de esa forma justificarlo. Refiere Alexy que: *“si se tiene en cuenta, además, que las respuestas a cuestiones de derecho dicen qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido, entonces todo habla en favor de ingresar, para su fundamentación, en el nivel deontológico”*¹¹⁸. Por lo que *“Algo es para un sistema jurídico un bien colectivo si y sólo si hay norma que así lo establece”*.¹¹⁹ Por ello, los problemas con los bienes colectivos o los derechos colectivos sería una cuestión de fundamentación de normas. Para sustentar los derechos colectivos analiza la fundamentación desde conceptos como:

¹¹⁶ *“Un concepto tal de un bien colectivo puede construirse con la ayuda del concepto de lo no-distributivo. Un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no-distributivo. Los bienes colectivos son bienes no distributivos.”* ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa. Barcelona. 1994. p. 186-187.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 188.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 188.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 188.

*economía del bienestar*¹²⁰ y la *del consenso*¹²¹. Sin embargo, para evitar confusión mantiene la de la teoría de la distribución, es decir, un bien colectivo es aquel que no se puede subdividir en partes.

Establece una relación conceptual entre derechos individuales y bienes colectivos, formulando cuatro tesis:

“1. Relación medio/fin I: todos los derechos individuales son exclusivamente medios para fines colectivos.

2. Relación medio/fin II: todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para derechos individuales.

3. Relación identidad: Todos los bienes colectivos son idénticos con situaciones en las que existen y son satisfechos derechos individuales.

*4. Relación de independencia: entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni relaciones medio/fin ni relaciones de identidad”*¹²².

Veamos cada una de ellas.

Relación medio/fin I: todos los derechos individuales son exclusivamente medios para fines colectivos. Esta relación implicaría que cualquier derecho individual pudiera ser suprimido en interés de un bien colectivo. En tal caso, el derecho individual dejaría de ser derecho como tal a no poder exigir su carácter

¹²⁰ Ésta “*se intenta justificar este bien en relación con los bienes individuales*”. Se refiere a una serie de utilidades, preferencias que ofrece el bien colectivo, tanto individuales como colectivas. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 189.

¹²¹ Se entendería que: “*Un bien colectivo está justificado si lo aprueban fácticamente todos*”. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 189.

¹²² ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 190.

imperativo en cuanto a norma. Alexy refiere que: *“El reconocimiento de derechos fundamentados no colectivamente sino individualmente es expresión del hecho de que el individuo, en tanto tal, es tomado en serio”*¹²³. Por tanto, esta tesis es conceptualmente posible, pero normativamente imposible, concluye¹²⁴.

Relación medio/fin II: todos los bienes colectivos son exclusivamente medios para derechos individuales. Refiere que es una tesis correcta si es que es posible conceptual y normativamente concebir a todos los derechos colectivos exclusivamente como medios para derechos individuales. Ello implicaría que su función es crear presupuestos para que cumplan sus derechos los titulares. Si las libertades y competencias requieren presupuestos como los bienes colectivos para su ejercicio. Sería bienes colectivos como medios. Entonces sería una cuestión normativa y no de conceptualización de los mismos. Pero, por otro lado, se puede plantear como un problema normativo. Problemas en los que se asuman una de dos de estas posturas: Que efectivamente el bien colectivo sea un medio para ejercer el derecho individual o que se considere que no es un bien, por lo tanto, no es un bien colectivo, de hecho no sería siquiera un medio para alcanzar algo. El ejemplo que pone es el derecho a la belleza. La realización de tal derecho implicaría que el Estado la reconoce como bien colectivo. Sin embargo, tal derecho es discutible y normativamente causaría muchos problemas. Refiere que: *“Sostener la posibilidad conceptual de concebir a los bienes colectivos*

¹²³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 193.

¹²⁴ *“Para la primera tesis esto significa que, si bien es cierto que conceptualmente es posible, es verdadera sólo en un sistema normativo en el que el individuo en cuanto tal no es tomado en serio.”* PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 512.

*exclusivamente como medios para derechos individuales pero pone también claramente de manifiesto que, para ello, hay que pagar el precio de una teoría normativa problemática*¹²⁵. Concluye afirmando que, si bien son conceptualmente posibles, normativamente son problemáticas¹²⁶.

Relación identidad: Todos los bienes colectivos son idénticos con situaciones en las que existen y son satisfechos derechos individuales. Propone tres variantes de identidad: La general, la especial y la abstracción. La variante general implicaría que los bienes colectivos coinciden en una clase de derechos individuales. Sería una relación de identidad general. Ello choca con el carácter no-distributivo de los bienes colectivos. Por lo tanto, es lo opuesto de un bien colectivo¹²⁷. La relación de identidad especial considera que los derechos de un tipo especial que tienen relación con un bien colectivo. Esos derechos son derechos colectivos como un todo. Pero le resulta dudoso que los individuos tengan tal derecho. Refiere que tal relación no podría existir, porque no cree que los individuos tengan un derecho individual a la conservación de todos los bienes colectivos¹²⁸. En la relación de abstracción, se consideraría mediante una abstracción que la satisfacción de los derechos individuales es en sí misma un bien colectivo¹²⁹. Entonces, no hay estrictamente en tal caso una relación de identidad; pero sí la habría en cuanto

¹²⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 196.

¹²⁶ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 512.

¹²⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 197.

¹²⁸ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 197.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 198.

a su contenido. Sin embargo, la excluye porque no la considera interesante por razones conceptuales y por ser normativamente injustificable¹³⁰.

Relación de independencia: entre los derechos individuales y los bienes colectivos no existen ni relaciones medio/fin ni relaciones de identidad. Considera que no existe una relación de independencia y que por razones conceptuales en su versión fuerte es fácilmente refutable. En sus versiones débiles puede ser más interesante¹³¹. Existen posibilidades de reducciones parciales; sin embargo, no es posible una reducción completa de los derechos individuales a bienes colectivos o viceversa¹³².

2.2.2.1. Relaciones normativas: reducción o ponderación

A) La reducción

El planteamiento inicial en que se centra la tesis normativa es: se pueden reducir tanto los derechos individuales a bienes colectivos o bienes colectivos a derechos individuales. Este planteamiento es importante porque aunque sea una discusión teórica pone en examen nuestra visión última de tomarnos en serio los derechos de las personas y si creemos que en realidad lo colectivo importa o es sólo una forma de hablar de algo difuso que puede o no tener una expresión normativa.

¹³⁰ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 198.

¹³¹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 199.

¹³² PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 512.

La discusión se da desde dos ópticas: por un lado, el análisis de la postura de la *irreductibilidad de los derechos individuales*; y, por otra, la *irreductibilidad de los bienes colectivos*.

Respecto a la primera, *irreductibilidad de los derechos individuales*, se ha analizado que si los individuos han de ser tomados en serio se ha de asumir que sus derechos individuales no son reductibles. Para esta discusión se elige la vía iusracional, dejando de lado otras posturas de fundamentación¹³³. Toma la vía kantiana como método de su discurso del lenguaje. La argumentación se da en dos pasos. El primero implica que quien argumenta tiene que hacer un discurso general, necesario y serio, de forma que se tome en serio al interlocutor como socio del discurso, lo que lleva a la mutua asunción de esta postura. Por lo tanto, los argumentos son argumentos de persuasión. Minusvalorar o atacar a la persona implicaría que el interlocutor no es tomado en serio y, por tanto, no es un discurso entre iguales, por lo que pierde nivel el discurso. El segundo paso implica el reconocimiento de que el individuo participante en la discusión es un individuo autónomo. Es decir, se constata que el individuo puede participar en la fundamentación de las normas. Sin embargo, se presenta una paradoja. Un individuo autónomo actuaría en contra de sus propios intereses si aprueba una institución social que no le toma en serio. La discusión es imposible.

Para la discusión sobre la *irreductibilidad de los bienes colectivos* expresa dos tesis: La primera es sostener que los bienes colectivos son sólo medios para la realización de los derechos individuales, es decir, cada bien

¹³³Teológica, iusnaturalista, intuicionista, decisionista y la convencionalista. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 200.

colectivo se corresponde con derechos individuales como un fin exclusivo. La segunda sostiene que todo aquello que sin más es llamado bien colectivo, si no es reducible a derechos individuales es irrelevante. Para Alexy ambas tesis son falsas¹³⁴. Por un lado, los bienes colectivos son de carácter no-distributivo; por tanto, los derechos individuales no pueden considerarse un medio para su participación en tal bien colectivo. Por otro lado, los bienes colectivos son contruidos de una forma colectiva, es decir, mediante un proceso político colectivo, por lo que los derechos individuales no dan paso a la creación de bienes colectivos. Por lo que pueden darse algunos casos en que un individuo al ejercer un derecho individual pueda imponer bienes colectivos. Pero refiere que: *“el hecho de que existan derechos individuales correspondientes no significa que no exista un bien colectivo”*. Por tanto, es el Estado el que está obligado a establecer condiciones de vida que van más allá de los derechos más fundamentales del individuo como bienes colectivos. Pero ello ya está en la esfera de las atribuciones del Estado, para establecer dichos bienes colectivos.

B) La ponderación

Se parte de la aceptación de que los derechos individuales y los bienes colectivos son irreducibles, en tal caso es posible la pugna entre ambos. Ésta es la propuesta de Alexy para considerar la ponderación como un mecanismo de solución de estos conflictos¹³⁵. La razón se encuentra en que se considera

¹³⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 203.

¹³⁵ Es pertinente establecer que el sentido de la ponderación aquí tratado, es distinto al establecido en las codificaciones penales para los supuestos de *estado de necesidad*, como por ejemplo el robo famélico en colisión con la propiedad, entre otros. Para profundizar al

que la colisión entre bienes colectivos y derechos individuales debe tomarse desde la perspectiva de los principios, al ser mandatos de optimización¹³⁶. Los conflictos entre reglas y los conflictos entre principios se resuelven de forma distinta. Las reglas nos llevarían por el camino de su aplicación y, en su caso, la subsunción, lo que daría por resultado un mandato definitivo. En tal caso, la fórmula sería algo planteado *debe* resolverse siempre de una forma determinada, expulsando o bien al derecho individual o bien al bien colectivo del orden jurídico en el supuesto de presentarse el caso que manda la regla.

Sin embargo, en los conflictos entre principios Alexy refiere que “se establece una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro”¹³⁷. Por lo que sólo resuelve el caso concreto, estableciendo una precedencia y no establece una regla a subsumir. Por tanto, partiendo de los conflictos entre derechos individuales y bienes colectivos lo más adecuado es resolverlos mediante la ponderación¹³⁸.

respecto ver: MARTINEZ, Silvia. *La ponderación en el estado de necesidad*. Universidad de León. León. 2006. pp. 111-137.

¹³⁶ La explicación que hace sobre el concepto de los principios como mandatos de optimización es la siguiente: “La base del argumento de los principios está constituida por la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o permiten definitivamente algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas mandatos definitivos. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.” ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 75.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 204.

¹³⁸ “La conclusión es que existen en el ordenamiento derechos individuales y bienes colectivos con fuerza propia y que en las situaciones de conflicto se deberá ponderar entre ambos.” PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 512.

La ponderación establece una relación de peso de los principios en colisión, y sólo marca al caso concreto la relación de precedencia de un principio sobre el otro. “En tanto mandatos de optimización, los principios exigen una realización lo más amplia posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”¹³⁹. Por lo que Alexy propone una regla para la Ley de la ponderación: “Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro”¹⁴⁰. La ponderación no ofrece ningún procedimiento definitivo de decisión, todo dependerá de la argumentación jurídica. Es un procedimiento formalmente neutro. No obstante, Alexy se decanta *prima facie* por establecer la precedencia de los derechos individuales sobre los bienes colectivos. La razón es que considera que todo orden social ha de tomarse al individuo en serio, aunque ello no significa una restricción a los bienes colectivos¹⁴¹. La precedencia *prima facie* a los derechos individuales implicará una carga de la argumentación en su favor y en contra de los bienes colectivos. Es una fórmula que expresa así “*in dubio pro libertate*”. Pero no implicará el desplazamiento de los bienes colectivos, sólo que han de tenerse razones más fuertes¹⁴².

2.2.3. DERECHOS COLECTIVOS COMO DERECHOS POLÍTICOS

Otra perspectiva en cuanto a los derechos colectivos es identificarlos más bien como derecho políticos. Ello implica que en la democracia los grupos

¹³⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 205.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 207.

¹⁴¹ “El concepto de tomar en serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de los bienes colectivos pero si que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente.” ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. op. cit. p. 207.

¹⁴² PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 513.

minoritarios deben de estar representados. En esta definición se establecería que *“el derecho colectivo consistiría en que el grupo, como tal debería tener institucionalizada su participación en las decisiones que le afectan”*¹⁴³. Kelsen ya establecía que la división entre derechos jurídicos y derechos políticos no se daba en el marco del derecho subjetivo y participan en la formación de la voluntad del Estado¹⁴⁴, a través de actos legislativos y administrativos. Por lo que, en la esfera pública, el Estado puede permitir que las minorías tengan expresión democrática y participación de forma compatible con las libertades de los demás ciudadanos.

Young establece que es posible como consideración democrática inclusiva la representación de grupos oprimidos¹⁴⁵, en un contexto de democracia deliberativa, con ánimo de romper el círculo de desigualdad social¹⁴⁶.

Pérez de la Fuente considera *“que la democracia debe promover mecanismos para la efectiva representación y reconocimiento de las diferentes voces y perspectivas de aquellos grupos que son oprimidos y desventajados”*¹⁴⁷. De manera que estos grupos tendrán derechos políticos de representación en forma de derechos colectivos con tres finalidades: a) empoderarse como grupo autorganizado; b) poner en relieve los temas sociales que les afectan, generando propuestas políticas; y, c) mantener derecho de

¹⁴³ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 518.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. op. cit. p. 117.

¹⁴⁵ YOUNG, Iris. *La Justicia y la política dela diferencia*. Cátedra. op. cit. p. 308.

¹⁴⁶ YOUNG, Iris. *La Justicia y la política dela diferencia*. op. cit. p. 309.

¹⁴⁷ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 520.

veto sobre las políticas que les afecten¹⁴⁸. Lo anterior permite visibilizar las permanentes demandas de los grupos que en el pasado habían sido silenciadas. Se contrapone con la posición original de Rawls¹⁴⁹ respecto al velo de la ignorancia.

Por otra parte, Kymlicka refiere que, a efectos de evitar las zonas grises respecto a qué derechos reconocer o no a las minorías, estas indeterminaciones se pueden resolver mediante concesiones mutuas propias de las políticas democráticas¹⁵⁰.

Se ha de partir de una política de equidad, creando un procedimiento conjunto de toma de decisiones respecto de los temas que les afecten, en el que las minorías puedan presentarse a votar y ser votados en las elecciones. Tener el derecho a organizarse para participar¹⁵¹ permitirá defender en el campo de lo público sus propios intereses¹⁵². Sin embargo, ello ha de hacerse desde la perspectiva de representación de grupo, toda vez que por experiencia la participación individual de los miembros de la minoría impida darle una correcta representación ante los órganos de toma de decisión¹⁵³. Se cuestiona al sistema democrático por la escasa representación de los miembros menos favorecidos de la sociedad; específicamente al conocer la representación de

¹⁴⁸ YOUNG, Iris. *La Justicia y la política de la diferencia*. op. cit. p. 310.

¹⁴⁹ RAWLS, Jhon. *Teoría de la Justicia*. FCE. México. 1971. p. 12

¹⁵⁰ KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 183.

¹⁵¹ YOUNG, Iris. *La Justicia y la política de la diferencia*. op. cit. p. 311.

¹⁵² “Cuando las minorías tienen derecho a votar y a presentarse a las elecciones, a organizarse políticamente y a defender públicamente sus criterios, es prácticamente seguro que sus intereses reciban la debida atención”. KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 183.

¹⁵³ “Diversos grupos siguen teniendo muy poca representación en el legislativo, aunque los derechos políticos de sus miembros individuales no sufran restricción alguna”. KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 184.

las minorías en el legislativo y la no correspondencia con los porcentajes de población en general¹⁵⁴.

Un método que permita la expresión de las minorías puede estar en una redistribución electoral en las que se encuentren tales grupos. Pero ello funcionaría en los sitios en los que tales comunidades tengan una alta densidad poblacional, pero no respecto de las poblaciones de las minorías que se encuentren más dispersas.

Otro mecanismo puede ser mediante el sistema de cuotas, en el que se limite la participación mayoritaria de un grupo sobre otro; por ejemplo en el caso de mayorías minorizadas como las mujeres. Ello puede funcionar en el caso de poblaciones con minorías étnicas que implique una cuota de representación de un grupo cultural determinado¹⁵⁵.

Estos métodos no son iliberales o antidemocráticos y se consideran perfectamente compatibles con una democracia participativa. Por lo que los derechos colectivos de naturaleza política para las minorías se plantean como un tema de forma de representación de los grupos.

Uno de los argumentos es que existe un dominio histórico de un grupo determinado o algunos grupos en los órganos representativos de la sociedad y ello dificulta que los grupos más desfavorecidos accedan y participen activamente en el sistema político, toda vez que tal dominancia durante tanto

¹⁵⁴KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 184.

¹⁵⁵“El Comité de Acción Nacional sobre el Estatus de la Mujer (el lobby feminista más importante de Canadá) recomendó que el 50% de los escaños del Senado se reservase a las mujeres, así como que se garantizase también la representación proporcional de las minorías étnicas”. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 185.

tiempo ha establecido un estatus quo no sólo de personas o grupos, sino de prejuicios y barreras¹⁵⁶.

La postura es muy similar a la de Young¹⁵⁷. Refiere esta autora que las medidas para la representación deben incluir financiación pública, garantizar la efectiva representación y el derecho a vetar políticas que afecten directamente al grupo¹⁵⁸. Por lo que en la medida en que se reconozcan las desventajas sistémicas de ciertos grupos, habrían de activarse medidas de acción positiva para eliminar tal opresión. Por tanto, hay que reconocer la necesidad de tales medidas.

Los pueblos indígenas pueden incorporar tales demandas a la par que pedir derechos de autogobierno como mecanismo de protección externa. De esta forma participarían en lo público en los órganos de toma de decisiones del gobierno, a fin de comenzar a reencausar la distorsión cultural que causan los grupos dominantes en dichos órganos. Kymlicka señala que: *“De hecho, ninguno de estos factores cuestiona las dos premisas básicas que –como he indicado antes- fundamentan la defensa liberal de los derechos de las minorías: esto es, que la libertad individual está relacionada con la pertenencia al propio grupo nacional, y que los derechos específicos en función del grupo pueden fomentar la igualdad entre la minoría y la mayoría”*¹⁵⁹.

¹⁵⁶KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 196.

¹⁵⁷YOUNG, Iris. *La Justicia y la política dela diferencia*. op. cit. p. 310.

¹⁵⁸KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 196.

¹⁵⁹KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 102.

En conclusión, las democracias de corte occidental tienen el desafío de construir de manera conjunta con los pueblos indígenas formas novedosas y efectivas que reflejen la pluralidad cultural de sus naciones. De manera que queden detrás las reticencias etnocentristas. Una muestra de esta realidad, es el peso de la minoría hispana en las últimas elecciones presidenciales de los Estados Unidos en 2012. La sorpresa de la lectura final es que ningún partido político tradicional podrá gobernar sin tomar en cuenta el voto hispano, éste se ha convertido en una voz propia que demanda soluciones para su comunidad. Ello era completamente irrelevante hace apenas unos pocos años. Por lo que éste cambio de visión pone en la esfera pública las demandas específicas de las minorías.

Pérez de la Fuente refiere que los derechos colectivos como derechos políticos suponen el momento democrático de escuchar a las minorías y no perpetuar las desigualdades sociales, debiendo asumir un nuevo debate político desde una perspectiva diferente en relación a los grupos, así como el camino de la institucionalización de la voz de las minorías como grupos y no como individuos¹⁶⁰.

2.2.4. DERECHOS DIFERENCIADOS EN FUNCIÓN DE GRUPO

Esta propuesta se encuentra basada en la realidad de la multiculturalidad de las naciones y en la negación de la uniformidad social fundada en una sola nación ciega a las diferencias culturales, tanto de las

¹⁶⁰ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 522.

naciones originarias como de los pueblos migrantes que forman parte de los Estados modernos.

Las minorías culturales han logrado visibilizar sus demandas específicas de manera razonable de forma que las sociedades liberales se han sensibilizado mediante nuevas fórmulas de acomodación de estos pueblos a la realidad nacional, dejando de lado la clásica postura de que los derechos individuales son incompatibles con las demandas colectivas que hacen estos grupos.

Kymlicka hace un análisis del tipo de minorías que integran el Estado, así como la naturaleza de las demandas. Su primera distinción es entre los Estados multinacionales y los estados poliétnicos.

La idea de nación –refiere- en un sentido sociológico¹⁶¹, está relacionada con la idea de pueblo o de cultura. Si un pueblo tiene más de una nación, no se corresponde la idea de un Estado y una nación, sino Estados multinacionales. Ésta es una realidad frecuente, sobre todo en los Estados poscoloniales. En sus territorios ya se encontraban pueblos que de forma involuntaria se anexaron y con el tiempo se convirtieron en minorías culturales; en otros casos, algunos pueblos de forma voluntaria mediante tratados se integraron pacíficamente y con el tiempo dichos tratados fueron ignorados. Muchos pueblos indígenas han peleado durante mucho tiempo el reconocimiento de sus derechos y el igual trato que el resto de la nación, sin pagar el costo de la asimilación. Por lo que se les han negado los mismos derechos, y ello impide

¹⁶¹ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 26.

su integración diferenciada a la sociedad. Por otro lado, tampoco se les han reconocido sus formas de autogobierno. Ellos no han tenido la intención de formar una nación independiente¹⁶², sino el cambio de la relación con el Estado y su integración con sus diferencias culturales. Sin embargo, sí existen ejemplos de otros Estados multinacionales, que han permitido diferentes formas de autogobierno. La idea es que los ciudadanos se consideren un único pueblo pese al mantenimiento de sus culturas, lenguas, y estructuras propias internas de administración. Son una sola comunidad política y cohabitan manteniendo su naturaleza nacional. Algo que durante mucho tiempo se les ha negado a los pueblos indígenas.

En otro sentido, la pluralidad del Estado se puede dar por la inmigración a su territorio de grupos de individuos que mantengan particularidades étnicas. Algunos individuos de estos grupos pueden asimilarse a la cultura mayoritaria. Sin embargo, otros no siguen manteniendo su propia cultura. Estos grupos pueden ser importantes y proceder de diversos orígenes. A ello Kymlicka le llama *mosaico étnico*¹⁶³. Cuando los Estados pasaron de la política de exigir la asimilación forzosa a la política de tolerancia a las especificidades culturales de los inmigrantes pasaron a asumirse como *Estados poliétnicos*. Estos procesos son graduales y no están exentos de tensión interna¹⁶⁴.

¹⁶²“Su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forma parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales”. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 26

¹⁶³KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 30.

¹⁶⁴ “Bajo presión de los grupos inmigrantes (...) países abandonaron el modelo asimilacionista y adoptaron una política más tolerante y pluralista que permite y, de hecho, estimula que los inmigrantes mantengan diversos aspectos de su herencia étnica. En la actualidad se acepta (aunque no de manera unánime) que los inmigrantes deberían tener libertad para mantener alguna de sus antiguas costumbres respecto de la alimentación, la indumentaria, la religión, así

Por tanto, muchos países pueden considerarse multinacionales y poliétnicos, ello nos lleva a considerar la utilización del término de multicultural. Aunque no exista una uniformidad en el concepto, lo utilizaré en el sentido expuesto por Kymlicka: *“Un Estado es multicultural bien si sus miembros pertenecen a naciones diferentes (Estado multinacional), bien si éstos han emigrado de diversas naciones (un Estado poliétnicos), siempre y cuando ello suponga un aspecto importante de la identidad personal y de la vida política”*¹⁶⁵. Por lo que se usa en su acepción de pluralismo cultural en el Estado.

Uno de los aspectos a considerar es que si bien es cierto que los Estados son multiculturales por diversos motivos, las diferencias en las necesidades y las exigencias de las minorías pueden ser coincidentes en algunos ocasiones o totalmente diversas en cuanto a su tratamiento con el Estado. Para lo cual habría que entender el por qué de sus demandas y los efectos que tiene adaptar algunas políticas públicas y sus consecuencias.

Uno de los más claros ejemplos que trata Kymlicka son las diferencias en las demandas y en las políticas de la minoría racial negra y las demandas de los pueblos indígenas, ambas en los Estados Unidos.

Los pueblos indígenas fueron tratados con inferioridad por una visión racista de superioridad cultural por parte de los pueblos europeos. Ellos fueron considerados incapaces de autogobernarse y, por tanto, de inmediato pasaron como pueblos sometidos a considerarse pupilos a efecto de alcanzar

como el derecho a asociarse entre sí para mantener tales prácticas. Tal conducta ha dejado de considerarse antipatriótica”. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p.30.

¹⁶⁵ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 36.

gradualmente la evolución cultural que marcaban los blancos. En el transcurso del tiempo ante la inferioridad numérica esta visión racista se convirtió en paternalista y fueron tratados como minorías nacionales desfavorecidas. Las políticas gubernamentales para ellos fueron *“el genocidio, la segregación y la asimilación, la única constante ha sido que los gobiernos nunca han reconocido verdaderamente a los pueblos aborígenes como pueblos distintos, con culturas diferentes”*¹⁶⁶.

Por otro lado, están los inmigrantes involuntarios africanos –negros subsaharianos- que fueron traídos a América como esclavos. Se les impidió integrarse en la cultura mayoritaria, mestizarse y se les segregó de todas las formas de desarrollo en las instituciones del Estado. Se les dispersó y a la vez se les prohibió recrear su cultura propia. Explica Kymlicka que: *“La situación de los afroamericanos es muy inusual. No se les permitió integrarse en la cultura dominante, ni tampoco se les permitió mantener su lengua o culturas de origen o crear nuevas asociaciones e instituciones culturales. No tenían su patria o territorio y, con todo, fueron segregados físicamente”*¹⁶⁷.

Estos dos ejemplos a grosso modo permiten visualizar que ambos vivieron sujetos a una dominación legal e injusta, que partía de derechos otorgados a la cultura dominante a los que no podían acceder por considerarse inferiores e incapaces de autogobernarse, de manera que ambos debieron de someterse a un dominio que les negó capacidad de desarrollarse durante siglos. Sin embargo, estos grupos demandan cosas totalmente diferentes. Lo

¹⁶⁶ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.* op. cit. p. 40.

¹⁶⁷ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.* op. cit. p. 44.

pueblos indígenas demandan derechos de igual reconocimiento cultural y autogobierno; en cambio, los afroamericanos demandan plena igualdad con respecto a los blancos, es decir, las mismas oportunidades. Por tanto, aplicar una misma política ante tan diferentes demandas sería absurdo. Los indígenas desean que se reconozca que son una cultura diferente y los afroamericanos desean que se les trate como iguales. Es paradójico, ante las demandas de igualdad, tratar a los indígenas como iguales sin respetar sus diferencias culturales implicaría asimilacionismo y su pérdida de identidad y, por otro lado, tratar diferente a los afroamericanos significaría segregación y racismo. Lo que acendraría su marginación.

Por ello, establece Kymlicka tres rangos específicos que se demandan en las naciones multiculturales. Éstos son derechos de autogobierno¹⁶⁸, derechos poliétnicos¹⁶⁹ y derechos de representación¹⁷⁰. Los primeros tienen sobre todo sentido para los pueblos indígenas, que requieren control sobre los recursos naturales y sus formas de vida dentro de sus territorios; los segundos demandan en diversas medidas formas de integración y libertad para manifestar sus características específicas ya sea étnicas o religiosas; y los terceros, se refieren a grupos específicos de la sociedad que requieren más visibilidad como pueden ser otros grupos sociales no étnico. Vale decir, que ello no implica que ciertas minorías étnicas o pueblos indígenas no puedan

¹⁶⁸ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. pp. 47-52.

¹⁶⁹ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. pp. 52-53.

¹⁷⁰ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Op. cit. pp. 53-55.

demandar a su vez mayor representación en los órganos de decisión en el Estado por estrategia e interés de la minoría.

2.2.4.1. Derechos individuales y derechos colectivos. Cambio de perspectiva.

Usualmente se presenta la discusión de derechos individuales y derechos colectivos en términos de confrontación. Por un lado, está la visión “de una democracia liberal¹⁷¹”; y, por el otro, se presenta a grupos de individuos que, con una perspectiva colectivista, reivindican derechos sobre la tierra, la lengua, la representación, etc., es decir, una suma de derechos colectivos. Refiere Kymlicka que es una terminología bastante engañosa, extensa y heterogénea con pocas cosas en común¹⁷². Este autor propone plantear el tema desde la perspectiva de la ciudadanía diferenciada en función del grupo a través de restricciones internas y protecciones externas, a efectos de salir de la visión de que los derechos colectivos son contrarios a los derechos individuales¹⁷³.

Así, se analizan el tipo de reivindicaciones que hacen los grupos indígenas o los grupos nacionales; es decir, lo que consideran derechos colectivos. Por un lado, reivindican acciones contra miembros de su propio grupo; por otro lado, reivindican acciones en contra de la sociedad en la que se

¹⁷¹ Su compromiso por la libertad y la igualdad del individuo como ciudadano, con derechos constitucionales, civiles y políticos sólo asignados a éste, independientemente de su pertenencia a algún grupo. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 57.

¹⁷² “Comprende derechos de sindicatos, corporaciones; derechos a entablar litigios con acciones de clase; el derecho de todos los ciudadanos al aire no contaminado, etcétera”. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. pp. 57-58.

¹⁷³ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 515.

encuentra. A las primeras les llama *restricciones internas* y a las segundas *protecciones externas*.

Las restricciones internas -explica- serán las *“relaciones intergrupales: el grupo étnico o nacional pueden pretender usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo”*¹⁷⁴. La utiliza en el sentido de que las libertades civiles y políticas de los miembros del grupo pueden verse restringidas.

En cuanto a las protecciones externas –explica- son *“relaciones intergrupales; esto es, que un grupo étnico o nacional puede tratar de proteger su existencia y su identidad específica limitando el impacto de las decisiones de la sociedad en la que está englobado”*¹⁷⁵. El debate entonces, está fuera de la dicotomía individualismo contra colectivismo, sino en el campo de la ciudadanía diferenciada¹⁷⁶.

Ambas posiciones son ampliamente criticadas, porque pueden implicar el acendramiento de la vulnerabilidad para los miembros más débiles del grupo (por ejemplo, las mujeres), o la perpetuación del dominio de ciertos grupos en los que mantienen privilegios que desde la sociedad liberal se entienden como innecesarios. No obstante, a su vez estas posturas pueden permitir desarrollarse con seguridad en pie de igualdad, impidiendo su desaparición o asimilación por parte de la sociedad global.

¹⁷⁴ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 58.

¹⁷⁵ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 59.

¹⁷⁶ “Por lo tanto, considera que los debates sobre la preminencia del individuo o la comunidad, los problemas de articulación jurídica de la noción de derechos colectivos no se aplican a la categoría de derechos diferenciados en función de grupo.” PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 514.

Estas reivindicaciones no van necesariamente juntas. Algunos grupos pueden hacer reivindicaciones de un solo tipo; y otros, pueden reclamar otras en diferente sentido. Por lo que se tienen que observar específicamente el tipo de demanda que se reivindica por el grupo étnico o el pueblo indígena. Estas variaciones también causan posturas distintas por los liberales que pueden rechazar algunas o ambas.

Estos son algunos de los ejemplos que expone para la ciudadanía diferenciada relacionadas a protecciones externas: los derechos especiales de representación en las instituciones políticas; los derechos de autogobierno o los derechos a prácticas religiosas o culturales. Todas estas protecciones externas existen para evitar la exposición a la vulnerabilidad de estos grupos frente a una sociedad que por sus diferencias culturales o su capacidad económica impedirían la subsistencia, la representación o el desarrollo de la forma de vida del grupo. El beneficio de estas medidas no puede causar oposición entre los liberales, con el argumento de que afectan a los derechos individuales. En este sentido, tales protecciones son virtuosas para la democracia y los derechos del grupo. Refiere Kymlicka que *“estas medidas no sólo son consistentes con la libertad de los miembros individuales, sino que, en realidad, la fomentan¹⁷⁷”*.

Por el contrario, las restricciones internas provocan mucha más polémica, porque se entiende que restringen las libertades básicas de sus propios miembros. Estas restricciones son más frecuentes en aquellas minorías que gozan de formas de autogobierno que permiten imponer a algunos miembros de su grupo limitaciones o formas tradicionales de relacionarse que

¹⁷⁷ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 62.

implican la negación o no ejercicios de libertades o estar en igualdad de condiciones con otros miembros del grupo. También algunas reivindicaciones de protecciones internas impiden el disenso al interior de la comunidad. Por otro lado, algunas comunidades argumentan que acudir a tribunales externos implica que jueces pocos sensibles a la comunidad apliquen penas culturalmente ajenas a sus prácticas tradicionales, que afecten la buena marcha interna. De ahí que se reconozcan competencias para dirimir los conflictos internos. Ello es una fuente continua de tensión, porque en el fondo subyace la idea del límite de lo tolerante¹⁷⁸. Si bien estas demandas existen, rara vez son protegidas por los tribunales. La mayoría de las demandas de las comunidades indígenas están más en la forma de protecciones externas, aunque a veces es difícil diferenciar las unas de las otras, o impedir los efectos en forma de restricciones internas.

Ejemplifica este tipo de situaciones en las demandas de los derechos territoriales indígenas. La realidad es que la supervivencia del grupo está estrechamente relacionada con la protección de su territorio. *“La historia ha demostrado que la manera más eficaz de proteger a las comunidades indígenas ante al poder externo es crear reservas en las que las tierras son de propiedad comunal y/o fiduciaria, y no puede ser alienada sin el consentimiento de la comunidad en su conjunto. Esto es consistente con las nociones*

¹⁷⁸ “Así pues, existen algunos casos de grupos étnicos y nacionales que reivindican restricciones internas. En estos casos, un grupo ha reclamado competencias legales para restringir la libertad de sus propios miembros y así poder conservar sus propias prácticas religiosas tradicionales. Estos grupos ha tratado de establecer o mantener un sistema de derechos diferenciados en función del grupo que proteja las prácticas comunales, no solo ante las decisiones tomadas desde fuera del grupo, sino también ante el disenso interno, y estos muchas veces exige que se les exima de los requisitos constitucionales o legislativos que se aplican al conjunto de la sociedad.” KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 67.

*tradicionales de los pueblos indígenas referentes a la tierra*¹⁷⁹”. Recuerda que los colonos, como estrategia de despojo de los territorios comunales, utilizaron la técnica de cambiarlo por la titularidad individual del territorio. Ya dividido el territorio se adquiría por las personas más acaudaladas, quedándose con las tierras y sus recursos, y dejando desprotegida a la comunidad.

Las protecciones externas evitan que cualquier persona o grupo pueda despojar a los indígenas de sus territorios. Aunque esto, por otra lado, genera a su vez, una forma de restricción interna, porque los miembros del grupo no pueden vender libremente la tierra, ni acceder a los créditos usando la misma como garantía. Por lo que se tiene una consecuencia no prevista que resta competitividad o capacidad de desarrollo económico a la comunidad. En suma, las protecciones externas y las restricciones internas son confundidas tanto por los partidarios como los detractores de los derechos colectivos¹⁸⁰.

Kymlicka refiere que existe ambigüedad en torno a los derechos colectivos. Este autor los define como *“derechos acordados y ejercidos por la colectividades, donde estos derechos son distintos –y quizás conflictivos con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad*¹⁸¹”. En relación al eterno debate de la relevancia moral de los derechos colectivos y, por tanto, la imposibilidad de reconocerlos, Kymlicka expone que en las distintas formas de ciudadanía diferenciada, ello resulta irrelevante, muchos de

¹⁷⁹ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 69.

¹⁸⁰ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 70.

¹⁸¹ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 71.

esos derechos son ejercidos por los individuos, por la comunidad o por la provincia¹⁸².

Para este autor, el debate entre individualistas y colectivistas es estéril. Están situados en distinto paradigma. Los individualistas parten de una idea de individuo con derechos que son amenazados por los colectivistas; y, por otro lado, los colectivistas refieren que la comunidad tiene interés en proteger su propia existencia. Por lo que los intereses comunitarios se contraponen a los intereses de los individuos de su comunidad. Insistir en la discusión de si las comunidades tienen prevalencia sobre los individuos no es el debate, sino que la cuestión sería evaluar los derechos diferenciados bajo el manto de la justicia. *“Los miembros de grupos diferentes precisan derechos diferentes”*¹⁸³.

Un argumento para incorporar derechos diferenciados para los pueblos indígenas, sería más de consideración política que de formalismo jurídico. Se advierte que *“existen razones políticas relacionadas con la acomodación de las minorías a la esfera pública que deben de prevalecer sobre la consideración de formalismos jurídicos que afectan al debate académico sobre titularidad de los derechos. La no consideración de esas razones políticas a favor de las*

¹⁸² *“De hecho, algunos derechos diferenciados en función del grupo son ejercidos por los individuos y, la cuestión de si los ejercen los individuos o los colectivos no es el problema fundamental. Lo importante es porqué determinados derechos son derechos diferenciados en función del grupo; esto es, porqué los miembros de determinados grupos deberían tener derechos referentes al territorio, la lengua, a la representación, etcétera y los miembros de otros grupos no.”* KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 74.

¹⁸³ *“Pero espero que haya quedado claro cuán inútil resulta a la hora de evaluar los derechos diferenciados en función de grupo en las democracias occidentales. La mayoría de tales derechos no tienen que ver con la primacía de las comunidades sobre los individuos, sino que más bien se basan en la idea de que la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes”*. KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 76.

*minorías culturales provocaría discriminación basada en la pertenencia cultural*¹⁸⁴.

Se precisa un trato diferenciado a efecto de establecer las bases de una relación de igualdad cultural. La ceguera de la diferencia cultural en Estados multiculturales, lleva a determinaciones absurdas y dañinas como en la igualación de las demandas de los afroamericanos y los indígenas en los Estados Unidos¹⁸⁵. Es paradójico que una política que pretende igualar los derechos de un grupo, sea tan profundamente injusta y destructiva para el otro. ¿Porqué los pueblos indígenas han de pagar un precio tan alto? Por ello, se han de plantear los mecanismos de la política de igualación cultural contando con la voz de los propios grupos a los que les afectará. Ello es otra modalidad de destrucción cultural similar a la impuesta por los WASP¹⁸⁶ a los migrantes, que les obligaba a renunciar a sus diferencias culturales a efecto de no ser víctimas de prejuicios y discriminación, imponiendo una cultura basada en el etnocentrismo y la intolerancia¹⁸⁷.

Los pueblos indígenas no son una minoría o un grupo étnico más, ellos tienen otro estatus al ser una cultura ancestral y diferente a la que ha migrado. Por tanto, sus reivindicaciones específicas deben de ser vista desde otra óptica

¹⁸⁴ PEREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 515.

¹⁸⁵ “No se trata de que los indios no necesiten protección contra el racismo. Pero mientras que el racismo contra los negros se debe a que los blancos se niegan a admitir que los negros son miembros de pleno derecho de la comunidad, el racismo contra los indios surge fundamentalmente de que los blancos se niegan a admitir que los indios son pueblos distintos, con sus propias culturas y comunidades. Lamentablemente la centralidad del movimiento a favor de los derechos civiles para los afroamericanos ha impedido que la gente advierta las distintas cuestiones planteadas por la existencia de minorías nacionales.” KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 91.

¹⁸⁶ WASP. Acrónimo de White, Anglo-Saxon Protestant.

¹⁸⁷ KYMLICKA. W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 93.

omnicomprensiva, fuera de las ideologías y de teorías preconcebidas de derecho. De lo contrario, los derechos universales construidos bajo la visión individualista seguirán ciegos a las demandas de los pueblos indígenas basadas en su fuerza colectiva. Esta visión no debe ser considerada necesariamente antagónica o peligrosa a las personas o a la integridad territorial del Estado.

Kymlicka mantiene la hipótesis de que los derechos de las minorías fomentan la libertad y la autonomía del individuo, por lo que los derechos colectivos vistos desde este planteamiento son consistentes con el liberalismo¹⁸⁸. Por tanto, los derechos en función de grupo son compatibles con los principios liberales. El camino es la valoración de la igualdad cultural y su vinculación con la autonomía y la libertad¹⁸⁹. Por tanto, la propuesta de Kymlicka, si bien integra elementos de la tesis social, en cuanto al valor de los contextos en tanto favorecen las libertades y la autonomía; centra la discusión en la legitimidad de las reivindicaciones para defender la ciudadanía diferenciada en función del grupo. Pone énfasis en las diferencias de las demandas de los grupos y la búsqueda de la acomodación de éstas dentro de la sociedad liberal. Analiza tanto las protecciones externas y su viabilidad, sin dejar de observar los efectos en el individuo y las restricciones internas ya sean

¹⁸⁸ *“Naturalmente, los principios básicos del liberalismo son principios de libertad individual. Los liberales únicamente pueden aprobar los derechos de las minorías en la medida de que éstos sean consistentes con el respeto a la libertad y autonomía de los individuos. Expondré (...) que los derechos de las minorías no sólo son consistentes con la libertad individual, sino que en realidad pueden fomentarla. (...) La causa de la libertad a menudo encuentra bases en la autonomía de un grupo nacional.”* KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. op. cit. p. 111.

¹⁸⁹ *“Las posibilidades de elección las ofrece un contexto determinado por las pertenencias a un grupo, con lo que nuestra efectiva libertad y el ejercicio de la autonomía están vinculados que haga significativa la gama de opciones”.* PÉREZ, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. op. cit. p. 517.

demandadas o sobrevenidas. Deja la discusión fuera del debate del individualismo y el colectivismo, al igual que la relevancia moral del colectivo.

**CAPITULO TERCERO. MARCO JURÍDICO
INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Este apartado tiene como objetivo hacer un recorrido en el derecho internacional de los instrumentos específicos que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas, a fin de poner en relieve los derroteros, los avances y el estado de la discusión ellos. A pesar de que a la fecha no sean muchos los instrumentos internacionales (apenas tres, el primero en 1957, el segundo en 1989 y el tercero en el año 2007), su repercusión si ha sido importante para la comprensión de los derechos humanos y derechos humanos específicos para los pueblos indígenas. El derecho indígena ha dejado de ser un derecho marginal para pasar a ser uno de los derechos con más respaldo internacional logrado en los últimos años. Basta ver que en la aprobación de la última Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas apenas hubo cuatro países que votaron en contra y que posteriormente se adhirieron al tratado.

Analizaremos, en primer lugar, el Convenio 107 de la OIT, que fue el primero que se planteó el reconocimiento de deberes por parte del Estado en relación con los pueblos indígenas, aunque de una forma insuficiente. Posteriormente, serán objeto de estudio el Convenio 169 de la OIT, que vino a sustituir al anterior, y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, que supone un gran avance en la materia¹⁹⁰.

¹⁹⁰ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. p. 104.

1. EL CONVENIO 107 DE LA OIT

1.1. Aspectos Generales

El Convenio 107 Sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales¹⁹¹ de la Organización Internacional del Trabajo¹⁹²—en adelante el Convenio o el Convenio 107 de la OIT—, es un tratado internacional que por primera vez planteó deberes para el Estado en relación con los pueblos indígenas y tribales¹⁹³, que fueron las bases generales en la relación del Estado con los pueblos indígenas a nivel internacional¹⁹⁴. Es ésta una de las más importantes

¹⁹¹ Se observa que el propio documento utiliza la palabra semitribual o tribal, en lugar de semitribal o tribal.

¹⁹² Convenio 107 de la OIT, Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales de la Organización Internacional del Trabajo. 26 junio 1957. Ginebra, Suiza. Es importante señalar que se hace referencia al Convenio para establecer la evolución histórica del derecho internacional indígena, aunque en la actualidad el Convenio está cerrado y ha sido sustituido por el Convenio 169 de la OIT. Aún así, sigue en vigor para diecinueve países, que no han suscrito el convenio posterior.

¹⁹³ ARAGON, Orlando. “Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa al pluralismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No 118. Enero-Abril. 2007. p. 11.

¹⁹⁴ Vale decir que la OIT si había tocado desde su creación aspectos relacionados con los indígenas, pero circunscritos al ámbito laboral. “*La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha efectuado desde su creación una serie de actividades en favor de los pueblos indígenas y tribales. En 1921, la OIT llevó a cabo un estudio sobre las condiciones de los trabajadores indígenas, y en 1926 el Consejo de Administración de la OIT instituyó una Comisión de Expertos en Trabajo Indígena con la misión de formular normas internacionales para la protección de estos trabajadores. La labor de esa Comisión sirvió de base para la adopción de algunos instrumentos, entre ellos el Convenio sobre trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y otros convenios que se refieren más directamente a los trabajadores indígenas. Entre estos instrumentos se pueden citar: Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50); Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64); Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1947 (núm. 86 y Convenio sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas), 1955 (núm. 104), amén de ciertas recomendaciones. Como se desprende del título de los convenios mencionados, éstos fueron adoptados con miras a regular las relaciones laborales de estos trabajadores que revestían características específicas*”. HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No 82. Enero Abril. Nueva Serie año XXVIII. Año 1995. p. 153.

aportaciones del Convenio¹⁹⁵. Los asuntos que afectan a los indígenas dejaron de pertenecer al ámbito doméstico del Estado, que hasta entonces se consideraban exclusivos del derecho interno de cada Estado y pasaron a ser materia del derecho internacional. El Convenio 107 de la OIT fue la primera norma internacional sobre indígenas que estableció deberes y modalidades de conducta al Estado como parámetros de gobierno en varios ámbitos: estableció una definición de la identidad indígena y tribal, la relación con los territorios, educación bilingüe, medidas a favor de la igualdad y contra la discriminación, impulso a las actividades tradicionales indígenas como la artesanía, medidas en seguridad social, salubridad, vivienda, etc¹⁹⁶. En suma, el reconocimiento de la condición de indígena y el diseño de programas que respetaran en forma específica esa condición. Esta visibilización internacional permitió la posterior construcción de obligaciones del Estado, que los indígenas en lo individual y lo colectivo exigieron como derechos indígenas por la vía de los derechos humanos.

A pesar de los importantes avances, el Convenio 107 de la OIT tiene sesgos y limitaciones importantes, que han de analizarse considerando el contexto histórico del momento de su suscripción. El documento refleja la visión predominante de la época, en la que el Estado deseaba modernizarse y buscar el desarrollo económico para el conjunto de la población¹⁹⁷. Habían pasado más de diez años del final de la segunda guerra mundial y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En la mayoría de los países del llamado

¹⁹⁵ BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 78, Sep-Dic. Nueva Serie Año. XXVI. 1993. p. 779.

¹⁹⁶ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.154.

¹⁹⁷ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.155.

tercer mundo existían nuevas clases medias que vivían mayoritariamente en las ciudades, crecían las economías mediante aplicación de planes de economía mixta, en los que el Estado era el rector máximo del modelo económico, por lo que se consideró que a los indígenas había que *integrarlos al desarrollo nacional*¹⁹⁸. Es evidente el paternalismo, el asimilacionismo y la tutela del Estado en prácticamente todos los ámbitos y se deseaba construir una sola identidad nacional que fuera monocultural. Por ello, en el contexto de la época se consideró natural extender su modelo a los pueblos indígenas. Lo anterior no sólo tenía el componente desarrollista y nacionalista por parte del Estado, también en el fondo existía el prejuicio, el temor, la vergüenza y la discriminación latente en la sociedad. A los indígenas se les consideró un lastre social por su pobreza, su ignorancia, su forma de vida, su lengua primitiva, sus enfermedades y, en su conjunto, por su atraso. Detrás de la idea de que los indígenas debían de ser protegidos y “ayudados” por el Estado, estaba la convicción de que para lograrlo debían de ser asimilados.

El conjunto del Convenio es asimilacionista con rasgos humanitarios. Esta visión no ha de perderse de vista para entender las dificultades de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado. Porque los indígenas se han resistido a lo largo de 500 años a todos estos intentos de ser absorbidos o asimilados de diferentes maneras; no han cejado en sus reivindicaciones sobre sus territorios, su derecho a decidir sobre su pueblo y la conservación de sus tradiciones, valores, lengua y el conjunto de su cultura. En suma, su derecho a la autonomía y al respeto de su forma diferenciada de ser y vivir.

¹⁹⁸ YRIGOYEN, Raquel. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. op. cit. pp. 110-112.

Partiendo de este contexto, pasamos a analizar algunos puntos relevantes del Convenio 107 de la OIT.

1.2. La identidad indígena e identidad tribal

El Convenio define desde el inicio a los pueblos indígenas y a los pueblos tribales o semitribales¹⁹⁹, toda vez que a ellos está dirigido el ámbito personal de aplicación de la norma internacional; no tiene la visión del conjunto de los indígenas en tanto pueblos, sólo trata a los indígenas como individuos en poblaciones tribales o semitribales, en una condición de atraso²⁰⁰.

Define en el artículo 1.1. inciso a)²⁰¹ que las *poblaciones tribales o semitribales* son poblaciones que no están igual de avanzadas que el colectivo nacional y que se rigen total o parcialmente por sus costumbres o tradiciones o por una legislación especial. En el artículo 1.1. inciso b)²⁰² añade que las *poblaciones indígenas* son poblaciones que descenden de las que habitaban el país en la época de la conquista o colonización y que, independientemente de su situación jurídica, viven de acuerdo con sus propias instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época.

¹⁹⁹El Convenio los refiere como Tribales o Semitribales.

²⁰⁰HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.158.

²⁰¹"Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica: a) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; 2. A los efectos del presente Convenio, el término semitribal comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional".

²⁰²"Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica: b) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que esa su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen".

Es una norma dirigida específicamente a los pueblos indígenas prehispánicos y a los pueblos tribales no originarios del territorio antes de la conquista o la colonización²⁰³. La OIT de alguna forma intentó definir a los grupos poblacionales que intentaba proteger. Sin embargo, la definición sobre pueblos indígenas tiene las siguientes carencias: La falta de reconocimiento colectivo de los indígenas como pueblo; la visión purista de la descendencia indígena; la visión monolítica de la cultura indígena; y la ausencia de la autoidentidad indígena. Vamos a analizar cada una de ellas.

A) *La falta de reconocimiento de los indígenas como pueblo.* El texto del artículo 1 se refiere a los miembros de las poblaciones y no a los pueblos. Esta consideración únicamente a los indígenas en tanto individuos los atomiza y los descontextualiza de su identidad. Los indígenas mantienen una estrecha vinculación como grupo y es parte integral de su visión cultural la identidad comunitaria. La OIT, al igual que los Estados nación que suscribieron el Convenio 107, compartieron un punto de vista de protección individualista de la persona indígena, insuficiente para la plena protección de los derechos indígenas, especialmente el reconocimiento de sus derechos colectivos. Para la época, si bien fue primer paso, fue un paso muy corto para el futuro reconocimiento de la personalidad colectiva en tanto pueblo, sujeto de derechos distintos al individuo.

B) *La visión purista de la descendencia indígena.* Conforme al artículo 1.1 del Convenio, éste se aplica: *“b) a los miembros de las poblaciones*

²⁰³ En estos casos se encuentran los pueblos africanos de negros que fueron esclavizados por los europeos y transportados masivamente a los nuevos territorios coloniales para trabajar en sus plantaciones, fincas o encomiendas. Muchas de esas poblaciones conservaron sus instituciones y tradiciones originarias, permaneciendo como una cultura diferenciada al resto de la población.

tribuales o semitribuales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país...”. Como se advierte, la definición refiere que son miembros de las poblaciones tribuales considerados indígenas los descendientes de las poblaciones que habitaban el país. El énfasis está en el aspecto racial de los habitantes, es decir, se identifica como indígenas a aquéllos que mantienen los rasgos, el fenotipo, el color u otras características físicas externas que denoten que son descendientes indígenas.

No se puede negar que existen muchos pueblos indígenas que no se mestizaron y conservan evidentes características físicas propias de los habitantes originales. Sin embargo, este criterio no ha de prevalecer sobre la cultura o la autoidentidad. En otras palabras, los indígenas que no externen los rasgos físicos de la raza originaria se encontraran con dificultades para poder ser considerados como tales²⁰⁴. Una realidad es que en la mayoría de los territorios, tanto en el proceso de conquista como durante la colonia y posteriormente en la vida independiente de los Estados que fueron antiguas colonias europeas, existió un importante mestizaje entre los pobladores originarios con los europeos y los africanos traídos como esclavos, y sucesivamente entre los descendientes de estas uniones. En teoría, los actuales habitantes de dichos países son descendientes de todos ellos, sin que quiera decir que todos son indígenas o que no lo son. En síntesis, el aspecto de la identidad de quien es indígena es más un aspecto cultural, como

²⁰⁴ CARBONELL. Miguel. “La constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: una aproximación teórica”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 108. Septiembre-Diciembre. Año. XXXVI. 2003. p. 843.

resultado de la formación y educación que transmiten los padres, los abuelos, y los viejos de la comunidad, y no racial.

C) *La visión monolítica de la cultura indígena.* La OIT señala en el artículo 1, que son indígenas los descendientes de las poblaciones que “*viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen*”. Esta percepción de que los pueblos indígenas viven y mantienen su forma de vida de la misma forma que lo hicieron sus ancestros hace más de 500 años, se apega más a una especie de romanticismo literario, que a la realidad.

Si bien es cierto que muchas de sus instituciones culturales persisten, muchas otras se han transformado y se seguirán transformando en el futuro, sin que ello implique que dejen de ser indígenas o de considerarse a sí mismos como tales. Todas las culturas evolucionan y se transforman por el contacto entre unas y otras; o mejor dicho, las personas adaptan sus tradiciones con las innovaciones de la vida diaria en menor o mayor medida y ellas tienen una expresión en la comunidad. Los pueblos indígenas en su mayoría se han visto influenciados o inmersos en estos cambios. El aspecto más evidente es la influencia en la adopción de una lengua distinta a la originaria y considerada tan natural como la propia, conjuntamente con el alfabeto; o, por ejemplo, el sincretismo cultural y religioso que desde el primer momento se hizo presente. A lo largo del tiempo han adaptado a su cultura una gran variedad de productos, servicios y costumbres; van desde artefactos, ropa, accesorios, productos alimenticios, armas, técnicas de pesca, cultivos, vehículos automotores, tecnología como computadoras, teléfonos, internet, etc. Sin embargo, el hecho de adaptar no ha impedido el desarrollo a la par de la

autoconciencia indígena y la perpetuación de muchas tradiciones, costumbres y forma espiritual de ver el mundo. Esta visión romántica de la OIT de ver el mundo indígena como detenido en el tiempo y en el espacio de forma culturalmente intocada es más un romanticismo idealizado que el mundo de carne y hueso.

D) *La ausencia de la autoidentidad indígena.* Uno de los aspectos que dificulta la comprensión y la comunicación con los indígenas en todos los niveles (en lo privado, a nivel personal, en lo individual, instituciones culturales, religiosas, empresariales, organizaciones no gubernamentales humanitarias, etc.; en lo público, el Estado, el gobierno, organismos institucionales, etc.) es el no preguntar a los indígenas. La definición que utiliza la OIT en el Convenio 107 no refleja la autoidentidad o autoidentificación indígena. Es una definición externa de quien no es indígena. Los indígenas en lo individual y lo colectivo como pueblo determinado o como un conjunto de pueblos, tienen claro no sólo que no son occidentales o mestizos, sino sus diferencias con otros pueblos. Por lo que un elemento básico es la autoconciencia de esta identidad indígena.

1.3. Los deberes del Estado para con los pueblos indígenas

El Convenio 107 de la OIT en su perspectiva asimilacionista recoge una serie de deberes del Estado tendientes a buscar para las indígenas mejoras económicas básicas a través de programas de protección e *integración* a su concepción de desarrollo. El documento establece el respeto a la dignidad y la

prohibición del uso de la fuerza o la coerción como medio de asimilación²⁰⁵.

Puntualiza que los programas han de estar orientados a:

a) Beneficiar a la población indígena en igualdad de condiciones que a la población en general.

b) Desarrollo social, económico y cultural para mejorar su nivel de vida.

c) Integración nacional, evitando la asimilación artificial.

d) Establecer medidas de protección de instituciones, personas, bienes y trabajo²⁰⁶.

e) Considerar los valores religiosos, culturales y las formas de control social de dichas poblaciones, así como los problemas individuales y colectivos que le expongan por el cambio en el orden social y económico.

f) Tener presente los peligros del quebrantamiento de valores y de sus instituciones, a menos que puedan ser remplazados con el consentimiento de los afectados.

g) Tratar de allanar las dificultades de adaptación de esas poblaciones a las nuevas condiciones de vida.

h) Buscar la colaboración de esas poblaciones y sus representantes en el proceso de integración y protección.

²⁰⁵ Los puntos 3 y 4 del artículo 2 del Convenio 107 establecen que “Art. 2.3. *El objetivo principal de esos programas deberá ser el fomento de la dignidad, (...). 4. Deberá excluirse el recurso a la fuerza o a la coerción como medio de promover la integración de dichas poblaciones en la colectividad nacional*”.

²⁰⁶ Estas medidas de protección no deberían crear discriminación, ni afectar a los derechos generales de goce de ciudadanía. Vid. art. 3 del Convenio 107 de la OIT.

i) Estimular el desarrollo de actividades cívicas, instituciones electivas y la participación en ellas.

j) Dar prioridad a la educación y desarrollo económico en las regiones que habitan.

k) Tomar en cuenta el derecho consuetudinario indígena al establecer el los derechos y obligaciones de los mismos.

l) Respetar las instituciones indígenas y sus costumbres, en tanto no sean incompatibles con el orden jurídico nacional o los programas de integración²⁰⁷.

m) Aplicar el derecho penal como método de control social para la represión de delitos, de no ser posible, las autoridades y los tribunales tomará en cuenta las costumbres de dichas poblaciones²⁰⁸.

n) La prohibición –salvo en los casos establecidos en la ley para todos los ciudadanos- de establecer como pena sanciones que impliquen prestaciones obligatorias de servicios personales de cualquier índole, remunerados o no.

o) Establecer una protección especial en contra de –la aplicación abusiva- la detención preventiva, estableciendo recursos efectivos contra violaciones de derechos fundamentales.

²⁰⁷ Refiere que ni el derecho consuetudinario, ni las instituciones, ni las costumbres indígenas pueden impedir que los individuos ejerzan sus derechos como ciudadanos, ni que asuman sus obligaciones. Art. 7. 3. *“La aplicación de los párrafos precedentes de este artículo no deberá impedir que los miembros de dichas poblaciones ejerzan, con arreglo a su capacidad individual, los derechos reconocidos a todos los ciudadanos de la nación, ni que asuman las obligaciones correspondientes”*. Convenio 107 de la OIT.

²⁰⁸ Es notoria la redacción del artículo 8 que se refiere de forma específica a la materia penal. Evidencia la postura autoritaria por parte del Estado cuando tiene la posibilidad de hacerse obedecer frente a los pueblos indígenas.

p) Tomar en cuenta en la aplicación de penas, la evolución cultural y establecer penas alternativas al encarcelamiento.

Del conjunto de los deberes que establece el Convenio 107 para el Estado en favor de los indígenas se advierte, como ya se avanzó al principio, que el Estado parte de esa dual postura de ser protector-asimilador de la cultura indígena, en el que se convierte en tutor cultural que destruye la cultura indígena como tal. No la comprende y, por tanto, no la respeta. Es evidente que el Estado asume una protección cosmética y evita las conductas escandalosas, agresivas y destructivas contra los indígenas; pero, esencialmente intenta sustituir los valores de los pueblos por los valores nacionales, e implementar el cambio estructural de sus instituciones y sus costumbres, para assimilarlos al modelo de vida nacional. Afortunadamente, en el caso de los Estados Latinoamericanos, los programas públicos no alcanzaron el éxito desarrollista planteado, y permitieron un lapso de tiempo suficiente para el cambio de perspectiva.

1.4. En relación a las tierras indígenas

El convenio establecía en relación a las tierras y territorio indígenas el deber de reconocer el derecho individual o colectivo a la propiedad sobre las tierras que tradicionalmente ocuparon las poblaciones²⁰⁹. Además de que las poblaciones no deberían ser trasladadas de su tierra sin su consentimiento, aunque con salvedades al consentimiento en los casos en que estén establecidas en la ley, por causas de seguridad nacional, desarrollo económico

²⁰⁹ Art. 11. “Se deberá de reconocer el derecho de propiedad... sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. Convenio 107 de la OIT.

o sanitarias, y en tal caso los afectados deberían recibir tierras de igual calidad a las que ocupaban o, en su caso, si así lo prefieren, compensarles en dinero o en especie. Lo anterior con independencia a la indemnización que les corresponde por las pérdidas o daños sufridos por el desplazamiento²¹⁰.

En el caso de la transmisión de la tierra y el goce de la misma priman las costumbres indígenas, que deberán incorporarse en la ley nacional, en la medida en que satisfagan sus necesidades y no obstruyan el desarrollo nacional. Además, prevé medidas de protección en contra de personas extrañas a dichas poblaciones que se aprovechen de la ignorancia de la ley de los indígenas para obtener la propiedad o el uso de sus tierras. Por último, dice que, en el marco de programas agrarios, se les pueda conceder más territorio y medios para el fomento, es decir, producción económica.

En este contexto, las garantías o la protección que el Convenio 107 de la OIT contemplaba para los pueblos indígenas era muy deficiente y escasa, toda vez que, si bien prevé un derecho de propiedad individual o colectiva a la tierra, no relacionaba el uso de la tierra con su forma de vida como un aspecto esencial para su existencia y garantizar su desarrollo²¹¹. No incluye aspectos tan básicos como el acceso al agua, los bosques, los sitios de recolección o caza, los lugares con valor religioso o sagrado, los sitios en donde se encuentran enterrados sus ancestros, etc. Tampoco distingue sobre los pueblos trashumantes o migrantes que utilizan por su forma de vida espacios físicos más amplios. Por otro lado, para los pueblos indígenas la tierra y sus territorios tienen un valor distinto al mero sentido económico de la propiedad,

²¹⁰ Vid. artículo 12 del Convenio 107 de la OIT.

²¹¹ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.161.

por lo cual su uso no es necesariamente productivo. Lo que implica la pérdida del valor inmaterial que para estas culturas tienen y la vinculación tan estrecha con su identidad y su concepción individual y colectiva de sí mismos.

El Convenio, por otro lado, si bien menciona que los indígenas no han de ser trasladados sin su consentimiento, no establece las condiciones específicas mediante las cuales el Estado ha de garantizar que se otorgue plenamente el mismo en caso de consulta. Por otro lado, pueden ser trasladados sin su consentimiento por un amplio número de razones como son, cualquiera que establezca la ley, razones de seguridad nacional, razones de interés económico o razones sanitarias. Estas salvedades que exculpan al Estado, hacían prácticamente inexistente las restricciones al mismo y, en consecuencia, muy débil el derecho de propiedad o goce de los indígenas sobre su territorio ancestral.

También el Convenio hace hincapié en el derecho de propiedad de los indígenas sobre los territorios que ocupan, pero no menciona los numerosos casos en que los indígenas han sido despojados al momento de la suscripción del Convenio 107 y mantienen reclamos sobre dichos territorios. No establece mecanismos o deberes del Estado para reconocer tales despojos y para restituir los territorios. Pareciera una especie de *tabula rasa* en el que el pasado no tiene peso alguno y, por tanto, no existen tales injusticias.

En este contexto, el Convenio 107 de la OIT sí contempla los casos en que los no indígenas –mestizos, blancos, extranjeros o nacionales-, intentan apropiarse de los territorios indígenas mediante engaños o aprovechando la ignorancia de la ley; estableciendo que el Estado tiene el deber de dictar

medidas especiales que lo impidan. Sin embargo, esta previsión es insuficiente y no contempla sanciones al Estado que no respete tales deberes.

1.5. Otros derechos reconocidos

1.5.1. EL TRABAJO INDÍGENA

El Convenio 107 de la OIT prevé que el Estado tome medidas especiales para garantizar que los trabajadores indígenas y los provenientes de poblaciones semitribales o tribales, accedan al empleo en condiciones que eviten la discriminación, partiendo del principio de “a trabajo igual, salario igual”; además de asistencia médica y social, prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²¹², indemnización en caso de padecerlas, higiene en el trabajo y vivienda, o el derecho de asociación con fines sindicales (artículo 15 del Convenio).

1.5.2. FORMACIÓN PROFESIONAL, ARTESANÍA E INDUSTRIA

El Convenio 107 de la OIT establece que las personas indígenas y las pertenecientes a pueblos tribales o semitribales deben disfrutar de las mismas oportunidades en la formación profesional al que los demás ciudadanos. Por lo cual los gobiernos deberán crear programas especiales de formación para dichas personas. Los programas deben considerar las actividades tradicionales de la población. El Convenio 107 prevé que los programas especiales deben tener una duración temporal, dependiendo del grado de desarrollo cultural de las personas, de manera que se progrese a la integración, y se llegue a su

²¹²HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. pp.163-164.

sustitución por los programas generales para todos los ciudadanos (artículo 17 del Convenio). De igual manera, el apoyo del Estado a las artesanías y a las industrias rurales está orientado al desarrollo económico, promoviendo que las poblaciones cambien a lo que considera una elevada calidad de vida y se adapten a métodos modernos de producción y comercio (Artículo 18 del Convenio). Acota que el desarrollo deberá hacerse sin menoscabo del patrimonio cultural de dichas poblaciones.

En este punto, es evidente que el tipo de apoyo que el Convenio 107 de la OIT impulsa para los pueblos indígenas está sesgado por la visión de que los indígenas deben de cambiar y deben de aumentar su grado de desarrollo; entendiendo por desarrollo su incorporación a las actividades económicas, productivas y comerciales, al punto de que poco a poco se vayan asimilando al desarrollo general de la población. Lo que técnicamente implica en mayor o menor medida a largo plazo la desaparición cultural.

1.5.3. SEGURIDAD SOCIAL Y SANIDAD

Para el Convenio 107 de la OIT la seguridad social se debe extender progresivamente a toda la población, debiendo el gobierno asumir la responsabilidad de ofrecer los servicios de sanidad de acuerdo a las necesidades de la población indígenas y de los pueblos tribales o semitribales²¹³.

²¹³Artículo 19. Los sistemas existentes de seguridad social se deberán extender, progresivamente, cuando sea factible: a) A los trabajadores asalariados pertenecientes a las poblaciones en cuestión; b) A las demás personas pertenecientes a dichas poblaciones.

Artículo 20. 1. Los gobiernos asumirán la responsabilidad de poner servicios de sanidad adecuados a disposición de las poblaciones en cuestión. 2. La organización de esos servicios

1.5.4. EDUCACIÓN Y MEDIOS DE INFORMACIÓN

También se establece que los miembros de la población deben de acceder en igualdad de condiciones a la educación en todos los grados. Ésta debe de estar adaptada en el *“proceso de integración social, económica y cultural en la actividad nacional”*²¹⁴. En la visión asimilacionista del Convenio, queda claro que la educación ha de servir para que estos pueblos deban de integrarse a un modelo único de identidad nacional, es decir, de identidad homogénea. La educación dirigida a los niños se impartirá en su lengua materna –indígena-, o en alguna de las lenguas que el grupo hable más comúnmente para iniciarles a leer y escribir, y se realizará una transición progresiva a la lengua oficial del país. El objetivo de esta formación de los niños es la de integrarlos al modelo monocultural del Estado²¹⁵. Para el resto de la población el Convenio prevé que el Estado tome medidas educativas para eliminar los prejuicios en contra de estos pueblos.

En esta materia de educación, el Convenio 107 de la OIT estaba muy lejos de concebir siquiera la inclusión de los propios indígenas en la participación, diseño, desarrollo y aplicación de un sistema de educación que reflejara los valores de los propios pueblos. Mucho menos previó el reconocimiento en la formación y en la transmisión del conocimiento que

se basará en el estudio sistemático de las condiciones sociales, económicas y culturales de las poblaciones interesadas. 3. El desarrollo de tales servicios estará coordinado con la aplicación de medidas generales de fomento social, económico y cultural.

²¹⁴“Art. 22.1. Los programas de educación destinados a las poblaciones en cuestión deberán adaptarse, en lo que se refiere a métodos y técnicas, a la etapa alcanzada por estas poblaciones en el proceso de integración social, económica y cultural en la colectividad nacional”. Convenio 107 de la OIT.

²¹⁵“Art. 24. La instrucción primaria de los niños de las poblaciones en cuestión deberá tener como objetivo inculcarles conocimientos generales y habilidades que ayuden a esos niños a integrarse en la colectividad nacional”. Convenio 107 de la OIT.

enseñan los padres o los abuelos –viejos-, sobre sus saberes ancestrales. Simplemente se advierte que el objetivo es ciudadanizar de manera homogénea a los indígenas con el resto de la población del país. Ello implica la pérdida de identidad diferenciada de las personas y la pérdida del conocimiento ancestral de los propios pueblos, con la consecuente destrucción cultural indígena. Este Convenio es el reflejo de la visión de los negociadores de los países en el que se advierte la ignorancia, la visión equivocada de superioridad cultural y el desprecio sobre la cultura de los pueblos indígenas y su forma de vida.

1.6. Conclusión del conjunto del Convenio 107 de la OIT

Como señalé en un principio, la aportación más importante del Convenio es el paso de que los temas relacionados con los indígenas dejaron de ser materia del Derecho público interno de cada Estado a ser materia del Derecho público internacional, lo que permitió tener la visión del conjunto de la cuestión. Permitted la visibilización de la problemática general y construir una nueva relación con los pueblos indígenas partiendo de los deberes que el Estado asumía para con las personas indígenas y tribales.

El Convenio establece avances importantes en varias materias, como por ejemplo, la identidad indígena, el derecho a que se les reconozca su derecho a la tierra, la aplicación de programas educativos específicos en su lengua materna o bilingüe, los deberes de desarrollar programas de vivienda, salud, seguridad social; las medidas que permitan la igualdad en el acceso a los servicios del Estado y la lucha en contra de la discriminación por parte de la

población en general; la restricción a que sean asimilados por la fuerza o mediante la violencia pública o privada; las limitaciones para que terceros ajenos a los pueblos indígenas mediante artilugios legales se apoderen de sus territorios; el reconocimiento de la existencia de instituciones propiamente indígenas y la existencia de su propio derecho consuetudinario que se alimenta de sus costumbres ancestrales, etc. Todo ello son avances en la relación del Estado con los indígenas, que sientan las bases para un posterior y real reconocimiento de la identidad diferenciada. Además, el mismo año de su aprobación (1957), la OIT emitió la R. 104-Recomendación sobre Poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 104)²¹⁶. En ella se establecen once recomendaciones que forman parte del Convenio y se cita como tal²¹⁷. Contienen aspectos diversos, como por ejemplo, los que tienen que ver con sus tierras, las formas trashumantes tradicionales de explotación, el pastoreo, la restricción a terceros en los arrendamientos sobre sus territorios, acciones tendientes a evitar el endeudamiento de los pueblos, restricción de hipotecas, etc.

Sin embargo, el Convenio refleja la visión ignorante y sesgada de la época para con los pueblos indígenas, a los que consideraba un lastre para el *desarrollo nacional*, a los que el Estado –sin preguntar- debería de *ayudarles* a salir de su condición de miseria cultural y económica. Por lo que el conjunto del

²¹⁶ Accesible en : http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:2761677840632309:::55:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R104,/Document

²¹⁷ Éstas contemplan en el punto I. Aspectos Preliminares; en el punto II. Las tierras; el punto III. Contratación y condiciones de empleo; IV. Formación Profesional. V. Artesanías; VI. Seguridad Social y Medidas de Asistencia; VII. Sanidad; VIII. Educación. IX. Idiomas y otros medios de información; X. Grupos Tribuales en Zonas Fronterizas y XI. Administración.

Convenio se centra en los esfuerzos de integración y asimilación cultural²¹⁸. Lo que conlleva un tipo de agresión cultural más sofisticada, ya que no se realiza mediante la destrucción y la violencia, sino mediante un proceso educativo y de inversión económica, que es igualmente letal y destructivo para la cultura indígena.

Finalmente, la Organización Internacional del Trabajo modificó el Convenio 107 de 1957²¹⁹. De la mano de la evolución del derecho internacional (*La Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como otros instrumentos internacionales en contra de la discriminación*²²⁰), plantearon una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas eliminando la orientación a la asimilación cultural²²¹ por parte del Estado. Por lo que fue sustituido el 27 de junio de 1989 por el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales²²². Vale decir, que el Convenio, aunque se encuentre cerrado, sigue en vigor para los siguientes países (que no han ratificado el nuevo Convenio de 1989): Angola; Bangladés; Bélgica; Cuba;

²¹⁸HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.160.

²¹⁹BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". op. cit. p. 807.

²²⁰ La cuarta declaración previa del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989, refiere que: "*Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación*".

²²¹ La quinta declaración previa del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989, señala que: "*Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores*".

²²² La undécima declaración previa del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales 1989, refiere que: "*Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989*".

República Dominicana; Egipto; El Salvador; Ghana; Guinea Bissau; Haití; India; Irak; Malawi; Pakistán; Panamá; Siria y Túnez.

2. EL CONVENIO 169 DE LA OIT²²³

2.1. Introducción

El Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 establecido por la Organización Internacional del Trabajo –en adelante Convenio 169 de la OIT-, ha sido un importante avance jurídico en el derecho, con respecto a la visión que mantenía el anterior Convenio de la OIT de 1957²²⁴. Partió de una revisión profunda de la visión asimilacionista, monocultural y discriminadora del anterior convenio, a la par de la emergencia indígena²²⁵. Los avances internacionales de los derechos humanos permitieron advertir a los organismos, académicos, investigadores y expertos que los pueblos indígenas se veían impedidos a disfrutar plenamente sus derechos fundamentales, si las normas internacionales no incluían sus propias aspiraciones como pueblos, como son: asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, educación, territorios, desarrollo económico y mantener su identidad, lengua, costumbres, creencias y conocimiento ancestral²²⁶, por poner algunos ejemplos²²⁷.

²²³ “Art. 36. Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957”.

²²⁴ HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. p.157

²²⁵ MARTI, Salvador. “Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. pp. 74-76.

²²⁶ El párrafo sexto de las declaraciones previas del Convenio 169 señala que: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de

La no inclusión de las perspectivas propias de los pueblos indígenas, implicaba en sí misma una discriminación injustificable, que erosionaba la dignidad y la propia existencia de los pueblos indígenas y tribales, además de excluir las formas diferenciadas de ver y vivir la vida, y negaban las aportaciones culturales y ambientales que, en la diversidad, han legado a la humanidad²²⁸. Estos avances no se hubieran expresado en las normas sin una perspectiva nueva para occidente, que implicaba el reconocimiento del igual valor cultural en la diversidad existente. La norma manifiesta que la fórmula es la inclusión igualitaria en la discusión entre los pueblos y el Estado, dejando de lado la ceguera cultural que impide respetar y escuchar las voces que la necesidad occidental ha venido silenciando por ignorancia o incapacidad de entender al otro.

Es actualmente un instrumento jurídico vivo para la defensa de los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y tribales. Ha sido suscrito sólo por veintidós países –principalmente de América Latina, en los que existe una importante población indígena²²⁹-, por lo que aún dista mucho de otorgar plena seguridad jurídica internacional. Sin embargo, la línea trazada, aunque está en la perspectiva correcta para luchar contra la discriminación, no

vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”.

²²⁷ BARAJAS, Santiago. “Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal”. op. cit. pp. 807-809.

²²⁸ Refiere el párrafo octavo de las declaraciones previas del Convenio 169 que: *“Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”.*

²²⁹ Es un instrumento jurídico obligatorio para Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y la República Bolivariana de Venezuela.

implica que ésta se encuentre erradicada²³⁰. Por ello, se requiere la difusión, la utilización, la defensa y la exigencia de aplicación en el derecho de los Estados y el Derecho internacional para su eficacia.

2.2. La identidad indígena

El Convenio 169 de la OIT establece quiénes son los destinatarios del instrumento internacional. En apariencia no incluyó cambios notables en la definición sobre pueblos tribales; reproduce prácticamente la establecida en el Convenio anterior²³¹ que señalaba: “*Artículo 1. 1. El presente Convenio se aplica: a) A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial*”. Sin embargo, la diferencia sustancial consiste en que la legislación es de aplicación para “*los pueblos tribales*”, es decir a un ente colectivo²³². El anterior Convenio estaba destinado a “*los miembros de las poblaciones tribales o semitribales*”. Es decir, la protección estaba dirigida al individuo y no al pueblo como colectivo. La definición actual es la siguiente²³³:

²³⁰Es interesante el análisis que se hizo para el caso de México, en el sentido de la obligación de adecuar el derecho interno a las obligaciones internacionales derivadas del Convenio 189 de la OIT. GONZALEZ, Jorge. “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y las Obligaciones de México con su ratificación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No 96. Septiembre-Diciembre. Nueva Serie Año XXXII. 1999. pp. 865-870.

²³¹Convenio 197 de la OIT.

²³²HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. p.158.

²³³Artículo 1. Punto 1. Inciso a) del Convenio 189 de la OIT.

“Artículo 1.

1. *El presente Convenio aplica:*

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

Lo anterior tendrá implicaciones distintas y permitirá considerar las diferentes y mayores dimensiones que para los derechos ofrece este cambio de perspectiva de lo individual a lo colectivo. Para ello, analizaré la definición sobre la identidad indígena²³⁴, a fin de explicar en su conjunto las implicaciones individuales y colectivas.

El artículo 1. En su punto 1. Inciso b) refiere lo siguiente:

Artículo 1.

1. *El presente Convenio se aplica:*

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Este cambio es notable, porque nos permite integrar uno de los elementos más importantes en la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas, que es la dimensión colectiva en la concepción de los derechos, no asignados únicamente al individuo y la identidad colectiva y diferenciada que tienen de sí mismos²³⁵. A lo anterior, se agrega un elemento esencial para el reconocimiento de la identidad individual y colectiva diferenciada, que es la

²³⁴ CARBONELL, Miguel. “La constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: una aproximación teórica”. op. cit. p. 844.

²³⁵ GARCÍA, Sergio. “Los indígenas en el derecho nacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 87. Septiembre-Diciembre. Año. XXIX. 1996. p. 878.

autoconciencia de ser miembros de una colectividad cultural distinta. El mismo artículo 1 establece en el punto 2 del Convenio 169 de la OIT lo siguiente:

“Artículo 1.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

El hecho de establecer como criterio fundamental que los propios pueblos indígenas y tribales se manifiesten y sean ellos mismos los que se autoreconozcan y se autodefinan como tales, es un principio básico de dignidad del ser humano como tal, el reconocerse y validarse en el ejercicio de su autonomía y autodeterminación como pertenecientes a un grupo humano. Vale decir que el término pueblo no tiene alcance del derecho de autodeterminación²³⁶ que se entiende en derecho internacional²³⁷. Este principio de autodeterminación implica que el Estado²³⁸ no es la entidad que define o determina quien es indígena o quien pertenece a un pueblo tribal. Sino que entra en el ámbito de la potestad individual y colectiva de los pueblos indígenas²³⁹.

Por otro lado, este principio de autodefinición y derecho al autoreconocimiento implica el respeto por parte de terceros de esta identidad diferenciada, lo que produce el germen de otros derechos como los de autogobierno, participación, dignidad, autonomía, etc. En general, exige el

²³⁶ APARICIO, Marco. “Pueblos indígenas y constitucionalismo: De la igualdad multicultural al diálogo entre iguales”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. p. 21.

²³⁷ HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. p.159.

²³⁸ APARICIO, Marco. “La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 124. Enero-Abril. 2009. p. 19.

²³⁹ CARBONELL. Miguel. “La constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: una aproximación teórica”. op. cit. p. 846.

respeto a sí mismo y el respeto del otro. Este cambio, tanto para los pueblos indígenas como para los pueblos tribales, dimensiona y redistribuye los deberes y las obligaciones que tiene el Estado para con estas comunidades. Puesto que, en el fondo, es un tema de reconocimiento de la identidad cultural diferenciada, con formas de organizarse, constituirse, interactuar y decidir como un ente distinto, con derecho a tener derechos colectivos distintos a los individuos que le componen. Como, por ejemplo, el reconocimiento al nombre propio como comunidad y como pueblo; el derecho a la inclusión, a la historia propia, a la educación, al derecho propio, a las costumbres, al territorio, etc. Se trata de un conjunto de derechos que se encuentran íntimamente ligados entre sí, los cuales se han de ir desarrollando.

Por otro lado, la definición que establece la OIT también mantiene ciertos claroscuros, en los mismos puntos que el anterior convenio 107, como son: Mantener la visión purista de la descendencia indígena²⁴⁰ y considerar la cultura indígena como una cultura monolítica²⁴¹. No abundaremos más al respecto, toda vez que ya fue comentado en el análisis de dicho convenio.

2.3. Deberes del Estado desde la inclusión y el respeto cultural de los pueblos indígenas

Abandonar la visión de la política asimilacionista implicó promover políticas activas por parte de los Estados miembros. El Convenio 169 de la OIT

²⁴⁰ De la misma forma el Convenio actual, refiere en el artículo 1. 1. b) que: “b) ... *considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales...*”.

²⁴¹ Igualmente, el artículo 1. 1. b) del Convenio señala al final que “b) ... *conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”.

introdujo responsabilidades desde el paradigma del reconocimiento cultural y el respeto de los valores de los pueblos indígenas, que deberían ser incluyentes, coordinadas y consultadas a los propios pueblos, sin que ello significase dejar de promover el trato de igualdad tomando en cuenta las diferencias existentes. Lo anterior significó que el Estado, dentro del marco de los derechos humanos y los derechos económicos, sociales y culturales, asumía la responsabilidad de propiciar el respeto de los derechos, considerando la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones e instituciones indígenas. Ello implicaba, por un lado, que el Estado debía dejar de lado las formas de violencia y autoritarismo que tradicionalmente han padecido los pueblos indígenas; y, por otro, el respeto a la diferencia, no debía traducirse en una nueva o soterrada forma de discriminación individual o colectiva²⁴², o en un obstáculo para el ejercicio de las libertades fundamentales. Los derechos específicos reconocidos por los pueblos indígenas en el Convenio 169 de la OIT son compatibles con los derechos humanos tanto de hombres como de mujeres indígenas²⁴³.

El reconocimiento cultural a los pueblos indígenas abarca tanto la protección de los valores, prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales en lo individual y en lo colectivo, así como el respeto a sus instituciones, derecho consuetudinario, autoridades indígenas, debiendo establecer formas de participación y cooperación con las mismas para entender su forma de vida.

²⁴²Como, por ejemplo, los derechos políticos o de ciudadanía como lo contempla el artículo 4, que en el punto 3 dice: *“El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”*.

²⁴³*“Artículo 3. 1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. 2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”*.

2.4. Deberes de consulta y de participación

El Convenio contempla que el Estado debe tomar medidas especiales para salvaguardar a las personas, instituciones, bienes, trabajo, cultura y el medio ambiente de los pueblos indígenas²⁴⁴. Sin embargo, tales medidas no deben de ser contrarias a la voluntad y deseos de los indígenas.

Así el Convenio 169 de la OIT contempla el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas en los casos en que consideren medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles (artículo 6 del Convenio)²⁴⁵. A su vez, los pueblos deben tener la garantía de la libre participación en las instituciones políticas y administrativas responsables de los programas que les conciernan. Para ello, el Estado debe destinar recursos económicos y materiales apropiados para este fin o para las propias iniciativas promovidas por los pueblos indígenas.

Por otro lado, como se verá en el apartado correspondiente, el Convenio 169 establece el derecho que tienen los pueblos indígenas a la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente usan, y para el caso particular de los recursos naturales del subsuelo —minería, etc.—, los pueblos indígenas deberán ser consultados por el Estado²⁴⁶ de forma previa

²⁴⁴HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. p.160.

²⁴⁵ YRIGOYEN, Raquel. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. op. cit. pp. 120-123.

²⁴⁶“Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de

al otorgamiento de la licencia de prospección o explotación de los recursos naturales en sus tierras. Lo anterior implica que los pueblos indígenas deben tener el acceso a la información sobre el proyecto y a los estudios sobre los alcances de la afectación a su forma de vida y a los efectos en el medio ambiente. Además, los pueblos indígenas deben expresar su propia valoración sobre el proyecto. En su caso, también podrán pactar formas de beneficio o indemnización para los afectados, en lo individual o en lo colectivo.

El Convenio contempla que la consulta del Estado debe de ser de buena fe²⁴⁷ y tomar en cuenta la forma más apropiada de organizarla dependiendo de las circunstancias particulares del propio pueblo, con el fin de que el resultado sea un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las propuestas²⁴⁸.

No obstante, si bien en este punto el Convenio contempla la participación y consulta a los pueblos indígenas respecto a los cambios legislativos o las decisiones administrativas que les afecten, lo hace de forma muy general, sin reglas instrumentales que precisen los mecanismos de participación, las formas de comunicación con las autoridades tradicionales, los plazos que han de respetarse para tener una efectiva consulta con los miembros de la comunidad, etc.

los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

²⁴⁷HERNANDEZ, J.R. “La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales”. op. cit. p.160.

²⁴⁸ Artículo 15.2:“Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

2.5. Autonomía

El Convenio 169 de la OIT refiere que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo en lo espiritual, creencias, instituciones, las tierras que ocupan o utilizan y, además, controlar su propio desarrollo económico, social y cultural²⁴⁹. Lo anterior implica que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a autodeterminar aspectos fundamentales²⁵⁰: el gobierno interno, la elección de sus autoridades y representantes, las formas de organizarse dentro de su propio territorio, la disposición de sus recursos, etc. Ellos tienen el derecho a ser los únicos que determinen sus prioridades y su forma de desarrollarse de acuerdo a su criterio. El alcance de este reconocimiento a la autonomía indígena implica el reconocimiento por fin de su derecho colectivo como pueblo: el derecho a autogobernarse dentro de su propio territorio. Es la síntesis de su lucha y su resistencia durante todos estos años.

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, los Pueblos Indígenas tienen derecho a ejercer su autonomía interna, pero limitada al contexto del Estado Nacional. Este reconocimiento al autogobierno es un derecho que implica deberes mutuos para el Estado y los pueblos indígenas: ambos tienen el deber común de coordinarse y participar conjuntamente en los planes y programas de desarrollo nacional y regional. Como consecuencia natural del presente

²⁴⁹ El artículo 7.1 refiere: *“I. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”*.

²⁵⁰ YRIGOYEN, Raquel. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. op. cit. pp. 115-117..

compromiso, el Estado debe establecer disposiciones de derecho interno de reconocimiento de la identidad colectiva y diferenciada del pueblo indígena; el reconocimiento de las personas que representan al pueblo indígena ante los distintos órganos del Estado²⁵¹; el reconocimiento de las instituciones indígenas que se construyen conforme a sus propias costumbres y tradiciones; y, también, el derecho consuetudinario indígena como una fuente de deberes y obligaciones indígenas.

Este avance —si bien embrionario— confronta la tradición jurídica del Estado basada en el positivismo constitucionalista, que no tiene una respuesta expresa para la legítima demanda de inclusión de los pueblos indígenas en condiciones de dignidad e igualdad con los demás miembros de las sociedades mestizas, para que tome en cuenta el reconocimiento de la diferencia cultural. El proceso pasa por una interpretación de las normas basadas más en los principios de los tratados, acuerdos y declaraciones internacionales y las constituciones internas de cada Estado, por lo que se han de construir nuevas formas de entender el Derecho.

El reconocimiento de la diferencia cultural implica que el gobierno del Estado debe incluir a los pueblos indígenas en los planes de desarrollo de manera global, instando a su participación y cooperación, tomar en cuenta la incidencia que estos planes tienen en la vida espiritual, social y cultural de los pueblos, a la vez que deben de estar contextualizados con los valores que los

²⁵¹ “Artículo 12. Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

pueblos asignan a la naturaleza y al medio ambiente dentro de los territorios que éstos habitan²⁵².

2.6. El derecho consuetudinario indígena

Los pueblos indígenas en sus territorios siguen sus propias costumbres, las cuales implican deberes individuales y colectivos para sus miembros, lo que a su vez se traduce en aplicación de penas por su incumplimiento²⁵³. El Convenio 169 de la OIT prevé el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, así como de las instituciones indígenas²⁵⁴. Por lo que el Estado tiene el deber de aplicar la legislación nacional, tomando en consideración la existencia de éstos²⁵⁵.

Este reconocimiento de las costumbres, derechos consuetudinarios, instituciones y autoridades indígenas, es conflictivo, difícil de incluir y armonizar con el marco jurídico nacional²⁵⁶ si se aborda desde el prejuicio, los tópicos de discriminación o la intolerancia. Éste es un problema complejo en sí mismo; la postura del Estado de ignorar o combatir el conjunto de las prácticas indígenas no ha resuelto el conflicto, sino que agrava las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Reconocer sus costumbres, derecho consuetudinario y

²⁵² Vid. punto 2 al 4 del artículo 7º del Convenio 169. Especialmente el punto 4 que dice: “Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

²⁵³ MARTI, Salvador. “Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global”. op. cit. p.84.

²⁵⁴ “Artículo 8. 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

²⁵⁵ “Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

²⁵⁶ GARCÍA, Sergio. “Los indígenas en el derecho nacional”. op. cit. p. 916.

autoridades es, sin duda, un avance y un paso de reconocimiento cultural. El papel del Estado es el de apoyar en la solución de los problemas que se presenten con la aplicación de este principio para todos los nacionales y, en el caso de los indígenas, debe prever mecanismos y procedimientos que eviten los conflictos tanto entre indígenas y no indígenas, como de los indígenas entre sí, y los indígenas con las instituciones del Estado al ejercer su cultura. Por otro lado, toda práctica cultural está sujeta a la evolución y mejora por parte de los participantes. Los pueblos indígenas también tienen el deber de discutir y establecer si la práctica interna debe de modificarse o evitarse, como ya lo han hecho al aplicar mecanismos alternativos de sanción a las penas, evitando las sanciones corporales, o el cambio del papel de las mujeres en la comunidad, así como las prácticas matrimoniales, etc.

El Convenio 169 de la OIT prevé que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar sus instituciones y costumbres propias en tanto no sean incompatibles con los derechos fundamentales del Estado, ni con los derechos humanos en el nivel internacional²⁵⁷. Además de que el reconocimiento de su derecho consuetudinario o instituciones no implica un menoscabo de sus derechos, porque no significa la exclusión de los indígenas del ejercicio de sus derechos y obligaciones que les ampara el marco jurídico nacional para defenderse²⁵⁸. Por tanto, el único límite para los pueblos indígenas es el

²⁵⁷“Artículo 8.2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

²⁵⁸“Artículo 8.3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

respeto a los derechos humanos. Bajo esta premisa, el Estado debe respetar la libre determinación que en ejercicio de su autonomía aplican los indígenas²⁵⁹. Los tribunales del Estado (de justicia ordinaria y constitucional) deberán tomar en cuenta la pluralidad cultural de la nación al momento de imponer las penas. Como ejemplos están la especial consideración a los indígenas de no privarles de la libertad como sanción²⁶⁰ —los indígenas al tener una fuerte vinculación colectiva y vida comunitaria, la privación de la libertad supone un castigo especialmente cruel e inhumano, tan grave como la pena de muerte—, y también la prohibición de imponer servicios personales obligatorios²⁶¹, dado que, históricamente desde la colonia a los indígenas se les trato como menos, cual bestias de carga.

2.7. El territorio indígena

La tierra es el problema más complejo en la relación de los pueblos indígenas con el Estado. Es especialmente conflictivo comprender el distinto significado que le asignan los pueblos indígenas al territorio, que va mucho más allá de una mera valoración comercial, productiva o de explotación de los

²⁵⁹“Artículo 9.1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

²⁶⁰“Artículo 10.1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

²⁶¹“Artículo 11. La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos”.

recursos naturales²⁶². Esta distinta forma de valorar la tierra ha impedido a los pueblos indígenas retener en muchos casos la posesión sobre sus territorios y no ser reconocidos como titulares de un derecho sobre ella. Es la fuente de distintas formas de abusos del Estado y los particulares, que han permanentemente despojado a los indígenas de sus derechos culturales y territoriales, sus medios de subsistencia, su acceso a los recursos naturales, al punto de privarles de lo más básico: su derecho a existir como indígenas y como humanos. Por ello, es relevante que el Convenio 169 de la OIT parta del reconocimiento cultural y del respeto que el Estado debe mantener a los pueblos indígenas cuando aborda el aspecto de la titularidad de las tierras y territorios indígenas²⁶³. El Estado debe tomar especialmente en cuenta la cultura y los valores de los indígenas, particularmente los aspectos colectivos de esa relación con la tierra²⁶⁴.

El Convenio refiere que el Estado debe reconocer el derecho a la propiedad y de posesión a los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan²⁶⁵, debiendo proteger las distintas modalidades de utilización y ocupación de las mismas con el fin de mantener el acceso a sus medios de subsistencia tradicionales²⁶⁶. Ello implica medidas efectivas que garanticen el

²⁶² MARTI, Salvador. "Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global". op. cit. pp. 87-88.

²⁶³ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. pp. 161-162.

²⁶⁴ El Convenio hace referencia no sólo a la protección a la tierra, sino incluye ahora el territorio: "Art. 13. 2. La utilización del término **tierras** en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

²⁶⁵ "Artículo 14. 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. (...)".

²⁶⁶ MARTI, Salvador. "Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global". op. cit. p. 84.

cumplimiento del derecho de propiedad con cambios legislativos que incluyan procedimientos adecuados de demarcación y titulación del territorio, de acuerdo a sus formas tradicionales colectivas. Además de prever procesos adecuados para la solución de conflictos que puedan surgir por la titularidad de la propiedad de la tierra.

El Convenio 169 de la OIT señala que el derecho de propiedad sobre las tierras y territorios indígenas incluye también los recursos naturales que han utilizado conforme a sus tradiciones y costumbres. Es una aportación valiosa que no contemplaba el anterior Convenio 107, por lo que el Estado ya no debe disponer por sí solo de los recursos naturales, debiendo incluir un derecho de participación de los pueblos indígenas en su utilización, administración y conservación de estos recursos.

2.7.1. LOS RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDÍGENA

Desde tiempo ancestral los pueblos indígenas se han desarrollado en armonía con la naturaleza, utilizando los recursos necesarios para continuar con su forma tradicional de vida. De ahí que la recolección, la caza, la pesca —posteriormente la agricultura y la ganadería— sean su forma de sustento, siguiendo el itinerario y la variedad alimenticia que los ciclos de la naturaleza ofrecen en la medida en que cambian las estaciones. La tierra y la naturaleza les ofrecen casa, abrigo, vestido, medicinas, etc., lo que les permite el desarrollo de su vida cultural, religiosa, espiritual o actividades económicas básicas como la orfebrería, alfarería, artesanías, ropa, entre otros.

Un aspecto especialmente conflictivo son los recursos naturales que los pueblos indígenas no han utilizado como parte de su desarrollo cultural, como es el caso de los recursos del subsuelo. La minería, la explotación del gas o el petróleo, son actividades económicas, reservadas al Estado, que en la actualidad se disputan las grandes corporaciones transnacionales y que tienen una gran influencia en la forma de vida de las sociedades modernas.

Para el caso de los recursos naturales del subsuelo de titularidad del Estado²⁶⁷, el Convenio contempla la consulta previa²⁶⁸ a los pueblos indígenas para que ellos puedan reconocer el alcance o la afectación que la ejecución del proyecto —prospección, explotación—, pueda ocasionar tanto en su forma de vida, como en la naturaleza. Refiere que, en su caso, los pueblos indígenas pueden participar de los beneficios que tales actividades reporten y tienen derecho a recibir una indemnización equitativa por los daños que esas actividades les ocasionen.

2.7.2. DEL TRASLADO DE SUS TERRITORIOS

Por principio, el Convenio refiere que los pueblos indígenas no pueden ser trasladados de las tierras que ocupan. Sin embargo, establece que, en casos excepcionales, se realizará una consulta al pueblo indígena, en la que se

²⁶⁷ “Artículo 15. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

²⁶⁸ YRIGOYEN, Raquel. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. op. cit. p. 138.

le expliquen las causas, con el objeto de obtener el consentimiento libre y pleno de los afectados²⁶⁹. Por otro lado, la negativa u oposición no impide que se lleve a cabo el traslado y reubicación en otro lugar. El Convenio sólo refiere que la reubicación debe hacerse mediante *procedimientos adecuados establecidos en la legislación nacional*²⁷⁰, dejando claro que los pueblos indígenas deberán estar efectivamente representados.

En estos casos, los pueblos indígenas mantendrán el derecho de regresar a sus territorios en caso de que hayan cesado las causas que motivaron el traslado de sus tierras tradicionales. De no ser posible, los pueblos indígenas deberán de recibir tierras de la misma calidad y condición de las que fueron desplazados. También prevé que, en caso de que los pueblos indígenas lo prefieran, podrán obtener la compensación en dinero o en especie. En estos supuestos las personas afectadas tienen derecho a recibir una indemnización por lo daños sufridos por el desplazamiento.

En lo que respecta a las costumbres tradicionales y formas de transmisión de los derechos sobre la tierra que practican los pueblos indígenas, éstas deben de ser respetadas por parte del Estado²⁷¹, lo que implica el reconocimiento de su derecho consuetudinario en pie de igualdad con las instituciones establecidas por lo no indígenas.

²⁶⁹ YRIGROYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. pp. 125-126.

²⁷⁰ "Artículo 16.1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados".

²⁷¹ "Artículo 17. 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos".

El Convenio nuevamente establece una limitación externa a los no indígenas, al disponer que se debe impedir a personas extrañas a la comunidad aprovecharse de las costumbres o desconocimiento de las leyes para apropiarse de la propiedad o posesión de las tierras indígenas²⁷², además de contemplar sanciones por la intrusión no autorizada a sus tierras²⁷³. Sin embargo, como novedad en relación con el anterior convenio, contempla la posibilidad de que los pueblos indígenas puedan transmitir sus derechos de propiedad fuera de la comunidad²⁷⁴.

También el Convenio prevé que los pueblos indígenas puedan acceder a nuevas tierras que garanticen su supervivencia cultural. Éste es un supuesto distinto y atractivo. Ello permitiría a los pueblos indígenas replantear su crecimiento y organización, sin centrarse en los conflictos por sus territorios ancestrales con el Estado. Como estrategia, será beneficioso acceder por la vía de la negociación a otros territorios, en tanto continúan los litigios por sus tierras tradicionales. De ahí que puedan mantener su cohesión y fuerza para resistir más tiempo sin la premura del hambre, enfermedades u otros sufrimientos para su población.

²⁷²HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.163.

²⁷³"Artículo 18. La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones".

²⁷⁴"Artículo 17. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos".

2.8. Otros derechos reconocidos

2.8.1. EL TRABAJO INDÍGENA

El Convenio 169 de la OIT también contiene avances en materia de condiciones de contratación y empleo de los indígenas. Establece que las medidas a adoptar se han de realizar con la cooperación de los pueblos indígenas, por lo que el Estado no debe asumir las medidas especiales sin la participación de los pueblos.

Partiendo del principio de la no discriminación (art. 20 del Convenio), los trabajadores indígenas deberán tener acceso al empleo en iguales condiciones de promoción y ascenso; deberán contar con la misma remuneración en igual trabajo; con la asistencia médica y social, así como con las prestaciones derivadas del empleo, como la vivienda; derecho de asociación sindical y beneficios de los convenios colectivos; derecho a que se les garantice la información laboral necesaria; a no estar sometidos a condiciones de trabajo peligrosas²⁷⁵; a no ser sujetos de sistemas coercitivos de contratación o de servidumbre; a que tanto hombres como mujeres accedan en igualdad de oportunidades al empleo; a la protección en contra del hostigamiento sexual. Por lo que el Estado deberá prestar atención al cumplimiento de estos deberes, especialmente en las regiones en las que los trabajadores indígenas se encuentren como asalariados.

²⁷⁵HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. pp. 163-164.

2.8.2. PROMOCIÓN A LA FORMACIÓN PROFESIONAL, ARTESANÍA E INDUSTRIAS RURALES

Los pueblos indígenas tienen derecho a disponer de programas de formación profesional en igualdad de condiciones que la población no indígena, por lo que el Estado debe implementarlos y establecer medidas para la participación voluntaria. Deberán de responder a las necesidades especiales de los pueblos, considerando el entorno económico, las condiciones sociales y culturales. Los pueblos deberán participar en la organización y funcionamiento y progresivamente asumir totalmente la responsabilidad de la formación, si así lo deciden²⁷⁶.

Las actividades tradicionales comunitarias, como las artesanales, industriales, así como las relacionadas con su economía de subsistencia —caza, pesca, recolección, entre otras—, son actividades importantes en su desarrollo económico autosuficiente²⁷⁷, por lo que el Estado deberá reconocer y fomentar estas actividades. Para ello, deberá otorgar asistencia técnica a los pueblos indígenas que lo soliciten (artículo 23 del Convenio).

2.8.3. SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

El convenio establece que los sistemas de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos indígenas sin discriminación²⁷⁸. Por lo que el Estado deberá mantener a disposición de ellos los servicios de salud, además de permitir que los pueblos indígenas puedan, bajo su responsabilidad

²⁷⁶ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.164.

²⁷⁷ BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". op. cit. pp. 810-811.

²⁷⁸ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.165.

y control, organizarlos de forma comunitaria²⁷⁹, además de integrar sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicinas tradicionales²⁸⁰.

2.8.4. EDUCACIÓN BILINGÜE Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN INTERCULTURALES

El Estado está obligado a tomar medidas que garanticen la educación a todos los niveles a los pueblos indígenas, por lo menos en las mismas condiciones de igualdad que a los no indígenas. La educación deberá desarrollarse y aplicarse en cooperación con los pueblos, adecuándose a sus necesidades particulares. En la misma se ha de reflejar su historia, conocimientos, técnicas, sistema de valores y demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Para ello, se ha de asegurar la formación de algunos de sus miembros, para que progresivamente sean ellos los responsables del desarrollo de los programas. Los pueblos indígenas tienen derecho a crear sus propias instituciones educativas o a que se les reconozcan las ya existentes, que satisfagan las normas mínimas establecidas, debiendo el Estado facilitar los recursos necesarios.

Los pueblos indígenas mantienen el derecho a preservar su propia lengua y promover el desarrollo de la misma, por lo que los niños indígenas deberán recibir educación en su propia lengua materna²⁸¹, o en la lengua más común hablada en el pueblo indígena, para lo cual deberán de ser consultados.

²⁷⁹ BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". op. cit. p. 811-812.

²⁸⁰ "Art. 25. 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales".

²⁸¹ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. pp.165-166.

Además, tendrán la formación necesaria para dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

El objetivo de la educación indígena es que desarrollen aptitudes y tengan conocimientos sobre la vida de su propia comunidad y la de la realidad nacional. Para ello, deberán conocer sus derechos y obligaciones, los aspectos relacionados a la salud, educación, trabajo, servicios sociales y otros derechos; además de lo relativo a los derechos del Convenio 169 de la OIT, por lo que tienen derecho a tener traducciones escritas o acceso a los medios de comunicación en su propia lengua.

El Estado tiene el deber de adoptar medidas en todos los sectores nacionales para propiciar el contacto directo con los pueblos indígenas, con el fin de eliminar los prejuicios. En consecuencia, los libros de historia deberán de hacer una descripción más exacta, equitativa e instructiva de las sociedades indígenas.

2.9. Cooperación internacional

Los gobiernos deberán tomar medidas, incluyendo los acuerdos internacionales, para fomentar los contactos y cooperación entre los pueblos indígenas a través de las fronteras, incluyendo los aspectos de cooperación económica, social, cultural, espiritual o medio ambiente²⁸².

²⁸² HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.166.

2.10. Conclusiones sobre el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT es por hoy uno de los referentes internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Si bien, apenas son veintidós países los que lo han ratificado, su influencia en la doctrina y en la jurisprudencia internacional, ha permitido elevar la conciencia y el grado de compromiso de los Estados en general. Ello se expresa en la modernización y puesta al día de las constituciones latinoamericanas que en mayor o menor medida reflejan parte del contenido de este instrumento internacional.

Si bien, actualmente son más comprensible las demandas sobre identidad, reconocimiento, la resistencia cultural, la demanda sobre las tierras, territorios y recursos, la mejora en educación, salud, servicios asistenciales, etc.; la gran asignatura pendiente es la demanda sobre autonomía y autogobierno en sus asuntos internos, que a su vez se ve reflejada en el control de su desarrollo, mediante el establecimiento autónomo de sus prioridades. Algunos Estados han desviado el punto central de la discusión argumentando que el problema medular es la mala distribución de la riqueza que mantiene en la pobreza a los pueblos indígenas²⁸³. Pues bien, aun reconociendo que la pobreza es un problema que sufre una gran parte de la población; sin embargo, el tipo de exclusión que sufren los indígenas es la falta de control de sus recursos y territorios; además de la poca importancia que el Estado le da a la protección de la cultura indígena. En el fondo es un problema de reconocimiento, no sólo al valor de la diversidad cultural; también es la falta de

²⁸³ BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". op. cit. pp. 817-818.

reconocimiento a que los pueblos indígenas sean capaces de hacerse cargo de sus propias decisiones y sean ellos los que gestionen de forma autónoma su gobierno interno y sus instituciones.

Los tipos y niveles de avances que el convenio 169 de la OIT contiene para los pueblos indígenas, son pasos para la inclusión y el respeto cultural de los pueblos. Van en la dirección correcta para el reconocimiento pleno de los derechos individuales y colectivos, pero no es suficiente. Respecto al deber de consulta y participación a los pueblos, se tiende a su participación incluyente en los asuntos que les afecten; sin embargo, la instrumentación no se ha desarrollado y no contiene las acciones o los supuestos en los que los pueblos pueden oponerse eficazmente a la realización de dichos proyectos. Lo que mantiene la incertidumbre en caso de conflicto entre los poderes económicos privados o del propio Estado.

El Convenio 169 de la OIT, vale insistir, es un gran avance y es el mejor instrumento internacional para la lucha jurídica ante los tribunales nacionales e internacionales para la defensa de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas; y, en última instancia, para la defensa de los derechos humanos de los indígenas²⁸⁴.

²⁸⁴ HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". op. cit. p.167.

3. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS²⁸⁵

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁸⁶ –en adelante la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas-, es el instrumento internacional que mejor refleja los cambios de organismos internacionales en su valoración de los pueblos indígenas²⁸⁷. Este instrumento parte del reconocimiento del igual valor cultural de los pueblos, del respeto a la diferencia, del respeto a la dignidad de las personas y de los derechos humanos.

A nivel internacional, era necesario establecer un instrumento que recogiera el mínimo de derechos específicos para los pueblos indígenas, y es que, si bien otros instrumentos internacionales contemplan medidas contra el racismo, la discriminación²⁸⁸, derechos civiles y políticos o derechos económicos, sociales y culturales, entre otros²⁸⁹, este marco era insuficiente

²⁸⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada el 13 de septiembre del 2007.

²⁸⁶ La Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas se ha de entender dentro del contexto del respeto y protección a los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y del conjunto de instrumentos universales en esta materia. Refiere el artículo 46.2 lo siguiente: *“En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. (...)”*.

²⁸⁷ CLAVERO, Bartolomé. “Descolonización y derechos humanos”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. p. 47.

²⁸⁸ MARTI, Salvador. “Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global”. op. cit. p. 81.

²⁸⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos ,1948; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas

para los pueblos indígenas, que requieren un marco jurídico que tome en cuenta sus diferencias culturales y reconozca sus derechos colectivos como pueblos y derechos individuales diferenciados con respecto a los no indígenas, mismos que se encuentran íntimamente relacionados con su contexto cultural.

El presente instrumento contiene principios mínimos para reorientar las políticas públicas de los Estados, así como fomentar la participación de los pueblos en el diseño de sus planes de desarrollo. La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas contempla que el efectivo respeto a los derechos humanos requiere necesariamente integrar a los habitantes en un proceso de participación democrática en todas las esferas de gobierno. Los pueblos indígenas han de ser tomados en cuenta cuando las decisiones gubernamentales afecten sus bienes, territorios, tierras, derechos o su propio desarrollo.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas contiene lineamientos sobre la participación indígena en la esfera pública; límites de los Estados en la vida interna de los pueblos; nuevas formas de reconocimiento de la identidad; los derechos indígenas sobre la tierra, los territorios y sus recursos; el cuidado del medio ambiente; aspectos básicos sobre igualdad; formas de discriminación; derechos sobre las minorías dentro de los pueblos indígenas, como son las mujeres, los niños y los ancianos; las instituciones propias; sus sistemas internos de derecho propio; la educación; la salud; la cultura; derechos individuales y colectivos; etc. Por lo que, si bien es una norma internacional muy reciente y que plantea una serie de desafíos en

cruelles, inhumanos o degradantes, 1984; Convención sobre los derechos del niño, 1989; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992.

cuanto a la aplicación efectiva en los países que la suscribieron²⁹⁰, la misma ha nacido como producto de un consenso internacional mayoritario, prácticamente unánime por los países del orbe²⁹¹, lo que implica una buena disposición en el cumplimiento de estas aspiraciones legítimas en el planeta. Vamos a analizar a continuación su contenido.

3.1. Identidad, reconocimiento e igual dignidad

Uno de los aspectos más lacerantes en la relación entre los indígenas y los no indígenas es la invisibilidad de la identidad indígena, el ninguneo del valor de la misma y el menosprecio a las personas, su cultura, sus formas de vivir. En suma, la constante es el no reconocimiento de su identidad individual y colectiva. El no considerarles interlocutores de la defensa de sus propios derechos y asumir que deben de mejorar su condición renunciando a su color, a su lengua, a su historia, a sus saberes y a su cultura. Lo anterior ha traído como consecuencia que los indígenas se disfrazan de mestizos, se dotan de un nombre mestizo, se mimetizan en la sociedad que les discrimina y tratan de sobrevivir ocultándose de los otros. En sigilo todo este tiempo han vivido, resistido y luchando por existir y permanecer fieles a sí mismos. Desde hace

²⁹⁰ Es discutido el sentido vinculante de la declaración. El propio James Anaya ya lo ha planteado, aunque mantiene una perspectiva optimista al respecto. *“While the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples may not be legally binding per se, in important parts, it reaffirms customary international law”*. Traducción: *“Aunque la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no pueden ser jurídicamente vinculantes per se, en parte importante, el texto reafirma el derecho internacional consuetudinario”*. ANAYA, James. WIESSNER, Siegfried. “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards re-empowerment”. *Jurista*, vol. 3. Octubre. 2007. www.twinside.org.sg/title2/resurgence/.../cover3... En cualquier caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como veremos en el siguiente capítulo, no se apoya expresamente en ella para la resolución de los casos que se le han planteado desde su aprobación.

²⁹¹ Votaron a favor 143 países; se abstuvieron 11 y sólo votaron en contra: Australia, Canadá, Estados Unidos de Norte América y Nueva Zelanda. Posteriormente los que votaron en contra se adhirieron al contenido de la Declaración.

varios años eligieron exigir abiertamente su derecho a su identidad y el valor de su pueblo los ha llevado a alcanzar cada vez mayor espacios públicos en su propia condición de ser parte de un pueblo, comunidad o nación indígena.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas refleja el sentido de su reclamo a que se les reconozca y se les respete en su integridad individual y colectiva. Establece en el segundo párrafo de las declaraciones²⁹² el derecho de los pueblos indígenas a ser diferentes, a ser ellos mismos y a no convertirse o disfrazarse en mestizos y, a la vez, afirma que son iguales a los demás, como persona y como colectivo, por lo que también son iguales a los demás pueblos. En ese sentido, sus diferencias han de ser respetadas tanto por el Estado como por los demás miembros de la sociedad. Este derecho a ser diferentes como pueblos tiene distintas implicaciones tanto en lo individual, como en lo colectivo, sobre todo en lo que respecta a la exigencia de dejar atrás definitivamente las abiertas prácticas asimilacionista de los Estados y prácticas discriminadoras que de una u otra forma se mantienen en la cultura, en los medios, en la educación, en los derechos, que cotidianamente padecen las personas de origen indígena. Este derecho, aunque le falta un largo recorrido para consolidarse en la cotidianidad, es una nueva herramienta jurídica frente al racismo, la discriminación y el no reconocimiento público y privado.

En la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas se hace referencia claramente a la falsedad de las ideologías racistas que mantienen tesis de superioridad de cualquier tipo de unos pueblos a otros y las declara

²⁹² Refiere el segundo párrafo que: “*Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a si mismos diferentes y a ser respetados como tales”.

jurídicamente inválidas²⁹³. Esta afirmación específica es valiosa, porque si bien ya existe desde 1965 la declaración contra el racismo de la ONU²⁹⁴, para los pueblos indígenas ha seguido siendo una reivindicación justa, por los diferentes niveles de discriminación que viven las comunidades indígenas.

Para las personas indígenas implica el respeto a la propia identidad como individuo y como pueblo, y la posibilidad de disfrutar la libertad de ser uno mismo y de expresarse sin temor a ser maltratados, humillados, menospreciados e invisibilizado en el mundo mestizo. Tiene un doble componente: Es un derecho individual y es un derecho colectivo como pueblo.

El artículo 2 de esta Declaración refiere que: *“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 indígena”*. Este derecho implica que el Estado tiene obligaciones positivas y obligaciones negativas a fin de protegerles y permitir que se manifieste en libertad la diferencia cultural de las personas indígenas y los propios pueblos como tales, por lo que han de tomar medidas en contra de las prácticas de discriminación que permanecen en la sociedad.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas contiene una serie de mecanismos que los Estados deben de incorporar para hacer eficaz este

²⁹³ Cuarto párrafo de las declaraciones: *“Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que las propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas”*.

²⁹⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. ONU 1965.

derecho a la diferencia cultural y a mantener su propia identidad. Las primeras medidas están dirigidas a eliminar cualquier forma de asimilación forzada o destrucción cultural. Contempla el artículo 8 de la Declaración que el Estado establecerá mecanismos frente a diversos actos en contra de los pueblos y de las personas, es decir, el Estado está obligado a prevenir y resarcir en su caso:

a) Actos que tengan por objeto privar a los pueblos y a las personas de su integridad como pueblos, sus valores culturales o su identidad histórica.

b) Actos que tengan como consecuencia que enajenen sus tierras, territorios o recursos.

c) Actos de traslado forzado de su población, o el menoscabo de sus derechos.

d) Actos que tengan por objeto cualquier forma de asimilación o integración forzada²⁹⁵.

e) Actos que tiendan a promover o incitar la discriminación racial o étnica.

El derecho a la diferencia y a la propia identidad diferenciada, es un derecho que conlleva efectos multiplicadores en muchos otros ámbitos de los que me ocuparé más adelante, pero que tiene que ver con la cultura, la educación, el territorio, los recursos, las instituciones propias, las formas de gobernarse, etc. Porque el derecho a la propia identidad nace como ejercicio de la autonomía que da la libertad de ser y saberse libre.

²⁹⁵ CLAVERO, Bartolomé. "Descolonización y derechos humanos". op. cit. 49.

El artículo 33 de la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas establece en el punto 1 lo siguiente: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven”*. Este artículo expresa claramente que son los indígenas y no los Estados o terceros los que determinan la identidad de las personas y de los pueblos indígenas. Este es un derecho expreso que deja fuera las denominaciones o clasificaciones construidas desde hace tiempo por el gobierno mestizo en los Estados independientes, los colonizadores, los conquistadores, etc. Es el germen que permite que sean los propios indígenas los que definan su identidad indígena, su denominación o nombre indígena, sus formas de expresión cultural, el grado de integración, evolución y desarrollo propio, sin que por ello implique que estén expuestos a que terceros determinen que no son indígenas o que han dejado de serlo.

Es frecuente que los Estados establezcan procesos de reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas, al grado de negar su existencia si no cumplen los requisitos establecidos en la ley. Esto se traduce en una negación de la identidad, y por consiguiente, de sus derechos como indígenas y como nacionales de su propio país. También es frecuente que los indígenas se vean menoscabados en sus derechos como ciudadanos de segunda, porque los Estados mantienen una percepción de que los indígenas necesitan ser tutelados o *ayudados* por el Estado protector que decide que es lo que más les conviene. Esto en sí mismo les minusvalida frente a otros miembros de la sociedad y los mantiene en situación de desventaja a la hora de exigir sus derechos civiles o políticos, económicos, sociales o culturales. De ahí que

muchos indígenas considerasen renunciar a su propia identidad, lengua, costumbres, nombre y derechos comunitarios.

La Declaración de los derechos de los pueblos indígenas establece que tanto los pueblos como las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, conforme a sus propias tradiciones y ello no ha de ser objeto de ninguna discriminación o menoscabo de sus derechos²⁹⁶. El principal argumento del Estado nación para negar el derecho a los indígenas a su propia identidad y desarrollo cultural diferenciado, es el temor a que tales derechos impliquen el riesgo o peligro de la escisión territorial dentro de sus límites políticos soberanos reconocidos o incluso la desaparición del propio Estado por la desintegración. De ahí su necesidad de homogeneizar la identidad nacional en una sola, como una medida de defensa en contra su desmembramiento²⁹⁷. La propia Declaración aleja ese temor del Estado a la tolerancia de las identidades o nacionalidades indígenas. El artículo 46 en el punto 1 establece que ninguna disposición del instrumento autoriza o fomenta acción alguna tendiente a menoscabar la integridad territorial o unidad política de los Estados soberanos independientes²⁹⁸.

²⁹⁶ Refiere que: “Artículo 9 Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho. Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

²⁹⁷ KJAERBY, Claus. “Territorialidad y gobernanza territorial como aplicación práctica del derecho indígena a la libre determinación”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. P. 169.

²⁹⁸ Establece que: “Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes”.

3.2. El derecho a la libre determinación y la autonomía indígena²⁹⁹

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas tiene en cuenta la historia de sufrimiento³⁰⁰ causado a los pueblos indígenas desde la conquista,

²⁹⁹En este punto es menester hacer un breve paréntesis respecto del contenido y alcance del tratamiento de este derecho en el contexto internacional. En el derecho internacional actual existe un principio fundamental en el cual todos los pueblos tienen derecho de libre determinación. Este principio se estableció con carácter universal en la Carta de las Naciones Unidas fruto de la lucha por la descolonización. Ello dio origen a la Declaración sobre la independencia a los países y pueblos coloniales. Tal principio aparece en otros acuerdos internacionales y resoluciones del Tribunal Internacional de Justicia (Dictamen 15/10/1975 Sobre el Sahara Occidental; Asunto de Timor Occidental; Dictamen 09/07/2004 Sobre Consecuencias jurídicas sobre la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado). Sin embargo, es patente la imposibilidad de apoyar o reconocer un derecho a la secesión de los pueblos indígenas por parte de la Comunidad Internacional, basado en este derecho. Mariño Menéndez lo explica: *“debe diferenciarse el régimen del derecho de libre determinación de los pueblos cuyo territorio posee un status internacional específico (A), del de los pueblos ya organizados en Estado (B). A) En el primer caso, el de los pueblos sometidos a dominación colonial (y, por extensión, racista o extranjera), el Estado que administra o controla el territorio no es considerado a la luz del Derecho Internacional como representante legítimo del pueblo que lo habita. (...) B) Los pueblos constituidos en Estado (...) en este caso el Estado representa legítimamente al pueblo en su conjunto y por ello, dentro de la actual estructura de la Comunidad Internacional, no cabe plantear la cuestión de posibles subjetividades internacionales separadas. El núcleo central del derecho de autodeterminación en este caso, entendido como manifestación de la soberanía, es el de elegir libremente, sin injerencia externa, su propia condición política, es decir, su régimen político, económico y social. Su contenido adquiere precisión a la luz de tres principios de orden internacional. En el primer lugar, a la luz del principio de soberanía e integridad territorial del Estado no cabe afirmar el derecho de secesión de “pueblo” minoritario en el seno de la comunidad estatal si (...), el Estado se conduce “de conformidad con el principio de igualdad y de libre determinación de los pueblos (y está) dotado de un gobierno que representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de credo, raza o color. (...) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el principio de no intervención en los asuntos de jurisdicción exclusiva. (...) Finalmente, el propio principio del respeto a los derechos humanos fundamentales. Como se ha señalado, un aspecto de este principio ha adquirido gran relevancia y autonomía: la prohibición de la discriminación por motivos de raza. (se refiere al caso en que la ONU ha sostenido a un pueblo en contra de su régimen: El pueblo de África del Sur contra el Régimen apartheid). Está claro, pues, que en este terreno de autodeterminación “interior” no se plantea la posibilidad de que un pueblo ejerza internacionalmente una capacidad de obrar diferente de la que ejercita el Estado que lo representa. (...) A lo anterior debe añadirse la reciente formación de normas de Derecho Internacional general que protegen los derechos de las minorías en cuanto tales a su identidad y existencia. Son derechos protegidos como manifestaciones de una autodeterminación interior, sin que quepa admitir su protección hacia la secesión. Igualmente, la Comunidad Internacional está mostrando progresivamente su intención de proteger los derechos de los pueblos o “poblaciones indígenas”. MARIÑO, Fernando. *Derecho Internacional Público*. Trotta. Madrid. 2005. pp. 223-230.*

³⁰⁰ El punto sexto de las declaraciones dice: *“Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas, como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.*

colonización hasta la época actual, en particular el despojo de sus derechos y sus tierras y territorios que les impidieron ejercer su derecho al desarrollo conforme a sus necesidades e intereses. La conquista no sólo implicó la brutal lucha por la supervivencia física de los grandes imperios que fueron sometidos por la fuerza por propios y extraños, sino que la colonia supuso el lento e inexorable proceso de destrucción cultural que subvirtió el orden anterior e impuso el vasallaje a un reino extranjero que poco a poco menoscabó o eliminó sus tradiciones, formas de vida, lengua, religión, instituciones, territorios y recursos. Muchos pueblos fueron destruidos o diezmados al punto de desaparecer, y los que se rebelaron fueron sometidos a la fuerza, tal y como ya se ha expuesto al principio de este trabajo. El mestizaje generó un sincretismo cultural, religioso y lingüístico, dando fruto a nuevos pueblos y naciones con una identidad distinta a la de los conquistadores y vencidos. Sin embargo, muchos resistieron la dura travesía y permanecieron silentes, distintos, fieles a sus tradiciones y reclamando su derecho a existir con su lengua, sus cultura y sus tierra. De ahí su reclamo a su derecho a desarrollarse conforme a su concepción de vida buena y de mantener a sus autoridades e instituciones que consideran valiosas para su comunidad.

Reconocer que los indígenas como personas y como pueblos tienen derecho a existir, implica no sólo reconocer y respetar el valor de su cultura, sino además admitir que tienen los mismos derechos que cualquier otro pueblo³⁰¹, el derecho a, en igual dignidad, tener su gobierno propio; por ello, la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas considera importante el

³⁰¹ APARICIO, Marco. "Pueblos indígenas y constitucionalismo: De la igualdad multicultural al diálogo entre iguales". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. op. cit. 17.

respeto al derecho fundamental de la libre determinación³⁰² y como tal reconoce que los pueblos indígenas tienen ese derecho³⁰³ y, por ello, pueden determinar libremente su condición política, y en libertad desarrollarse en lo económico, en lo social y en lo cultural³⁰⁴. Por tanto, en su ejercicio, tienen derecho al autogobierno³⁰⁵ en asuntos internos y locales, además de poder acceder a medios de financiación para sus funciones autónomas.

En consideración a lo anterior, tiene sentido que la ONU reconozca que los indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad conforme a sus costumbres o tradiciones, así como sus órganos de gobierno, representantes, estructuras y funciones sin la injerencia, tutela o aprobación de ningún agente del Estado o extraños al pueblo indígena³⁰⁶. Por lo que son los indígenas los que gobiernan y dirigen exclusivamente sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales con plena libertad, con independencia de su

³⁰² La declaración décima sexta señala que: *“Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.

³⁰³ *“Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.

³⁰⁴ APARICIO, Marco. “Pueblos indígenas y constitucionalismo: De la igualdad multicultural al diálogo entre iguales”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. op. cit. p. 13

³⁰⁵ *“Artículo 4. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”*.

³⁰⁶ *“Artículo 33. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”*.

derecho a participar en las propias de la vida del Estado³⁰⁷. El único límite son los derechos fundamentales universales³⁰⁸.

El ejercicio de la autonomía indígena implica que se ha de dar un diálogo permanente con el Estado respecto a los asuntos jurídicos o legislativos que les puedan afectar en relación a sus derechos³⁰⁹, como por ejemplo, en el ámbito de la educación. Si bien es cierto que los indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus propios sistemas e instituciones³¹⁰, la misma ha de participar y beneficiarse del contexto del sistema público del Estado. De igual manera, han de participar conjuntamente en la determinación de los programas de salud, vivienda u otros programas sociales que les incumban, además de que en lo posible han de administrarlos ellos mismos.

La autonomía indígena también implica el derecho a controlar sus propios medios de subsistencia y desarrollo económico³¹¹, por lo que ellos son los que han de determinar cuáles son sus prioridades y establecer su estrategia para el ejercicio de su derecho al desarrollo³¹². Lo que se traduce en el derecho

³⁰⁷ APARICIO, Marco. "Pueblos indígenas y constitucionalismo: De la igualdad multicultural al diálogo entre iguales". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. op. cit. p. 18

³⁰⁸ "Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas (...) de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos".

³⁰⁹ "Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos y desarrollas sus propias instituciones de adopción de decisiones".

³¹⁰ Vid. artículo 14. "Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes...".

³¹¹ "Artículo 20. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales u de otro tipo".

³¹² "Artículo 23. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo...".

a que sean los propios indígenas los que determinan el control, uso y disposición de sus tierras³¹³. Para ello es necesaria la seguridad jurídica y que el Estado reconozca y respete las tierras, territorios y recursos de los indígenas. De lo contrario no existe ninguna posibilidad de viabilidad, de existencia de los propios pueblos. La autonomía implica ser capaz de elegir por sí mismo y sin interferencia de otros, la subsistencia en libertad y ser capaz de determinar el propio destino en el territorio propio³¹⁴. La relación entre autonomía y territorio la desarrollaremos en el apartado correspondiente a territorio, tierra y recursos naturales.

3.3. Cooperación, participación y derecho de consulta indígena

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas está basada en un principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto a los pueblos indígenas, en una necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos que los pueblos han mantenido a lo largo de su historia en distintos ámbitos: sus estructuras políticas, económicas, sociales, culturales, tradiciones espirituales, historia y filosofía, entre otros; pero muy especialmente sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos³¹⁵. Estos son los espacios

³¹³“Artículo 32.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

³¹⁴Establece el autor algunas opciones políticas de libre determinación, relacionadas con la gobernanza territorial: Participación ciudadana; participación ciudadana como colectivos; autonomía intercultural y autonomía indígena. KJAERBY, Claus. “Territorialidad y gobernanza territorial como aplicación práctica del derecho indígena a la libre determinación”. op. cit. pp. 166-170.

³¹⁵ El séptimo párrafo de las declaraciones señala: “Consiente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y culturales, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente de sus derechos a sus tierras, territorios y recursos”.

de autonomía y autogobierno de los pueblos, mismo que controlan, mediante los cuales se desarrollan y se mantienen. Sin el respeto de esos ámbitos los pueblos no subsistirían ni cultural, ni materialmente.

El respeto al espacio de autogobierno indígena no implica que los pueblos deban de mantenerse aislados y que cualquier injerencia o acto público administrativo sea considerada una agresión en contra de los mismos. Por lo contrario, el ejercicio de los derechos indígenas debe de privilegiar tanto la participación y cooperación con el Estado como con otras entidades privadas. Pero estas relaciones han de basarse en principios de justicia, democracia, el respeto a los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe³¹⁶. Para ello se han instrumentalizado los derechos de consulta, participación y de cooperación en la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

3.3.1. DERECHO DE CONSULTA

La Declaración de la ONU prevé la existencia del derecho de consulta previa e informada a los pueblos indígenas, con el fin de obtener el consentimiento libre de estos pueblos, cuando estén en juego ciertos derechos específicos. Sobre todo, los que directamente afecten su viabilidad cultural o pongan en peligro su propia existencia material.

³¹⁶ La décima octava declaración refiere que: *“Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe”*.

La consulta previa e informada implica que los pueblos indígenas deban ser efectivamente conocedores del alcance y las consecuencias del acto público por parte del Estado, teniendo a su alcance toda la información necesaria y que exista un proceso democrático, transparente y efectivo de consulta basada en esta información, de manera de que el pueblo indígena y sus representantes estén debidamente informados previamente a cualquier acto que les pueda afectar en sus bienes, derechos o posesiones. Una vez respetado lo anterior, el resultado pueda llevar a expresar el consentimiento de forma libre e informada.

Este derecho constituye una protección especial a los derechos de los pueblos, de forma que el incumplimiento de todos o alguno los requisitos aludidos tendrán como resultado la falta de legitimidad del acto público administrativo por parte del Estado con los subsecuentes efectos a terceros y una grave violación a los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas prevé esta protección³¹⁷ en las siguientes áreas:

- a) En los casos de desplazamientos de sus tierras o territorios³¹⁸.
- b) En los casos de adoptar medidas legislativas o administrativas³¹⁹ que les afecten³²⁰.

³¹⁷ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. pp. 126-128.

³¹⁸ "Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin acuerdo previo sobre la indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso".

c) En los casos en que se pretendan almacenar o eliminar materiales peligrosos en sus tierras o territorios³²¹.

d) En los casos en que se pretenda realizar actividades militares en sus tierras o territorios³²².

e) En los casos en que se pretenda realizar cualquier proyecto que afecte sus tierras, territorios o recursos, particularmente los relacionados con recursos hídricos, minerales³²³ o de cualquier otro tipo³²⁴.

Como se advierte, los casos que establece la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas son los más esenciales y básicos para garantizar la propia existencia de la vida comunitaria indígena, como es la defensa de su territorios ancestral, evitar el desplazamiento de sus tierras o la destrucción de sus recursos naturales de los cuales subsisten; además de evitar que se

³¹⁹ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. p. 120.

³²⁰ "Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

³²¹ "Artículo 29.2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado".

³²² "Artículo 30.1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares". Este artículo no recoge expresamente la consulta previa, sin embargo, hace referencia a un procedimiento apropiado de consulta eficaz, previo a la utilización de sus tierras o territorios. Por lo que le incluyo en esta clasificación.

³²³ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. pp. 120-121..

³²⁴ "Artículo 32.2- Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de cualquier otro tipo".

realicen actos administrativos o legislativos que material o jurídicamente destruyan o limiten sus derechos colectivos, tanto como pueblos como individuales indígenas y humanos.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas establece medidas de reparación, por la violación del derecho de ser consultados previamente y de forma informada, a fin de extender su consentimiento de manera libre³²⁵, en los siguientes casos:

a) En los casos en que se vean afectados o privados de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales³²⁶.

b) En los casos en que sus tierras, territorios o recursos hayan sido confiscados, ocupados o utilizados sin su consentimiento³²⁷.

c) En los casos en que se hayan realizado proyectos de explotación de recursos que afectaron sus tierras, territorios o recursos, particularmente los relacionados con recursos hídricos, minerales o de cualquier otro tipo, debiendo tomar además medidas de carácter ambiental, económico y social³²⁸.

³²⁵ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. pp. 123-124.

³²⁶ "Artículo 11.2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en la violación de sus leyes, tradiciones y costumbres".

³²⁷ "Artículo 28. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria y otra reparación adecuada".

³²⁸ "Artículo 32.3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual".

Las medidas de reparación preferentemente establecen la restitución de los bienes afectados como medio de recuperar el estado anterior a la violación. Sin embargo, cuando ello no sea posible, tendrán que acordar con los propios pueblos otras medidas de reparación justas y apropiadas en función del contexto de los pueblos, y siempre tomando en cuenta la opinión de los mismos³²⁹.

3.3.2. DE LA COOPERACIÓN Y LA PARTICIPACIÓN ENTRE LOS ESTADOS Y LOS PUEBLOS

Las bases de relación entre el Estado y los pueblos indígenas implica la mutua participación y colaboración conjunta a fin de promover políticas eficaces para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación en diversos sectores de la sociedad. Por lo que han de promover la tolerancia con el fin de que los pueblos indígenas ejerzan su derecho a la dignidad y diversidad cultural.

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser consultados a través de sus representantes elegidos por ellos mismos en todos los ámbitos que les afecten (artículo 18). Las áreas en las que la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas expresamente establece la consulta y cooperación son en la educación pública, los medios de información públicos (artículo 15), y en todo proceso de reconocimiento de sus leyes, costumbres, tradiciones, sistema de reconocimiento de tenencia de la tierra, en los procesos de adjudicación de derechos sobre la tierra, territorios y recursos (artículo 27). Además, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar conjuntamente con los

³²⁹ YRIGOYEN, Raquel. "El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento". op. cit. pp. 122-123.

Estados en la adopción de medidas eficaces de reconocimiento y ejercicio de sus derechos a mantener, controlar y proteger su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales, sus manifestaciones en sus ciencias, tecnologías y culturas, incluyendo sus recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna, la flora, sus tradiciones orales, la literatura, el diseño, los deportes, sus juegos tradicionales, las artes visuales e interpretativas. Lo anterior con el fin de proteger la propiedad intelectual, su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales (artículo 31).

También los pueblos indígenas que mantienen contactos con otros pueblos divididos por fronteras tienen derecho a mantener sus relaciones de cooperación en lo político, económico, cultural, espiritual y social, por los que los Estados deben de garantizar este derecho y consultar con los pueblos la mejor forma de protegerlo (artículo 36).

En suma los Estados y los pueblos indígenas han de mantener la actitud de consulta y cooperación a fin de adaptar el derecho interno del Estado a los fines establecidos en la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas (artículo 38).

3.4. Territorio, tierra y recursos naturales

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas desarrolla de forma medular la cuestión del derecho individual y colectivo a las tierras, el territorio y los recursos de los pueblos indígenas, incluyendo la relación

espiritual que mantienen con las aguas, mares costeros y otros recursos como puedan ser los bosques, la flora, etc. Los pueblos indígenas tienen una particular vinculación con la tierra, que se encuentra muy alejada del valor económico o especulativo de la misma, no es un objeto comercial, por lo que no sólo ha de garantizarse la propiedad, sino el valor integral que representan para ellos los bienes que se disfrutan en un territorio, que incide en su forma de ver el mundo, sus creencias, su religiosidad, el sitio de sus ancestros, el lugar de dónde obtienen el sustento, pero también en el que aprenden su historia, sus sitios significativos, sagrados y trascendentes.

Por ello, es medular para el desarrollo y supervivencia cultural como individuo, como colectivo, que la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas reconozca este profundo vínculo espiritual con la tierra, los territorios y sus recursos, en equilibrio con el armonioso sistema del medio ambiente. Es un significativo paso para la protección del planeta y de todos los seres que habitamos el mismo, indígenas y no indígenas.

Por principio la Declaración de la ONU hace un reconocimiento de la injusticia histórica que han padecido los indígenas por la enajenación de sus tierras, territorios y recursos desde la época de la colonización³³⁰. Lo que ha impedido ejercer su derecho al desarrollo conforme a sus propios intereses, por lo que la ONU en esta Declaración mantiene que se ha de respetar el derecho intrínseco a los mismos³³¹. La dignidad y el respeto a los pueblos indígenas ha implicado un largo camino de transición de un primer trato vejatorio, que les

³³⁰ Sexto párrafo de las declaraciones: *“los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos...”*.

³³¹Séptimo párrafo de las declaraciones: *“urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos... especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”*.

sometía a un trato degradante e inhumano, un siguiente estadio de tutela y sujeción por parte del Estado, hasta el momento actual, en el que han luchado para hacerse respetar, visibilizarse y asumir el valor del auto-reconocimiento y exigir reconocimiento del otro. El respeto a su identidad diferenciada.

La autodeterminación está estrechamente vinculada con el territorio; el control de su tierra significa ejercer el derecho de los pueblos de hacerse cargo de determinar su destino y respetar su autonomía, su gobierno interno, su propio camino de vida buena, y de disponer de medios para financiarse³³²; lo anterior permite mantener y reforzar instituciones propias que le dan sentido a su organización política, económica y cultural³³³. Por tanto, existe una relación biunívoca entre autonomía y su derecho sobre su territorio y los recursos, que tradicionalmente han usado o poseído. Este derecho de los pueblos indígenas a controlar su territorio permite determinar sus estrategias y prioridades en cuanto al uso que se le dé al territorio y a sus recursos. El Estado está obligado a realizar consultas con los representantes indígenas antes de aprobar leyes o implementar programas que les afecten en sus tierras, territorios o recursos, a través de las reglas de la consulta previa, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, particularmente cuando ello implique la explotación de sus recursos minerales, hídricos u otros similares³³⁴.

³³² El artículo 4 refiere que: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus cuestiones autónomas”.

³³³ El artículo 5 establece que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales...”.

³³⁴ Artículo 32: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros

Vale decir, que no existe un deber a consentir por parte de los pueblos y, por otro lado, no existe por parte del Estado la obligación de acatar la negativa del pueblo indígena. Ello implica que, en cada uno de los casos, se han de ponderar los bienes jurídicos en colisión. Por ejemplo, en los casos en que en el territorio indígena se proponga el desarrollo de alguna actividad económica, se informe al respecto, y se realice la consulta con todas las previsiones de la Declaración y el resultado de ello sea la oposición del pueblo indígena. Esto implicará un conflicto que deberán las partes negociar poniendo en la mesa de negociación la importancia de la actividad para las partes y los bienes afectados en caso de realizarla o prohibirla. Este será el escenario futuro deseable; por un lado, los pueblos podrán participar y, por otro el Estado no realizará –como en el pasado–, actos administrativos, económicos o de ocupación por sí o por terceros que simplemente despojaban a los indígenas de sus bienes y derechos. No existe una solución idílica, ni correcta. Cada caso será asumido en forma particular, y se ha de contar con posibles tensiones sociales.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas establece claramente que estos pueblos no sólo tienen derecho a sus tierras, territorios y recursos que han poseído u ocupado de conformidad su forma tradicional de propiedad. Además, señala que tienen derecho a controlar y utilizar dichas tierras al igual que sus recursos³³⁵. Tal derecho no está limitado a la propiedad

recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de cualquier otro tipo. (...)

³³⁵ “Art. 26. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado de otra forma utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

física de la tierra. El respeto al territorio, a su vez, refiere que tal derecho implica respetar la relación espiritual que mantienen con las aguas, los mares costeros y otros recursos que hayan poseído o usado³³⁶. Por tanto, los recursos naturales tales como los recursos forestales, la flora y la fauna se encuentran también incluidos. Los Estados están obligados a reconocer y proteger las tierras de los pueblos indígenas y garantizar sus modalidades tradicionales de tenencia de la tierra³³⁷. Por ello, han de consultar previamente con los pueblos indígenas las medidas legislativas y administrativas que les afecten a fin de obtener su consentimiento libre e informado³³⁸, y el mecanismo de reconocimiento de sus modalidades de tenencia de la tierra conforme a sus costumbres ha de ser un proceso transparente, equitativo, independiente, imparcial y abierto, con el fin de que los pueblos puedan participar conjuntamente en todo el proceso de adjudicación de derechos sobre las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas³³⁹.

Uno de los aspectos en los que los pueblos indígenas han aportado más a la humanidad es la relación provechosa entre sus prácticas ancestrales de utilización respetuosa de sus tierras y la armonía con el medio ambiente. Las Naciones Unidas reconocen que las prácticas tradicionales indígenas son

³³⁶ El artículo 25 dice: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.*

³³⁷ Artículo 26.3. *“Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.*

³³⁸ Vid. el apartado de derecho de consulta y específicamente lo trata el artículo 19 de la Declaración.

³³⁹ El artículo 27 establece: *“Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo (...) en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra para adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos. (...) Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en todo el proceso”.*

compatibles con el cuidado a la naturaleza y han contribuido con el desarrollo sostenible y equitativo en el desarrollo ambiental³⁴⁰. La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas han convertido tal relación en un derecho de los pueblos indígenas al establecer que *“los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”*³⁴¹, de manera que no son incompatibles las normas ambientales con el derecho indígena, por lo que no es posible acudir a ellas con el fin de restringir sus derechos o afectar sus territorios ancestrales. Por el contrario, los indígenas tienen derecho a acceder a programas asistenciales para la protección y conservación de la naturaleza.

El Estado debe evitar que existan materiales o residuos peligrosos en los territorios indígenas, por lo que debe garantizar que en dichas tierras no se almacenen sin su consentimiento previo libre e informado³⁴². En los casos en que se vean afectados en su salud por la existencia de esos materiales, el Estado debe establecer medidas eficaces u programas de control que les restablezcan. Los pueblos pueden exigir la reparación para mitigar las consecuencias nocivas que por estas causas o a consecuencia de actividades económicas les hayan afectado en lo ambiental, económico, social, cultural o

³⁴⁰ Establece la undécima declaración: *“Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo a la ordenación adecuada del medio ambiente”*.

³⁴¹ Artículo 29: *“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna”*.

³⁴² Artículo 29: *“2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por los pueblos”*.

espiritual. Por lo que el Estado deberá establecer mecanismos eficaces para una reparación justa y equitativa³⁴³.

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser desplazados de sus tierras o territorios y en ningún caso utilizar la fuerza para ello³⁴⁴. El Estado está obligado a obtener su consentimiento previo e informado para los traslados y, en todo caso, deberá indemnizarlos y mantener la posibilidad de la opción de regreso a sus tierras. El Estado está obligado a establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir a los pueblos en contra de todo acto que tenga como efecto enajenar sus tierras, territorios o recursos o el traslado forzoso³⁴⁵.

Si las tierras, territorios o recursos indígenas han sido objeto de confiscación, ocupación o daño alguno, los pueblos tienen derecho a la reparación del mismo. El Estado está obligado a restituir el bien y, en caso de no ser posible, debe de indemnizar a los pueblos. Salvo pacto en contrario, la indemnización consistirá en bienes de igual calidad, ya sean tierras, territorios o recursos de igual calidad y extensión³⁴⁶.

³⁴³ Artículo 32: “3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

³⁴⁴ Artículo 10: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios...”.

³⁴⁵ Artículo 8.2: “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos. c) Toda forma de traslado forzado de la población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos”.

³⁴⁶ Artículo 28: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. 2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

Uno de los aspectos que despierta mayor preocupación tanto a los pueblos como a la comunidad internacional es la militarización de sus tierras y territorios indígenas³⁴⁷, lo que impide el disfrute de la paz y un verdadero proceso de desarrollo de las comunidades. Genera una gran desconfianza la presencia militar, porque es la cara más dura y represora del Estado. La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas aporta límites a la presencia militar en las comunidades indígenas, estableciendo que en sus territorios no se han de desarrollar actividades militares, salvo en los casos en los mismos pueblos la hayan solicitado y acordado libremente por los representantes de los indígenas. La única excepción que contempla la presencia militar sin su consentimiento es por una causa de interés público que lo justifique³⁴⁸.

3.5. Cultura indígena

Este apartado está centrado en el derecho individual y colectivo de los pueblos indígenas a la cultura y la estrecha relación con otros derechos recogidos en la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas. De ahí su especial importancia.

Los indígenas han peleado y resistido durante siglos para que se les reconozca su derecho a disfrutar en libertad de su cultura. La cultura como derecho indígena está interrelacionado íntimamente con otros derechos, lo que

³⁴⁷ Establece la décima segunda declaración: *“Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas contribuye a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales...”*.

³⁴⁸ Artículo 30: *“1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que lo hayan acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. 2. Los Estados celebrarán consultas con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”*.

lo hace un derecho complejo, multidimensional y con límites difusos, además de tener una dualidad en cuanto al sujeto. Es un derecho tanto individual como colectivo. Por tanto, pertenece tanto a la persona, como al pueblo indígena.

El derecho de los pueblos indígenas a disfrutar su cultura está interrelacionado con el derecho a la igualdad, a la libertad, la no discriminación, el de autodeterminación, a mantener sus instituciones propias, derechos al territorio, lingüísticos, a controlar y seguir impartiendo su sistema de educación a los niños con sus particulares características comunitarias³⁴⁹, etc. Ello obedece al principio de que la multiculturalidad es un valor y el Estado debió salir primero del paradigma monocultural, racista de superioridad cultural³⁵⁰, y segundo, de la falsa idea de la neutralidad cultural del Estado. Ambas visiones se establecieron como mecanismo de control social y arropado de nacionalismo y soberanía. El reconocimiento de la multiculturalidad del Estado permite establecer un dialogo basado en la tolerancia y en el mutuo reconocimiento en pie de igualdad cultural. La comunicación entre iguales es lo que permite nuevos principios de relación y la expectativa de desarrollo mutuo.

Los pueblos indígenas son parte de la riqueza de la diversidad cultural de la humanidad³⁵¹. Los pueblos tienen derecho a ser diferentes, a mantener su propia identidad colectiva distinta al individuo y distinta a otros pueblos. Por

³⁴⁹ Décima tercera declaración: *“Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño”.*

³⁵⁰ Cuarta declaración: *“Afirmando además que todas las doctrinas políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválida, moralmente condenables y socialmente injustas”.*

³⁵¹ Tercera declaración: *“afirmando que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad”.*

tanto, los pueblos como ente tienen derecho a ser respetados y tratados como iguales³⁵²; por lo que el ejercicio de sus derechos debe de estar protegido de cualquier forma de discriminación. En suma, la cultura es uno de los derechos intrínsecos de identidad del pueblo como colectivo de los indígenas. En torno a la defensa de esta idea, los pueblos indígenas han resistido y sus miembros se han organizado para lograr el reconocimiento de la comunidad internacional. El instrumento mejor acabado es la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

La cultura indígena está estrechamente ligada con su tierra y sus territorios. La forma de relacionarse entre ellos mismos, con el pasado, con la naturaleza, tiene una fuerte vinculación con el tiempo, la historia, sus muertos, sus creencias, las responsabilidades que se asumen en las organizaciones internas, etc., forman un todo cultural, que ha de entenderse en su conjunto. Las diferentes culturas indígenas convergen en el sentido trascendental y espiritual del amor y respeto a su territorio. La enseñanza básica es que la madre tierra, la naturaleza, los seres que en ella habitan, tienen un valor más allá de lo económico, conviven con ellos y pertenecen a las generaciones futuras, de ahí que todos nos veamos beneficiados por la compatibilidad que existe entre cultura indígena y respeto al medio ambiente³⁵³. Por tanto, la idea de propiedad es distinta a la de los no indígenas y, a la vez, es una responsabilidad individual y colectiva defender, proteger y mantener el territorio. Por tanto, la afectación del territorio implica un acontecimiento que

³⁵² Segunda declaración: *“Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”*.

³⁵³ La declaración undécima señala: *“Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”*.

pone en serio peligro su viabilidad y existencia de todos³⁵⁴. De ahí que para los pueblos es básico controlar los acontecimientos que afecten al mismo.

Los pueblos indígenas, al ser diferentes y vivir su propia cultura sin restricciones, tienen derecho a no ser asimilados culturalmente o ser afectados por cualquier otra forma de destrucción de su cultura³⁵⁵; por lo que el Estado debe de establecer mecanismos eficaces para la prevención y, en su caso, resarcirles en caso de afectación. En tal sentido, el Estado ha de abstenerse de permitir o ejecutar cualquier acto que afecte a la integridad cultural de los indígenas, actos tales como la integración forzada o cualquier forma de asimilación que afecte su identidad o valores culturales. Además, el Estado ha de abstenerse de establecer o permitir la propaganda que promueva o incite la discriminación racial o étnica³⁵⁶.

La educación comunitaria que mantienen los indígenas es un modelo muy eficaz de transmisión de la cultura; así, aspectos como el amor a la tierra, el respeto y valor del territorio y sus recursos; el sentido de identidad, el de pertenencia a una nación indígena; el aprecio a la responsabilidad comunitaria, y el sentido de pertenencia a su pueblo; etc. No es un modelo escolarizado, por el contrario, es vivencial y sobre todo oral. El profesor tradicional es distinto al experto indígena que es guía y maestro espiritual, con independencia de sus

³⁵⁴ Declaración décima: “Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”.

³⁵⁵ Artículo 8. “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o destrucción de su cultura”.

³⁵⁶ Artículo 8. “2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica. d) Toda forma de asimilación o integración forzada. e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos”.

conocimientos botánicos, médicos, farmacéuticos, de historia, conocedores de oficios, entre otras cosas. No se hace una sola cosa en la comunidad o se cumple un único rol. Los miembros de la comunidad tienen deberes y funciones en función del calendario solar o lunar que es el que rige la agricultura; además de que las mujeres participan en la formación y transmisión del conocimiento porque a ellas se les considera recipiendarias de la vida, de la salud, de la formación y soportes de la cohesión de la comunidad, la familia, las tradiciones.

En la transmisión de sus conocimientos están implicados los consejos de ancianos, quienes son considerados los sabios del pueblo indígena y son respetados al ser ellos los guías espirituales del pueblo. Estas particularidades en la educación son esenciales para la transmisión de la cultura de forma tradicional. Por lo que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener estas características de formación y educación en ejercicio de su autonomía³⁵⁷.

Lo anterior no implica que los niños indígenas no tengan derecho a beneficiarse de la educación pública que imparta el Estado³⁵⁸. Por el contrario, el Estado debe de adaptar sus sistemas para que los niños puedan acceder a esta educación, tanto dentro como fuera de las comunidades, misma que puede ser como poco bilingüe, sino en la lengua propia³⁵⁹.

³⁵⁷ Artículo 14. "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que imparten educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje".

³⁵⁸ Artículo 14. "2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación".

³⁵⁹ Artículo 14. "3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma".

El Estado debe contemplar el multiculturalismo en los planes educativos públicos, en los que se refleje que la diversidad y el respeto a la cultura ajena es un elemento esencial de dignidad para los indígenas. Por lo que los pueblos y el Estado han de cooperar en la eliminación del racismo, la discriminación y cualquier práctica de intolerancia³⁶⁰.

Los indígenas tienen derecho a pertenecer a su pueblo, vivir en su comunidad como una nación indígena conforme a sus tradiciones y costumbres, y este ejercicio del derecho debe de estar libre de cualquier forma de discriminación. Por tanto, son libres de practicar su cultura y reavivar sus tradiciones y costumbres, incluyendo sus sitios históricos, arqueológicos, espacios ceremoniales, artes interpretativas, literarias, etc. Es frecuente idealizar la realidad indígena anclada al pasado, con una serie de elementos casi monolíticos, intocados, etc. En las culturas indígenas coexisten elementos del pasado, del presente y tienen proyección al futuro, con una serie de elementos que se van incorporando a sus conocimientos tradicionales. Ello se expresa en sus manifestaciones religiosas, culturales, oficios, actividades, etc. Por tanto, incorporan nuevos materiales o elementos tecnológicos, como instrumentos para música, ordenadores, hábitos alimenticios, vestimenta, etc. Lo anterior no quita legitimidad a su identidad, ni tampoco méritos a sus reclamos de repatriar o devolver sus elementos de culto de los que hayan sido expoliados, o injustamente privados por el Estado o por terceros. Los pueblos indígenas revitalizan su cultura y tienen derecho a transmitir sus conocimientos,

³⁶⁰ Artículo 15. "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos y todos los demás sectores de la sociedad".

historias, tradiciones, filosofías, etc., sin que se les cuestione su autenticidad o grado de “indigenidad”³⁶¹. Muchos pueblos transmiten sus conocimientos en la lengua propia y otros utilizan como lengua vehicular la lengua mestiza. Pero un elemento común que mantienen los pueblos es la transmisión oral, en ese ejercicio de la memoria de sus conocimientos, el cual tiene prevalencia sobre cualquier otra forma de transmisión de la información. De esa manera han designado en el pasado los lugares, las personas y demás elementos en la naturaleza, en la religión o instituciones jurídicas, políticas o sociales que ellos utilizan. Por tanto, el Estado ha de garantizar el valor de esta forma de transmitir los conocimientos y las historias de los pueblos sin discriminación alguna. Esta forma de protección del Estado deberá de hacerse en coordinación con los pueblos, toda vez que cualquier acto legislativo o administrativo público que les afecte deberá de ser consensuado con ellos. En lo que respecta al régimen interior de los pueblos, en lo relativo a su cultura son totalmente autónomos, de forma que la única limitación que existe es el respeto a los derechos universales de las personas. Finalmente ellos son los únicos que en ejercicio de su autonomía pueden determinar su identidad cultural, establecer los límites y determinar el futuro de la misma, por lo que la protección y control del patrimonio cultural de los pueblos pertenece a ellos³⁶². Por tanto, el Estado se ha de limitar a reconocer y proteger el ejercicio de este derecho de los pueblos indígenas³⁶³.

³⁶¹ Esta palabra me parece apropiada para aquellos Estados o personas que tratan de medir el grado cultural o físico de pertenencia a un pueblo indígena.

³⁶² Artículo 31. “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural...”.

³⁶³ Artículo 31. “2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos”.

Una de las herramientas que la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas contempla como parte de la estrategia de visibilización y promoción de cultura indígena es obligar a los medios de información pública a que reflejen la diversidad cultural del Estado dando voz a los propios pueblos; y de igual manera, promueve que los medios privados permitan acceder a los indígenas, a fin de que ejerzan el derecho a comunicarse con plena libertad y sin discriminación, en su lengua propia o en la que elijan. A los pueblos indígenas se les permitirá tener sus propios medios de información³⁶⁴, con el fin de difundir su cultura en general.

3.6. Las minorías dentro de los pueblos indígenas

Uno de los aspectos que genera controversia y divide opiniones sobre la cultura indígena es el aspecto de las minorías numéricas o mayorías con trato minorizado como en es el caso de las mujeres. Se afirma que en los pueblos indígenas existe una discriminación contra de las mujeres por parte de los hombres. Este argumento es frecuente por aquéllos que dicen que no es conveniente proteger la cultura indígena, porque mantiene a las mujeres bajo la sujeción opresiva de los hombres o la comunidad. Este argumento tiene bastante peso para las feministas, que afirman que existe una triple discriminación femenina: *por ser mujeres, por ser indígenas y por ser pobres*. No es un argumento baladí, ni tampoco se puede pasar por alto. Tiene suma

³⁶⁴ Artículo 16. "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena".

importancia su discusión para la comprensión y valoración de la cultura indígena.

Por principio, se debe reconocer que la cultura indígena, si bien tiene muchos elementos comunes que les unen a los pueblos, también es muy diversa, por lo que las prácticas culturales indígenas se deben de analizar en los casos concretos –algunos pueblos tienen preminencia los hombres y en otros las mujeres-. Por tanto, no es posible afirmar sin más, que todos los pueblos indígenas oprimen a las mujeres. Por otro lado, si se asume un compromiso de tolerancia positiva, empatía y de valoración multicultural, se ha de reconocer que nuestra cultura no indígena no ha de volver a instalarse en superioridad cultural que califique a otra cultura con unos ojos aparentemente neutrales y de fondo con los mismos prejuicios a la diferencia, lo que resulta en un falso reconocimiento. Por último, haciendo autocrítica, en nuestra propia cultura existe discriminación y violencia en contra de las mujeres y mantiene distintos grados de actitudes discriminadoras, dominantes, machistas y excluyente contra de las mujeres. Esto no nos lleva a afirmar que la cultura no indígena también es mala para las mujeres. En todo momento deben de observarse los casos y no generalizar.

Dicho lo anterior, vale decir que la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas establece como base común las libertades fundamentales y los derechos humanos como referente para los indígenas en lo individual y en lo colectivo³⁶⁵. La Declaración establece que los hombres y mujeres indígenas

³⁶⁵Artículo 1. *“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos las libertades fundamentales reconocidos por la cara de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”.*

son iguales en libertades y derechos³⁶⁶. Ello implica reconocer que muchos de los aspectos de la cultura indígena deben de ser revisados por ellos mismos, si imperan en ella elementos de desigualdad interna. También establece deberes para el Estado de forma expresa cuando exista contra las mujeres violencia o discriminación³⁶⁷.

Por otro lado, además de las mujeres, también contempla que se preste especial atención a otros grupos dentro del pueblo indígena, tal es el caso de los ancianos, los jóvenes, los niños y las personas con alguna discapacidad (artículo 18). Se trata de grupos vulnerables a los que se les ha de aplicar medidas especiales que aseguren su mejoramiento en condiciones económicas y sociales³⁶⁸.

Le dedica especial mención a los niños a fin de establece que, dentro del contexto de la defensa de los derechos del niño, son las familias y las comunidades indígenas las que comparten la responsabilidad en la crianza, formación y educación de los hijos (declaración 13^a); además del deber del Estado en impartir educación a los niños en su propia cultura y en su propia lengua (artículo 14.3); tomar medidas en contra de la explotación económica de los niños, o actividades que ponga en riesgo su salud o su desarrollo físico, mental, espiritual o social, dada su especial vulneración (artículo 17.2). Junto a lo anterior, se incorpora una mención a la protección específica en contra de cualquier forma de violencia o discriminación (artículo 22.2).

³⁶⁶Artículo 44. *“Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente declaración garantizan por igual al hombre y la mujer”.*

³⁶⁷ Artículo 22. *“2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres u los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación”.*

³⁶⁸Artículo 22. *“1. Se prestara particular atención a los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente declaración”.*

3.7. El derecho de los pueblos indígenas en el contexto del derecho internacional

Existen más detractores que defensores de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de los aspectos que lo explican es que es un derecho joven y de reciente desarrollo en el plano nacional e internacional. Se consideró durante mucho tiempo que los indígenas eran un asunto de los Estados a nivel interno. De ahí la importancia de la suscripción por parte de algunos países del Convenio 107 de la OIT en 1957, que permitió pasar de ser un derecho doméstico a un asunto de discusión en organismos internacionales y sujeto a responsabilidad internacional de los Estados. Por lo que, si bien, la lucha de resistencia de los pueblos tiene más de 500 años, la vía jurídica internacional se instaló hace 70 años³⁶⁹.

Esa emergencia reciente en el plano internacional ha devenido en un desarrollo tan rápido que tanto los contornos jurídicos, la delimitación y alcance de los derechos entre otros aspectos son difusos. La doctrina es escasa y en permanente evolución. Por otro lado, el lenguaje aún no se encuentra unificado, y varios de los conceptos centrales como por ejemplo el de derecho colectivo, es polisémico y sobre todo interpretativo. Además, no ha habido suficiente desarrollo jurisprudencial como para tener las respuestas apropiadas en cada caso.

Además de lo anterior, y para avivar la controversia académica, el derecho indígena ha surgido como un derecho alternativo y trasgresor que nos

³⁶⁹ El derecho civil por ejemplo tiene más de 2000 años perfeccionándose en la cultura occidental.

obliga a repensar nuestra idea de lo que es el derecho positivo y las bases teóricas en las que se sustenta. Abrirse al multiculturalismo implica incorporar otra tradición surgida del derecho consuetudinario indígena, que parte –a primera vista-, de otras nociones y principios, no menos justos, no menos correctos y no menos válidos para los pueblos; sustentan sus normas en la oralidad, la tradición, la pertinencia, la economía procesal y la eficacia.

Por último, y en el plano de la filosofía política, el derecho indígena se ha incursionado de forma emergente y totalmente independiente a la tradición liberal individualista que sigue occidente y que en los últimos años se ha radicalizado. Los derechos de los pueblos indígenas están sustentados en los derechos sociales y los derechos colectivos. Estos son derechos que de forma natural han estado en conflicto con el liberalismo y el libertarismo, al estar situados en el lado opuesto de la prevalencia del individuo sobre la sociedad. Por lo que el avance que los pueblos indígenas han logrado en estos últimos años no tiene precedente y quizás sea uno de los principales contendientes en contra del pensamiento único, que parece instalarse a la caída del socialismo.

El derecho internacional abrió nuevas y evolutivas formas de relación entre los Estados y grupos o comunidades al interior, que requerían protección especial o diferenciada. Los pueblos indígenas, si bien en algunos casos fueron sujetos de derecho internacional (basta observar algunos tratados celebrados con distintos pueblos por parte de Estados como Francia, Inglaterra, Chile, Nicaragua o los propios Estados Unidos en ciertos periodos de su historia), posteriormente perdieron el Estatus de sujeto de derecho público internacional y se olvidaron los principios de acuerdo que establecían que los pueblos indígenas eran considerados naciones con soberanía y gobierno en un territorio

determinado. Al no consolidar tal estatus, la discusión de los derechos indígenas se convirtió en un aspecto interno de los Estados sin mayor interés para la comunidad internacional. En los hechos, muchos Estados ignoraron completamente el tema de los derechos e iniciaron una agresiva política de exterminio o asimilación de las culturas indígenas.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas tiene su contexto en las Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en las libertades básicas de las personas, por lo cual no debe entrar en contradicción o pugna en su interpretación y aplicación general. Para las Naciones Unidas los pueblos indígenas han surgido como un asunto de interés de primer orden, al punto de crear un foro permanente para las cuestiones indígenas e implicarse para la construcción de una norma especializada sólo para ellos³⁷⁰.

Las razones son diversas. Por un lado, el aumento de la conciencia de las personas, la mejor formación y educación jurídica, y el ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos civiles y ciudadanos, han construido un gran andamiaje de derecho internacional, que en cierta manera ha permitido cuestionar la preeminencia del derecho positivo sobre el derecho y libertades básicas de las personas. Además, por otro lado, los mismos se han constitucionalizado como garantías mínimas de relación entre el ciudadano y el Estado, por lo que se han convertido en instrumentos vivos y en evolución permanente por el legislador y ante los tribunales.

El gran avance en los últimos años es que el reconocimiento de los derechos indígenas ha devenido en la construcción de una norma específica

³⁷⁰ Artículo 42 Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

para los pueblos indígenas, que va unida a los Derechos Humanos. Baste revisar los instrumentos internacionales que se han establecido desde la creación de las Naciones Unidas en 1945 y que dio luz a la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Los indígenas tienen derechos por el hecho de ser humanos y para ello ya existían una serie de normas internacionales que de una u otra forma los benefician porque en ella se hace referencia a la protección de minorías raciales, étnicas o indígenas, como son: La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948; Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1957; Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1962; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969; Convenio sobre la edad mínima de 1973; Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o

prisión de 1988; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; Convenio de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 1990; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990; Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992; Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993; Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993; Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999; Declaración del milenio de 2000; Conferencia Mundial contra el Racismo de 2001, entre otros. En el ámbito del continente americano actualmente está en discusión la elaboración de un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁷¹; por lo que, por ahora, en el Contexto de la Organización de Estados Americanos, se utilizan a favor de los indígenas la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; Protocolo adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008.

La Declaración de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas implica un mayor compromiso específico y una especial protección diferenciada a un grupo, que estaba excluido y minimizado. Por lo que hablar en la actualidad de los derechos indígenas es hablar de los derechos en serio. Con un peso específico y pretensiones que todos debemos asumir en favor de ellos

³⁷¹ El proyecto se encuentra en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos y la Comisión Permanente, con asesoría técnica del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos http://www.oas.org/es/temas/pueblos_indigenas.asp.

y para la protección de todos. Porque indirectamente el derecho internacional preserva los derechos humanos de todos.

La adopción de la Declaración de derechos para los pueblos indígenas por parte de la Asamblea General de la Naciones Unidas, se da en el contexto de cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales de los Estados³⁷². Este instrumento es acorde con la postura de lucha internacional contra el racismo y la discriminación³⁷³, y en armonía con otros instrumentos internacionales que han promovido los derechos indígenas por los Estados³⁷⁴, en particular la protección de los derechos del niño³⁷⁵. Por lo que mediante este instrumento se consolida la postura de que los asuntos relacionados con los pueblos indígenas son de interés de la comunidad internacional y los Estados están sujetos a la responsabilidad en caso de incumplimiento³⁷⁶. Por ello, la relación entre los pueblos indígenas y los Estados ha de ser de conformidad con los instrumentos internacionales una asociación constructiva³⁷⁷ y no de tutelaje, ayuda paternalista o de sujeción irrestricta como lo ha sido históricamente. De ahí que los pueblos indígenas tengan el reconocimiento, al igual que el resto de los pueblos, a la libre determinación de su condición política y puedan por sí determinar su desarrollo económico, social y cultural³⁷⁸; a tenor del contexto de los Derechos establecidos en el Pacto Internacional de

³⁷² Declaración primera de la Declaración de la ONU para los Pueblos Indígenas.

³⁷³ Declaración cuarta.

³⁷⁴ Declaración octava.

³⁷⁵ Declaración décimo tercera.

³⁷⁶ Declaración décima cuarta.

³⁷⁷ Declaración décima quinta.

³⁷⁸ Declaración décima sexta.

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁷⁹; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³⁸⁰ y el Programa de Acción de Viena que establece en el punto 2 que: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*³⁸¹. Por lo que los pueblos indígenas tienen conforme los preceptos de la Declaración el derecho a la libre determinación de conformidad con el derecho internacional³⁸². El artículo 3 de la Declaración lo establece así: *Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.

El sentido político de la declaración consiste en fomentar las relaciones de cooperación con los Estados desde la igualdad, con base en principios de justicia, democracia, respeto a los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe³⁸³. Por lo que este documento se suma a los anteriores instrumentos internacionales sobre derechos humanos, estableciendo un deber de consulta a los pueblos indígenas a fin de obtener su cooperación³⁸⁴. Las Naciones

³⁷⁹ Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966: *“Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen a si mismo, a su desarrollo económico, social y cultural”*.

³⁸⁰ Artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen a si mismo, a su desarrollo económico, social y cultural”*.

³⁸¹ Punto 2. Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993.

³⁸² Declaración décima séptima de la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

³⁸³ Declaración décima octava.

³⁸⁴ Declaración décima novena.

Unidas cumplen un papel de promoción y protección de los Indígenas³⁸⁵ e impulsan el reconocimiento y protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas por parte de los Estados³⁸⁶. El énfasis que las Naciones Unidas hacen a los Estados y a los estudiosos del derecho público es que desde el contexto de los derechos humanos se asume que, en ejercicio de la no discriminación de los pueblos indígenas, éstos tienen una particularidad: Los indígenas tienen “*derechos individuales y derechos colectivos*” que les son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo³⁸⁷.

El artículo primero³⁸⁸ de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas establece que tanto los pueblos como las personas indígenas tienen derecho al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos tanto en la Declaración de las Naciones Unidas como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Es decir, los derechos humanos amparan derechos a las personas y derechos a los pueblos, por lo cual no son aplicables las viejas doctrinas que establecen que los derechos humanos son únicamente aplicables a las personas físicas. Éste es un gran avance para los indígenas quienes se veían reducidos a personas descontextualizadas de su cultura. Por tanto, los derechos humanos también han de proteger o incluir otros conceptos o concepciones establecidas desde la trinchera del reconocimiento del igual valor cultural.

³⁸⁵ Declaración vigésima.

³⁸⁶ Declaración vigésima primera.

³⁸⁷ Declaración vigésima segunda.

³⁸⁸ Artículo 1. *Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...*. El subrayado es nuestro. En él se destaca que se habla tanto en singular como en plural.

En este marco de igualdad y respeto cultural para los pueblos indígenas, en aplicación de los derechos humanos, establece que los indígenas tienen derecho a que se les respete sus estructuras institucionales, sus costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y sus propios sistemas jurídicos³⁸⁹, es decir, el conjunto de su forma de vida indígena y lo que entienden por vida buena. Sin embargo, desde cierto punto de vista, el propio sistema internacional y nacional de los derechos humanos servirá de freno o límite para algunas prácticas que sean violatorias de los mismos, ya sea por discriminatorias, por vejatorias o porque restrinjan o afecten derechos de las personas. Por lo que toda práctica cultural indígena o no indígena está sujeta a revisión. A lo anterior, no ha de valer el argumento de la tradición o de valor cultural intrínseco como parte de la esencia de la identidad. Los propios indígenas serán los que pongan en tensión sus costumbres y busquen formas armoniosas de revisar estas prácticas de conformidad con los derechos humanos. No toda práctica es valiosa ni se entiende como implícitamente intocable por el hecho de ser antigua o indígena³⁹⁰.

La Declaración de la ONU para los Pueblos Indígenas es un instrumento internacional que se añade al conjunto de los tratados sobre derechos humanos que existen en el plano internacional que, en sí mismo, no limita o restringe los derechos que ya se habían aplicado o reconocido por los Estados.

³⁸⁹ Artículo 34.

³⁹⁰ Artículo 46.2. *“En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”.*

A su vez, no restringe los derechos que los mismos Estados hayan reconocido en su derecho constitucional o derecho interno. Tampoco revoca o limita los derechos que a través de otros instrumentos jurídicos nacionales o internacionales los Estados y los pueblos indígenas hayan establecido con anterioridad y que les reconocieran derechos específicos a algunos pueblos (artículo 37). Por el contrario, este marco jurídico constituye unos derechos mínimos que los Estados han de aplicar en sus relaciones con los pueblos indígenas, que son compatibles con el reconocimiento, la solidaridad, la igualdad y la no discriminación cultural.

Al ser los temas sobre los pueblos indígenas a su vez materia de interés internacional, la propia Declaración asume que, tanto las Naciones Unidas, como los Estados, los organismos internacionales y las instituciones intergubernamentales deberán participar en la financiación y asistencia técnica³⁹¹ para hacer realidad el ejercicio de los derechos establecidos en la Declaración. No tendría sentido establecer derechos de imposible realización por falta de apoyo financiero; además de que deben tener en cuenta a los propios pueblos indígenas implicados (artículo 41).

En el ámbito de la justicia, es ineludible que existen tensiones por la falta de procedimientos adecuados que tomen como punto de partida el reconocimiento del respeto y del igual valor cultural. Los indígenas tienen un doble motivo de discusión y conflicto con el Estado en materia de Justicia. Por un lado, se encuentra generalmente la falta de reconocimiento del Estado al ámbito de aplicación del derecho consuetudinario indígena en el que sus

³⁹¹Artículo 39. *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración”.*

propias autoridades tradicionales aplican sus normas ancestrales para resolver sobre la responsabilidad de los actos u omisiones de los miembros de la comunidad indígena –la norma establece que los indígenas tienen jurisdicción sobre los miembros de su pueblo y pueden resolver sus controversias³⁹²-. Y, por otro, los conflictos que las comunidades, pueblos o personas tienen con el Estado o los no indígenas en la defensa de las tierras, el territorio, los recursos, la educación, la lengua, entre otros temas. Es un aspecto muy complejo y de largo recorrido para su resolución. La Declaración establece algunas bases para las partes – El Estado y los Pueblos indígenas-. El Estado deberá de establecer procedimientos equitativos y justos para arreglar las controversias; deberá emitir resoluciones rápidas y establecer una reparación efectiva para los pueblos en caso de lesión en los derechos individuales o colectivos indígenas. Estas resoluciones deberán tomar en consideración el punto de vista cultural indígena en el contexto de las normas internacionales de los derechos humanos (artículo 40).

En el ámbito del trabajo indígena, la declaración establece que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a los beneficios del marco laboral internacional y nacional aplicable (artículo 17.1).

Por último, uno de los más viejos temores de los constructores de los modernos Estado-Nación, ya sea que hayan construido sus bases sobre el liberalismo, libertarismo o socialismo, es preservar la unidad territorial del Estado, la soberanía y la unidad cultural, lo cual veían incompatible con la cultura de los pueblos indígenas. De ahí el empeño en imponer una sola cultura

³⁹²Artículo 35. “*Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades*”.

nacional, un modelo económico basado en la explotación de los recursos naturales, la centralización del poder -cuando podían- en un Estado proteccionista en algunos casos en las fuerzas del mercado, en ciertas élites de empresarios, banqueros, financieros, etc., y en algunos otros casos en el poder político autoritario del Estado que impuso modelos alienadores colectivistas-socialistas. El resurgimiento emergente de resistencia de los pueblos indígenas es visto con resquemor, y desconfianza desde el punto de vista de la integridad territorial³⁹³. La propia Declaración establece que ningún precepto de ésta será contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni quebranta la integridad territorial o unidad política de los Estados soberanos e independientes³⁹⁴.

3.8. Conclusiones acerca de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

El derecho indígena encuentra su principal referencia en el desarrollo de los derechos humanos. Sus mayores éxitos se han logrado con la argumentación por esta vía en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos³⁹⁵; lo que ha permitido la defensa de los territorios indígenas, el reconocimiento de cierto grado de autonomía al interior de sus comunidades, la defensa de las libertades más básicas como el derecho a la vida, a la libertad,

³⁹³ “Si una cosa salta a la vista en la práctica totalidad de las manifestaciones indígenas al respecto es precisamente que se refieren a la vertiente respetuosa de las fronteras estatales, con demanda de autonomía hacia el interior del Estado”. APARICIO, Marco. “La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas”. op. cit. p. 14.

³⁹⁴ Artículo 46.1. “Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de los Estados soberanos e independientes”.

³⁹⁵ Vid. el capítulo siguiente en esta Tesis.

a la propiedad, a la personalidad, a la salud, a la vivienda y, en suma, a condiciones de vida digna. Estos avances se han dado en el marco de la aplicación de normas que, en principio, no tenían relación con los indígenas, incluso, estaban basadas en los derechos individuales y no en los derechos colectivos en el sentido en que lo entienden los pueblos indígenas.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas ha venido a cubrir en el plano internacional la deuda del reconocimiento de los derechos específicos de los indígenas, que permite establecer bases de convivencia y los principios de cooperación entre pueblos y el Estado. Otros tratados internacionales no lo referenciaban en el contexto de los derechos humanos. Esta Declaración representa la concreción de la suma de las luchas de los indígenas frente al Estado y frente a terceros que permanentemente asumen que pueden acceder a los recursos naturales y a las tierras indias sin pasar por el consentimiento de los pueblos indígenas. En la actualidad es un proceso de lucha permanente para la defensa de las tierras y el territorio y por la lucha en contra de la discriminación, el racismo y la libertad digna de las personas y los pueblos.

La Declaración de la ONU para los pueblos indígenas contiene, a lo largo de su articulado, el derecho básico para los pueblos indígenas, el derecho al auto reconocimiento como indígenas, y el reconocimiento esa identidad diferenciada, tanto en lo individual como en lo colectivo y a la vez el trato de igualdad en el respeto si discriminación alguna por ello. Se advierte que la cultura indígena esta íntimamente relacionada con el conjunto de los derechos y preservarla implica conservar la vida de los pueblos y la riqueza que ello tiene para la humanidad.

Éste es un derecho muy avanzado, si se toma en cuenta que hace setenta años en el plano internacional³⁹⁶ se consideraba que la asimilación indígena era el camino para resolver sus problemas de desarrollo. Pero a la vez plantea varias interrogantes con respecto al alcance del reconocimiento a este derecho y la forma de exigir el cumplimiento efectivo al interior de los Estados nacionales.

La exposición de motivos permite visualizar el espíritu del conjunto del instrumento internacional. Los pueblos indígenas son iguales a cualquier otro pueblo; por tanto, no requieren ser tutelados, “ayudados” en el sentido clásico paternalista y, a la vez, tienen el *derecho* a ser diferentes y a considerarse a sí mismos como pueblos diferentes, y en ese contexto deben de ser respetados. El enfoque de la pretendida superioridad cultural con la que frecuentemente se han enfrentado los indígenas para no ser reconocidos plenamente, en el fondo tenía un sustento racista que ha quedado ahora abiertamente desvirtuado y deslegitimado. Así lo advierte el cuarto párrafo de la Declaración que trata las distintas formas de discriminación basadas en la superioridad cultural de unos pueblos sobre otros. *Afirmando* además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas³⁹⁷.

³⁹⁶Convenio de la OIT 107 de 1957.

³⁹⁷Cuarto párrafo de la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas.

En este contexto, los pueblos y las personas indígenas deben ser protegidos de todas las formas de discriminación³⁹⁸ que por distintos motivos mantienen los Estados tanto de forma abierta o velada en sus sistemas jurídicos.

El hecho de que la Declaración de la ONU para los pueblos indígenas plantee un doble reconocimiento tanto en lo individual como en lo colectivo de la identidad indígena, nos lleva a advertir que no es una mera forma de hablar, en plural o en singular por parte de los redactores. Por el contrario, se trata de dos dimensiones jurídicas interrelacionadas: por un lado, la persona en tanto individuo indígena; y, por el otro, el pueblo indígena como un ente distinto, a la suma de sus miembros. Este último, también en tanto sujeto colectivo, se expresa a través de sus instituciones propias y representantes designados por el conjunto de sus miembros. Este sujeto colectivo, también goza de nombre, patrimonio y derechos. La Declaración de la ONU para los Pueblos Indígenas establece desde el primer artículo este doble reconocimiento de derechos o esta doble dimensión de los derechos como pueblo y como persona³⁹⁹ y, tomando en cuenta esa diferencia cultural, ha de respetarse el ejercicio de sus derechos y ser tratados sin discriminación como entes libres e iguales a los demás pueblos o personas⁴⁰⁰.

³⁹⁸ El quinto párrafo refiere: *“Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”*.

³⁹⁹ *“Art. 1. 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 los Derechos Humanos y la normativa internacional de los Derechos Humanos”*.

⁴⁰⁰ *“Art. 2. 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”*.

Sin embargo, a pesar de que pocas declaraciones tienen tan amplio respaldo internacional –apenas se opusieron cuatro países-, lo que daría la impresión de que el futuro jurídico de los derechos indígenas está garantizado; la realidad es que los pueblos se encuentran en graves peligros de desaparición; y el racismo, la discriminación, la injusticia y el no reconocimiento individual y colectivo es la constante en los países en los que se encuentran.

Por otro lado, en lo académico existe aún un largo recorrido para despejar los interrogantes que suscitan los derechos humanos colectivos, que tienen un pobre sustento teórico y filosófico en la actualidad, tal y como se ha analizado en el capítulo anterior. No basta con que existan en la norma, han de tener legitimidad y sustento en el marco de las normas de cualquier nivel; de lo contrario se puede convertir en normas optativas o prescindibles, sin arraigar en la conciencia de la humanidad, a la par de los derechos humanos.

**CAPITULO CUARTO. LA VISIÓN DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS
HUMANOS FRENTE A LA DEMANDA DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS DE SUS TERRITORIOS,
TIERRAS Y RECURSOS NATURALES**

1. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Organización de los Estados Americanos – en adelante OEA –, fue creada en 1948 para agrupar a los Estados del continente americano con fines de convivencia pacífica, respeto mutuo, consolidar instituciones democráticas, la libertad individual, justicia social y el respeto a los derechos esenciales del hombre entre otros principios. El capítulo XV de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos –en adelante la Comisión IDH–, será el órgano responsable de la promoción del respeto de los derechos humanos entre los Estados, y su estructura, competencia y funcionamiento orgánico será establecido mediante la Convención Americana⁴⁰¹.

La OEA, en consonancia con su declaración de principios, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁰² y la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁰³, suscribió la Convención Americana de los Derechos Humanos aprobada en noviembre de 1969, –en adelante la

⁴⁰¹ “Artículo 106.- Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.

⁴⁰² Aprobada en 1948, Bogotá, Colombia.

⁴⁰³ Aprobada en 1948 en la Organización de las Naciones Unidas.

Convención o Convención Americana-. Contiene en una primera parte los deberes de los Estados y derechos protegidos; los derechos civiles y políticos; una mención sobre los derechos económicos, sociales y culturales; los supuestos de suspensión, interpretación y aplicación de la Convención; y los deberes de las personas. En su segunda parte, establece los medios de protección de los derechos de la Convención y los órganos competentes para el cumplimiento de la Convención, estos son: la Comisión IDH y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos –en adelante, la Corte IDH o la Corte–.

Vamos a analizar a continuación brevemente estos dos órganos, que constituyen el pilar básico de protección de los derechos de los pueblos indígenas en el continente americano. Posteriormente, nos adentraremos en el estudio de los casos resueltos por la Corte en relación con las demandas de los pueblos indígenas relativas al territorio. Ello nos permitirá, por un lado, analizar los instrumentos utilizados por la Corte para resolver dichas demandas; y, por otro, comprobar en qué medida ésta se ha convertido en la vía para que los reclamos de los pueblos indígenas sean escuchados.

1.1. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

La Comisión IDH tiene la función de promover el respeto y defensa de los derechos humanos, y emite recomendaciones a los Estados miembros de la OEA para que adopten medidas de protección a estos derechos en el marco de

su derecho interno⁴⁰⁴. En síntesis, la Comisión solicita y emite informes sobre los Derechos Humanos en cada uno de los Estados, con el fin de fomentar su respeto. Éstos, a su vez, son en su momento presentados ante la Asamblea General de la OEA.

También la Comisión IDH es competente para recibir las denuncias o quejas presentadas directamente por una o un grupo de personas sobre la violación de la Convención Americana⁴⁰⁵, de manera que inicia el procedimiento de notificación al Estado implicado en la denuncia y se solicita que rinda un informe al respecto. La denuncia o queja se ha de presentar cumpliendo los requisitos establecidos en la misma Convención o con las salvedades que ésta dispone⁴⁰⁶. Una vez notificado el Estado y éste rendido el informe, la Comisión -en caso de que los hechos no sean graves y urgentes-, tratará de proponer una solución amistosa entre las partes con el fin de subsanar la violación con apego a los Derechos Humanos. En caso de no llegar a un acuerdo, la Comisión emitirá un informe con las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo para que el Estado tome las medidas que remedien la situación denunciada. En el caso de que el Estado incumpla con las mismas el informe se hace público.

⁴⁰⁴ Es necesario referir que la Comisión se creó en 1959 y progresivamente fue ampliando sus funciones, como la que se otorgó 1965 autorizándole para recibir y procesar denuncias individualmente, y en la Convención Americana se delinearón los deberes específicos que los Estados se obligaban a cumplir.

⁴⁰⁵ Art. 44 de la Convención Americana: *“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”*.

⁴⁰⁶ El artículo 46 de la Convención Americana establece, entre otros requisitos, que se hayan agotado los recursos jurisdiccionales al interior del Estado, que sea interpuesta dentro del lapso de 6 meses a partir de la última notificación al lesionado, que no esté sujeto a otro procedimiento pendiente, que contenga los datos del denunciante o de la entidad que realiza la petición, etc. También refiere algunas salvedades a estos requisitos, como por ejemplo, que al denunciante no se le den acceso a los recursos de la jurisdicción interna. En tal caso no es imprescindible haber agotado el procedimiento interno del Estado.

La Comisión es en suma el garante de la promoción y defensa de las obligaciones contraídas por el conjunto de los Estados a favor de las libertades humanas, y actúa en nombre de ellos para la protección de los derechos humanos. Es la instancia a la que ha de acudir cualquier persona que haya sido víctima de la vulneración de los derechos que establece la Convención Americana, siempre que se encuentre en los supuestos que prevé como requisitos para presentar la denuncia o queja en contra de los actos de un Estado miembro de la OEA. Lo anterior es muy importante porque la Comisión IDH es el órgano internacional ad hoc para la protección de estos derechos en el Continente Americano, la víctima mantiene un trato de igualdad con el Estado al exponer su demanda y el Estado está obligado a rendir un informe al respecto. Sin embargo, es necesario puntualizar que, si bien ante la Comisión es posible resolver el origen del conflicto o encontrar una amigable composición mediante un acuerdo que respete los extremos alcanzados para los Derechos Humanos en la Convención Americana, la Comisión no tiene facultades jurisdiccionales que obligue al Estado a cumplir los resultados del informe. Por tanto, sólo puede insistir en solicitar al Estado el cumplimiento de su recomendación y mantener esa petición en el tiempo. Ahora bien, lo que sí puede, tal y como veremos inmediatamente, es acudir ante la Corte IDH asumiendo la representación de los pueblos indígenas, en cuyo caso la resolución que se dicte sí será de forzoso cumplimiento para las partes.

1.2. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos

La Corte IDH es un órgano jurisdiccional que puede exigir el cumplimiento de sus determinaciones al Estado que se ha comprometido a

ello⁴⁰⁷. Como se verá más adelante, esta obligación no implica a todos los Estados miembros de la OEA. Así, si bien es cierto que todos los Estados pueden ser objeto del procedimiento que atañe a la Comisión IDH, no es posible referir lo mismo sobre la competencia jurisdiccional que tiene la Corte IDH.

El contenido de la Convención Americana es obligatorio “sólo” para los países que suscribieron la misma. Este acuerdo, si bien ha sido alcanzado en el seno de la OEA, no todos los Estados miembros están sujetos a la competencia de las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Por tanto, *sólo puede conocer de los casos de los Estados miembros que han reconocido expresamente su competencia como obligatoria de pleno derecho, al adherirse a la Convención Americana o en un momento posterior*⁴⁰⁸.

Es necesario poner en relieve que la Corte IDH sólo puede conocer los casos que sean presentados o por un Estado parte de la Convención o por la Comisión IDH, pues sólo ellos tienen reservada la acción, de manera que no pueden hacerlo las personas por sí en lo individual o en grupo. Por otro lado, adicionalmente se ha establecido que la Corte IDH sólo puede conocer los casos que han agotado previamente el procedimiento establecido ante la Comisión IDH⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ El artículo 68 de la Convención Americana señala que el compromiso de cumplir la sentencia de la Corte es para los Estados parte.

⁴⁰⁸ Artículos 61 y 62 de la Convención.

⁴⁰⁹ Puntualmente el artículo 61 de la Convención Americana dice: “1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.

Además de la función jurisdiccional, la Corte IDH tiene la competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de la Convención Americana⁴¹⁰. En este sentido, se puede realizar expresamente una consulta por parte del Estado a efectos de que explicita el contenido o alcance de algún precepto de la Convención Americana, o puede establecer el criterio que armonice los derechos de la Convención en relación al Derecho Constitucional o Derecho interno de algún Estado que expresamente se adhirió a la Convención⁴¹¹. También la Corte IDH puede dilucidar el alcance de alguno de estos preceptos mediante las resoluciones jurisdiccionales que dirime. Es decir, mediante el establecimiento de su jurisprudencia, acudiendo y aplicando sus precedentes.

Estas facultades de la Corte IDH (la de sujetar al Estado a sus resoluciones y la de establecer el contenido, interpretación y alcance de la Convención Americana en relación al derecho interno de cada miembro) han sido de gran importancia para el respeto a los derechos de los Pueblos Indígenas en el Continente Americano. La Corte, de manera progresiva, ha establecido los caminos para entender las demandas y quejas que no han sido atendidas al interior de sus respectivos Estados, encontrando nuevas formas de inclusión y defensa a los Derechos Humanos individuales y colectivos de los pueblos.

⁴¹⁰ La Corte se ajusta al contenido de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados; aplica en sus decisiones interpretativas principios y reglas recogidos en el artículo 33 y 34 de la Convención. En ésta investigación pongo especial énfasis al analizar la prerrogativa que tiene de interpretar el contenido de los derechos establecidos en la Declaración Americana de los Derechos Humanos.

⁴¹¹ Esto establece el artículo 64 de la Convención Americana. Refiere que los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de la Convención u otros tratados, y sobre la compatibilidad de cualquiera de sus normas internas respecto de los instrumentos internacionales. De igual forma el artículo 2 del Estatuto de la Corte expresa que tiene una función jurisdiccional y otra función consultiva conforme el artículo 64 de la Convención Americana.

1.3. El marco jurídico aplicable a los Pueblos Indígenas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El marco jurídico internacional aplicable a los pueblos indígenas ha sido objeto de desarrollado específicamente en el apartado anterior. Como se analizado, durante mucho tiempo no existió un verdadero instrumento que recogiera las aspiraciones que demandaban los pueblos indígenas. Fue hasta 1989 en que se aprobó por parte de la OIT el Convenio 169. Este acuerdo fue un gran paso para el cambio de enfoque en las relaciones con las minorías indígenas en América. Se transitó del paternalismo y tutelaje orientado a la asimilación cultural, a una visión más paritaria de respeto, valoración y reconocimiento de las diferencias culturales. Este cambio de mentalidad ha sido el germen que ha permitido que en 2007 se aprobara la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos dos instrumentos, con casi 20 años de diferencia entre uno y otro, no son de aplicación automática ni mucho menos por parte de la Corte IDH. De hecho la OEA está trabajando en una propia Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, que hasta ahora es una aspiración en vías de su próximo nacimiento.

La Corte ha seguido su propio recorrido autónomo apoyándose en los instrumentos internacionales que ha tenido en cada momento a su alcance. Ha sido, como ahora veremos, por la vía de la interpretación contextual de los derechos humanos de acuerdo a los tiempos actuales de la Convención Americana como ésta se ha convertido en el principal instrumento de defensa de algunos de los derechos de los Pueblos Indígenas. Junto a ello, ha acudido, por ejemplo, a los convenios suscritos por el país objeto de denuncia o a su

derecho interno. De esta manera, se ha ido creando y perfilando una jurisprudencia que está en constante evolución y desarrollo. En consecuencia, para conocer los criterios e instrumentos internacionales utilizados por la Corte IDH lo mejor es recorrer el camino de sus resoluciones, desde *Awas Tigni contra Nicaragua* a la fecha. Analizaremos a continuación algunos aspectos de casos resueltos por la Corte (centrándonos en las demandas relativas al territorio), para comprender el valor de sus aportaciones.

2. LOS CASOS DE LA CORTE SOBRE LAS DEMANDAS DE TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Comisión IDH, al ser la instancia que inicialmente conoce las violaciones de derechos humanos reclamados por los pueblos indígenas, ha establecido valiosas aportaciones mediante recomendaciones –caso *Mary y Carrie Dann*⁴¹²–, para la regulación de los compromisos adquiridos por los Estados en el marco de la Convención Americana. Sin embargo, por su efectividad y exigencia al obligado cumplimiento por el Estado, nos hemos centrado en el análisis de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH sobre los derechos indígenas.

Del conjunto de sentencias de la Corte IDH relacionadas con pueblos indígenas o tribales, se advierten casos muy diversos con quejas por violaciones al derecho a la vida, al derecho a la libertad personal, al derecho a

⁴¹² Informe Nº 75/02. Caso 11.140. *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*. 27 de diciembre 2002. Concluye afirmando que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad a las tierras ancestrales de las demandantes en condiciones de igualdad como parte de la Nación Indígena *Western Shoshone*, por lo que recomienda la reparación efectiva del derecho de propiedad, y modificaciones legislativas de derecho interno conforme a sus compromisos internacionales.

la integridad personal, al derecho a la protección judicial, a las garantías judiciales, a los derechos políticos⁴¹³. He considerado apropiado enfocar la investigación sobre el derecho al territorio, por la riqueza al tocar otros derechos correlacionados en su entorno, como son el derecho a la vida, el derecho colectivo a la cultura, a las garantías judiciales, etc. En la investigación que sigue se acoge un orden cronológico para permitir establecer la evolución que han tenido los criterios y la percepción de los derechos humanos en relación con las demandas de los pueblos indígenas y tribales en América. También permite entrever la compleja relación entre los indígenas y los no indígenas. Los casos que analizaremos son los siguientes: Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra Nicaragua⁴¹⁴; Pueblos indígenas Mayas contra Guatemala (Masacre de Plan de Sánchez⁴¹⁵); Comunidad tribal Moiwana contra Surinam⁴¹⁶; Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay⁴¹⁷; Comunidad indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay⁴¹⁸; Comunidad tribal Saramaka contra Surinam⁴¹⁹; Comunidad indígena Xámok

⁴¹³ Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre 1993; Caso Myrna Chang vs. Guatemala, sentencia 25 de noviembre de 2003; Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005.

⁴¹⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁴¹⁵ Corte IDH, Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia de 29 de abril de 2004.

⁴¹⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.

⁴¹⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁴¹⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia 29 de marzo de 2006.

⁴¹⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 24 de noviembre de 2007.

Kásek contra Paraguay⁴²⁰; y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador⁴²¹.

2.1. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua⁴²²

El planteamiento del caso es el siguiente. El pueblo indígena Awas Tingni demandó ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos al Estado de Nicaragua por la violación de diversos artículos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales, porque consideró que Nicaragua de manera irregular había otorgado la concesión de las mismas a una empresa particular. La Comisión, en su carácter de mediador, fracasó en su intento de llegar a un acuerdo con el Estado de Nicaragua, por lo que lo demandó ante la Corte IDH.

La denuncia fue por la violación de la obligación de respetar derechos (artículo 1.1 Convención Americana)⁴²³, la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 Convención)⁴²⁴, la violación del

⁴²⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁴²¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Kichwa vs. Ecuador. (Fondo y Reparaciones). Sentencia del 27 de junio del 2012.

⁴²² Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Nicaragua. http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.doc

⁴²³ El punto 1. del artículo 1º de la Convención Americana establece la obligación de respetar los derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁴²⁴ El artículo 2 de la Convención Americana refiere el deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en

derecho a la propiedad privada (artículo 21 Convención)⁴²⁵ y la violación a la protección judicial (artículo 25 Convención)⁴²⁶, por no haber demarcado las tierras comunales, ni tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la comunidad a sus territorios ancestrales y sus recursos naturales, así como por haber otorgado la concesión de sus tierras sin el consentimiento de la comunidad y no haber garantizado un recurso efectivo para proteger estos derechos de propiedad ante los tribunales.

2.1.1. LOS CRITERIOS DE LA CORTE

La Corte dirimió la disputa y analizó los argumentos respecto a la posible conculcación de distintos derechos establecidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos, afín de determinar si se habían violado los derechos de la comunidad indígena Awas Tingni al otorgar la concesión a una empresa para la explotación de los bosques en el territorio de la comunidad indígena.

el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴²⁵ El artículo 21 de la Convención Americana dice, en cuanto al derecho a la propiedad privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

⁴²⁶ El artículo 25 de la Convención Americana refiere el derecho a la protección judicial: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o de cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En lo que respecta a los *hechos*, consideró probados varios aspectos dentro del proceso, comenzando por la existencia de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tigni, conformada por más de 600 personas asentadas en la costa de la región Atlántica de Nicaragua, así como que la Comunidad Indígena contaba con sus propios representantes y dirigentes constituidos directamente mediante asamblea. Estableció que los miembros de la Comunidad subsisten de la agricultura familiar y comunal, de la recolección de frutas y plantas medicinales, de la caza y la pesca, refiriendo que estas actividades eran llevadas dentro del territorio de acuerdo a su organización colectiva tradicional. La Corte señaló que existen problemas de traslape o sobreposiciones entre las tierras reclamadas por la Comunidad Indígena y otras comunidades indígenas, además de que el Estado reclamaba una parte de las tierras en conflicto. También quedó probado que la Comunidad indígena no tenía título real de propiedad sobre las tierras que reclamaban.

En relación a su territorio y los recursos naturales, que la Comunidad Indígena había defendido mediante diversos procedimientos administrativos y jurisdiccionales en contra del Estado, consideró probadas diversas irregularidades por parte de distintas instituciones públicas de Nicaragua al otorgar la concesión de los recursos maderables a un particular.

Los criterios sentados por la Corte IDH en la sentencia de 31 de agosto de 2001, en relación con los derechos cuya violación se denunció por la comunidad indígena son los siguientes:

2.1.1.1. En relación a la protección judicial

Respecto a la violación del artículo 25 de la Convención Americana que contiene el derecho a la protección judicial, la Corte lo relacionó con los derechos establecidos en los artículos 1º y 2º de la Convención que contienen la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Básicamente lo que se controvierte en este punto es la ineficacia que tienen los procedimientos y los recursos administrativos y jurisdiccionales de derecho interno de Nicaragua para hacer efectiva la protección de los derechos de la Comunidad Indígena. La discusión de fondo no es la existencia formal de los recursos, sino su efectividad.

La Corte desglosa varios aspectos del derecho interno del Estado. En concreto, señala que la Constitución de Nicaragua reconoce la existencia de los pueblos indígenas y otorga la protección de distintos derechos; en particular, refiere protección a las comunidades indígenas que se encuentran en la Costa Atlántica. Además tiene leyes secundarias que regulan el ejercicio de la autonomía de los pueblos indígenas respecto a diversos recursos naturales entre los que se cuentan los forestales. Cuenta, por otra parte, con una Comisión Nacional de Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica, que tiene como propósito la demarcación de las tierras indígenas que históricamente les han pertenecido, a fin de hacer efectivo el derecho a la propiedad comunal que reconoce la Constitución de Nicaragua. Del conjunto del análisis del derecho vigente en Nicaragua, encuentra que no se establece un procedimiento específico efectivo para la demarcación y titulación de las tierras que ocupan las comunidades indígenas.

Lo anterior ha sido motivo de que se acuda reiteradamente al recurso de amparo para defender los territorios indígenas de la injerencia de actos

administrativos que, en perjuicio de las comunidades indígenas, realizan los particulares con la complacencia del Estado, porque no obstante haber obtenido formalmente la protección del mismo, en lo material el Estado no obliga al particular a respetar dicho recurso.

La Corte advierte que, si bien la ley de Nicaragua establece que el recurso de amparo es un procedimiento sencillo y breve para la defensa de los derechos fundamentales y que el mismo ha de solventarse en un plazo razonable (en este caso 45 días), la interposición de los amparos fue resuelta transcurriendo los plazos en demasía, por lo que se desconoció el principio de plazo razonable establecido en la Convención Americana. Por otro lado, no obstante otorgarse el mismo, éste no fue eficaz porque no se aseguró la debida aplicación del recurso por parte de las autoridades judiciales. Lo anterior en perjuicio del artículo 2º de la Convención Americana.

En definitiva, la Corte encontró que *“Nicaragua no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de las comunidades indígenas y que no se ciñó al plazo razonable para la tramitación de los recursos de amparo interpuestos por la comunidad indígena Awas Tigni”*⁴²⁷. Por lo cual considera necesario hacer efectivos los derechos establecidos tanto en la Constitución, como en la legislación interna de conformidad con la Convención americana, para tener un procedimiento efectivo de demarcación del territorio de la Comunidad Indígena acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Por lo que determina que el Estado violó el artículo 25 en relación con los artículos 1º. 1 y 2º de la Convención Americana.

⁴²⁷ Punto 137 de la Resolución de la Corte. Corte IDH.

2.1.1.2. *En relación a la propiedad*

La Corte realiza un ejercicio muy puntual y un análisis detallado con el fin de soportar concienzudamente de forma motivada la interpretación y alcance de los derechos humanos. Es necesario recordar que la Corte tiene dos funciones sustantivas: la primera, es la función jurisdiccional; y, la segunda, la función consultiva que en última instancia es la que le faculta a hacer una interpretación tanto de la Convención Americana, como de la forma en que la legislación interna de un Estado es coherente con las obligaciones asumidas por la Convención. En este caso la intermediación no obedece a una consulta expresa por parte de algún Estado, si no que es el resultado de los derechos en litis en el presente asunto, particularmente en cuanto al alcance de la propiedad privada o el uso y goce de los bienes.

Primero, la Corte transcribe y desglosa el contenido del artículo 21⁴²⁸ de la Convención Americana, que refiere la protección a la propiedad privada. Define el concepto de “*bienes*” y establece que son aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; señalando que el concepto comprende “*todos*” los bienes muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporables y cualquier objeto inmaterial susceptible de tener valor⁴²⁹.

⁴²⁸Refiere el artículo: “*Artículo 21 Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*”

⁴²⁹ Punto 144 de la Resolución de la Corte.

Seguidamente, la Corte no sólo utilizó el texto de la Convención Americana, sino que acudió a los estudios preparatorios que dieron lugar a la redacción del artículo. En ellos se establecía inicialmente la frase: *“toda persona tiene derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público”*⁴³⁰; y finalmente el texto fue reemplazado por el actual que quedó como sigue: artículo 21.1. “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”⁴³¹. Como se advierte, la concepción de bienes es más amplia, porque incluye tanto los materiales como inmateriales, muebles e inmuebles, a los que toda persona tiene derecho al uso y goce.

Lo anterior fue el preámbulo de una forma incluyente de interpretación del artículo 21 por parte de la Corte, afín de integrar las aspiraciones de los pueblos indígenas de manera que los refleje la Convención Americana. Refiere que: Los términos de un tratado de derechos humanos tienen un sentido autónomo⁴³², por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno.

Por otro lado, en el mismo párrafo refiere que los tratados son instrumentos vivos, particularmente los relativos a Derechos Humanos, cuya interpretación es evolutiva conforme a las condiciones actuales de vida. Es obvio que la Corte, en ejercicio de su atribución de ser el órgano que determina el contenido de la Convención Americana, hace un ejercicio de interpretación actualizada, dentro de los límites del artículo 29.b, que establece las normas de interpretación y las restricciones. Conforme a este precepto, ninguna

⁴³⁰ Las cursivas son nuestras.

⁴³¹ El subrayado es nuestro.

⁴³² El subrayado es nuestro.

disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad, ya sea que esté reconocido de acuerdo a las leyes de un Estado parte o de acuerdo a otra convención del que el Estado sea parte⁴³³. Es decir, si la Constitución o las normas internas de Nicaragua tienen reconocido otros preceptos de propiedad que amplían el uso y goce de los bienes a las personas pertenecientes pueblos indígenas, en lo particular o en lo colectivo, la misma ha de reconocerse y no limitarse por la resolución de la Corte.

Lo interesante es que la Corte realiza un esfuerzo omnicomprensivo de la concepción de la propiedad de los pueblos indígenas al establecer lo siguiente: *“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centre en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*⁴³⁴. Como se advierte, la Corte partiendo del supuesto del artículo 21 de la Convención Americana que establece en el

⁴³³ Artículo 29: *“Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) 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”*.

⁴³⁴ Punto 149 de la Resolución de la Corte.

punto 1 que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, y partiendo de las restricciones a limitar derechos que refiere el artículo 29.b de la misma, considera que no existe una única forma o concepto de propiedad verdadero, sino que puede coexistir compatiblemente con la concepción de los pueblos indígenas que integra más elementos, como por ejemplo, la pertenencia de la tierra centrada en la colectividad y no en el individuo, la distinta percepción de su relación con ella que va más allá de la producción económica, la trascendencia cultural y espiritual para la vida de la comunidad indígena, etc. La Corte aprecia que esta concepción de propiedad ha de ser reconocida y protegida. En suma, la concepción de propiedad de lo pueblos indígenas que atribuye un conjunto de valores a la posesión de la tierra que es mucha más profunda que para un no indígena, también son “bienes” a los que tienen derecho conforme al artículo 21 de la Convención Americana.

La Corte destaca que el propio derecho interno de Nicaragua establece el reconocimiento a la propiedad comunal a las comunidades indígenas de la Costa Atlántica con las características de ser: comunales, inajenables, no sujetas a la donación o venta, inembargables e imprescriptibles. Las personas de la comunidad tienen derecho a trabajar dichas tierras en parcelas y obtener el usufructo de los bienes generados⁴³⁵.

En relación a la adjudicación de dicha tierra a la comunidad indígena Awas Tigni, la Corte también establece que ha de ser tenido en cuenta el derecho consuetudinario que rige a los indígenas. La costumbre, la posesión de la tierra ha de bastar para que las comunidades que carezcan de título real sobre la propiedad de la misma obtengan el reconocimiento oficial y, por

⁴³⁵ Punto 150 de la Resolución de la Corte.

consiguiente, el registro. Como Nicaragua reconoce esa modalidad de propiedad de los pueblos indígenas, sólo es necesario realizar un proceso de demarcación de la misma (proceso que el Estado no ha materializado desde 1990 y por lo mismo no ha otorgado el título). Considera que la Comunidad Awás Tigni tiene derecho a su territorio y a usar y gozar libremente de sus respectivos bienes. Por lo que estima que el Estado ha de cumplir con tal obligación: Debe delimitar, demarcar y titular el territorio de la Comunidad y abstenerse de realizar o tolerar actos que afecten el valor, uso o goce de los bienes ubicados en dicha zona geográfica.

En suma, la Corte considera que conforme al artículo 29.b, en relación al 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Awás Tigni, al no haber delimitado y demarcado la propiedad comunal y haber otorgado concesiones a terceros en esa área geográfica. Por lo que en relación al artículo 1.1 de la Convención debió de respetar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y los actos contrarios realizados por cualquier autoridad son imputables a Nicaragua y es responsable en los términos de la Convención Americana. Concluye que el Estado violó el derecho a la propiedad privada del artículo 21 en conexión con el 1.1. y 2 de la Convención. En consecuencia el Estado de Nicaragua fue condenado a:

- Tomar medidas legislativas y administrativas para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas de acuerdo al derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas.

- A delimitar, demarcar y titular las tierras de la Comunidad Mayagna Awas Tingni.
- Abstenerse de realizar cualquier acto por sí o por terceras personas que afecten el valor o la existencia de los bienes de la comunidad indígena.
- Realizar obras por un valor determinado en beneficio colectivo de la comunidad indígena.
- Pagar los gastos del juicio.

2.1.2 ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESOLUCIÓN. EN PARTICULAR, EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD

De la presente sentencia se pueden destacar tres aspectos relevantes. El primero, es que implícitamente reconoce que el presente caso es novedoso y distinto a los planteados anteriormente, tanto por las características de una de las partes como por la naturaleza, los intereses en conflicto y la trascendencia del resultado. Por lo que razona detalladamente su método de interpretación acotado a los siguientes elementos:

- a) Que la Corte tiene la facultad de establecer el contenido, sentido y alcance de la Convención Americana.
- b) Que los tratados de derechos humanos tienen un sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno.
- c) Que los tratados, como instrumentos vivos específicamente en el ámbito de los derechos humanos, deben considerar todos los elementos

contextuales con miras a evolucionar conforme a las condiciones que demanda el presente.

d) Que la Corte, en ejercicio de su facultad de interpretar la Convención Americana, tiene entre otras restricciones las establecidas en el inciso b) del artículo 29:

- o Que la Corte en su interpretación no ha de limitar el uso o goce de cualquier derecho o libertades reconocido por el Estado.
- o Que la Convención Americana ha de interpretarse ampliando el contenido de los derechos humanos.
- o Que la Corte acudirá por “extensión” a otros instrumentos internacionales del que el Estado sea parte o a las fuentes de derecho interno del propio país para interpretar el contenido “más amplio” del contenido de la Convención Americana.

Lo anterior implica que la Corte IDH utilizará la interpretación que más favorezca al desarrollo de los derechos humanos, sustentando la ampliación de los mismos de forma fundada y motivada, de la mano con las prohibiciones del artículo 29 de la misma. En suma, su interpretación será “pro homine”.

El segundo aspecto relevante es que, al analizar el alcance del artículo 21 de la Convención Americana para los pueblos indígenas sobre la propiedad privada, la Corte encuentra que para los pueblos indígenas el uso y posesión de la tierra tiene una significación mucho más compleja y omnicomprensiva que para los no indígenas. De ahí que analice el alcance de su concepción a fin de establecer si la misma se encuentra protegida como un derecho a esa forma particular de propiedad. En el contexto de la realidad constitucional y legal del

Estado de Nicaragua, se reconoce la modalidad de la propiedad del territorio indígena de forma colectiva y coexistiendo con la propiedad individual. De esta manera, otorga expresamente el derecho a ejercer y disfrutar de una posesión territorial de forma comunitaria y también son usufructuarios de los recursos naturales que la misma contenga o produzca. La concepción del vínculo con la tierra indígena es más compleja, profunda y trascendente como parte del legado cultural ancestral que se trasmite dentro de la comunidad a todos los miembros y es su responsabilidad garantizar el vínculo para las generaciones futuras. Integrar más elementos al concepto de propiedad como el de la cultura indígena no limita el sentido de la Convención, sino que lo enriquece porque integra más valor. La pertenencia de la tierra centrada en la colectividad y no en el individuo más allá de la valoración productiva o económica, agrega valor inmaterial por el valor cultural y espiritual con el que coexiste el pueblo Awas Tigni. Por tanto, si el artículo 21.1 refiere que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, la Corte establece que como tal ha de proteger el derecho de los pueblos indígenas a seguir disfrutando de su territorio, y éste ha de delimitarse físicamente de acuerdo a su costumbre y tradiciones.

En tercer lugar, la Corte valora la cultura indígena de los Awas Tigni como tal, reconociendo que es una comunidad indígena diferenciada de otras y del resto del pueblo de Nicaragua. Tiene una estructura tradicional de organización, unas autoridades que le representan y que hablan en defensa de sus intereses, que en su conjunto tiene un patrimonio ancestral sobre el territorio, que el Estado tiene deberes específicos que ha incumplido para con esa entidad diferenciada, que la cultura indígena merece respeto y protección como tal. Que mantiene, de acuerdo a su costumbre, un sistema de derecho

consuetudinario que le da acceso a la propiedad del territorio que ocupa, y que éste es fuente de derecho de dominio distinto a título de dueño en oposición con cualquier otro que se traslape sobre sus territorios. Que conforme al derecho interno de Nicaragua este territorio mantiene características propias: es colectivo, es inalienable, imprescriptible e inembargable, que integra los recursos naturales de los que dispone y que la población indígena puede gozar y disponer de los mismos de acuerdo a sus tradiciones. Por tanto, el Estado ha de respetar tales derechos y realizar actos negativos y positivos a favor de este derecho humano a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, demarcando y registrando el territorio geográfico que ocupa, tomándoles en consideración para ello.

Por último, la Corte ha mostrado que, mediante el método de interpretación *pro homine* que siguió para el reconocimiento de un derecho de propiedad distinto al individual a los pueblos indígenas, es posible ampliar el contenido de los derechos que no son evidentes inicialmente en la Convención Americana y que el Tratado dará más respuestas específicas en la medida en que evolucionen las aspiraciones humanas en demanda y protección de los derechos humanos, de manera que es posible obtener resultados armoniosos con respeto a los derechos indígenas y los derechos humanos⁴³⁶.

⁴³⁶ Vale decir que, si se observa el orden cronológico de los acontecimientos, se advierten las dificultades y la lucha a largo plazo que mantienen en defensa de sus territorios las poblaciones indígenas. Los hechos motivo del conflicto con la comunidad datan del año de 1994. Además de los múltiples procesos jurídicos y administrativos internos, la Comisión IDH conoce los hechos en 1995. La Corte IDH conoce inicialmente el conflicto en 1998 y la sentencia se emite a mediados del año 2001. El representante jurídico de la Comunidad (James Anaya) refiere que la ejecución efectiva de la sentencia con la demarcación y registro del territorio a favor de la Comunidad Awas Tigni se logró en el año 2009. Es decir aproximadamente 15 años de litigios diversos ante tribunales nacionales e internacionales. Pareciera mucho tiempo o poco, depende de si se mide desde el ángulo de la resistencia indígena de más de 500 años en América.

2.2. Caso Masacre de Plan de Sánchez Vs. Guatemala⁴³⁷

La Comisión, en nombre de algunos miembros del pueblo maya, demandó al Estado de Guatemala por la vulneración de los derechos de la Convención Americana de los Derechos Humanos por parte del Estado de Guatemala. En concreto, por las violaciones a los derechos a la integridad personal (artículo 5)⁴³⁸, protección judicial (artículo 25)⁴³⁹, garantías judiciales (artículo 8)⁴⁴⁰, a la igualdad ante la ley (artículo 24)⁴⁴¹, la libertad de conciencia

⁴³⁷ Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Guatemala. http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_116_esp.doc

⁴³⁸ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁴³⁹ Artículo 25. Protección Judicial. “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁴⁴⁰ Artículo 8. Garantías Judiciales. “1. Toda persona tiene derecho 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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los

y religión (artículo 12)⁴⁴² y a la propiedad privada (artículo 21)⁴⁴³, en contra de la población indígena maya de la población de Plan de Sánchez y otras poblaciones indígenas.

La Comisión denunció que el pueblo maya sufrió la persecución, criminalización y desplazamiento de sus territorios dentro del Estado de Guatemala por parte del Estado, que toleró e impulsó grupos criminales que se propusieron el exterminio y desaparición de la población indígena. Denuncia severamente que, en el caso del poblado Plan de Sánchez, Guatemala realizó políticas genocidas en contra de su población indígena, demostrando la muerte de 268 personas masacradas en total impunidad.

La Corte estimó probados tales homicidios, así como las vejaciones a las que fue sometida la población indígena, que implicó discriminación, violencia sexual, violencia física y psicológica, así como un permanente estado de

hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

⁴⁴¹ Convención Americana. Artículo 24. Igualdad ante la Ley “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

⁴⁴² Convención Americana. Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”.

⁴⁴³ Convención Americana. Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. “*1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley*”.

impotencia al no ser atendidas las denuncias de las víctimas por obstrucción e indolencia por parte de las autoridades.

La Corte señaló que ha de remontarse al periodo de 1962 a 1996 para establecer el contexto histórico de los hechos, periodo en el que Guatemala se encontraba en un conflicto armado interno. El Estado aplicó un plan denominado “Doctrina de Seguridad Nacional” en contra de los movimientos insurgentes subversivos, en el que se destaca la visión de que cualquier persona o grupo que se opusiera al Estado se equipara a “enemigo interno”. La junta militar que gobernaba en 1982 diseñó un plan denominado “Plan Nacional de Seguridad y Desarrollo” que identificó las áreas de conflicto e implementó la campaña militar “Victoria 82” contra la insurgencia. Durante todo este tiempo, en determinadas regiones de Guatemala la política contrainsurgente se caracterizó por acciones militares destinadas a la destrucción de grupos y comunidades, incluyendo el desplazamiento forzado de las comunidades indígenas al considerarles posibles auxiliares de la guerrilla. Con el consentimiento de las más altas autoridades del Estado, se consintieron matanzas de la población indefensa como masacres y “operaciones de tierra arrasada”. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico⁴⁴⁴ identificó 626 masacres ejecutadas con crueldad con el fin de eliminación de personas o grupos con el fin de causar terror como mecanismo de control social. En particular, en relación con la aldea de Plan de Sánchez se estableció que estaba habitada por miembros del pueblo indígena Maya de la comunidad lingüística achí. La tensión era provocada por la presencia militar y al hecho de que los hombres se negaban a participar en las Patrullas de Autodefensa Civil⁴⁴⁵ (PAC) organizadas por el Estado. La Masacre de Plan de Sánchez se perpetró el domingo 18 de julio de 1982, iniciándose a las 8:00 hrs. por un comando de 60 personas, integrado por el ejército, comisionados militares, judiciales, denunciadores civiles y patrulleros, vestidos de militares y armados. La población fue separada, las mujeres jóvenes y niñas fueron separadas de los hombres, niños y mujeres mayores. Estas fueron maltratadas, violadas y asesinadas. El resto fueron asesinados a golpes, llevados a una casa en la que arrojaron granadas, y dispararon armas de fuego de forma indiscriminada. Se incendiaron las casas del poblado y se quemaron los cuerpos de los asesinados en el patio. Se calcula que 268 personas fueron masacradas, la mayoría miembros del pueblo maya achí y algunos no indígenas residentes de otras comunidades aledañas. El comando se retiró aproximadamente a las 11:00 de la noche. Posteriormente a la masacre, algunos pobladores que habían huido o no se encontraban en la población ese día regresaron encontrando las casas incendiadas, los cuerpos irreconocibles y algunos animales comiéndose los cadáveres. Los militares y miembros de las PAC regresaron aproximadamente a las 3:00 de la tarde. Bajo amenaza debieron enterrar ahí mismo los cadáveres y algunas pocas víctimas fueron llevadas a otras aldeas. Miembros del Comando Militar saquearon las casas y las destruyeron, robaron animales, efectos personales y documentación sobre títulos propiedad de la tierra, actas matrimonio, nacimiento o identificaciones a las víctimas. La población ante el temor constante, decidió paulatinamente abandonar la aldea y desplazarse a las montañas. Con el tiempo, a los pobladores se les prohibió regresar al lugar, estableciéndose en otras poblaciones cercanas, se les obligó a pertenecer a las PAC, en otros casos

⁴⁴⁴ La Creación de la Comisión para el Esclarecimiento histórico es parte de los acuerdos de paz entre el Estado de Guatemala y la Guerrilla suscritos en 1994. Inició su ejercicio en 1997 y entregó su informe en 1999. Punto 42.8 de la Resolución de la Corte IDH.

⁴⁴⁵ Comisiones militares en las que se integraban a civiles como agentes militares que realizaban labores de inteligencia, control y vigilancia en las zonas rurales. Ob.cit. Punto 42.12. de la Sentencia. Corte IDH.

ingresaron al ejército. Fue hasta 1985 que a algunos desplazados se les permitió vivir en Plan de Sánchez y trabajar sus tierras. Debieron pertenecer a las PAC hasta 1992, momento de su disolución. Debido a la persecución, amenazas y control permanente de los militares los familiares de los sobrevivientes se inhibieron de buscar justicia. En 1992 informaron a las autoridades de la ubicación de las fosas clandestinas y el resultado fueron las amenazas y hostigamiento. Fue hasta 1994 en que la Comunidad Indígena pudo realizar algunos enterramientos de las víctimas en ceremonias Mayas.

La primera denuncia pudo ser presentada hasta 1992. Al año siguiente la Procuraduría de los Derechos Humanos se presentó como representante de los miembros de la Comunidad. Durante las investigaciones hasta la fecha de la sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se descubrieron los cementerios clandestinos, realizando las exhumaciones, se identificaron 170 víctimas mortales⁴⁴⁶, se demostró que las masacres fueron el resultado de políticas estatales premeditadas, se solicitó que se identificaron a la estructura jerárquica militar que encabezaba la patrulla y los miembros de las PAC que participaron en los actos de Plan de Sánchez. Se identificó por parte de las víctimas a algunos soldados que perpetraron la matanza, así como al teniente y al capitán que les dirigían. Como resultado de todo lo anterior, ningún agente del Estado, ni los imputados, fueron llamados a declarar y ni el Ministerio de Defensa Nacional respondió a las solicitudes de información realizadas.

2.2.1. CRITERIOS SEÑALADOS POR LA CORTE

Durante el proceso, el Estado se allanó a las pretensiones de los demandantes. Por tal motivo se tuvieron por desistidos de todas las excepciones preliminares interpuestas en la demanda. El Estado reconoció la responsabilidad internacional en los términos de la Convención, de manera que en una siguiente resolución se determinó lo correspondiente a las reparaciones y al pago de las costas.

Resalta la puntualización de la Comisión en el sentido de que la presente demanda tiene por objeto las violaciones cometidas por agentes del Estado mediante la denegación de justicia y otros actos de intimidación y discriminación en perjuicio de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de Plan de Sánchez. A su vez, lo representantes puntualizaron que la Corte ha de

⁴⁴⁶ En este punto es necesario aclarar que ante la discrepancia de cifras de víctimas mortales, la Corte IDH acotó que pudieran encontrarse en el transcurso del proceso internacional un mayor número de víctimas.

limitarse a las violaciones a la Convención cometidas por el Estado después de la aceptación de la competencia de la Corte en 1987. Por las anteriores puntualizaciones y dado que el Estado aceptó los hechos y el reconocimiento de la responsabilidad internacional no existe controversia alguna.

En consecuencia, la Corte consideró que el Estado incurrió en responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de los artículos 5.1. y 5.2. (derecho a la integridad personal); 8.1. (garantías judiciales); 11 (protección a la honra y a la dignidad); 12.2. y 12.3. (libertad de conciencia y de religión); 13.2.a⁴⁴⁷ y 13.5 (libertad de pensamiento y de expresión); 16.1 (libertad de asociación); 21.1. y 21.2. (derecho a la propiedad privada); 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana en relación al artículo 1.1. (obligación de respetar derechos) de la misma.

La Corte refiere que, en relación a la denuncia de genocidio que argumenta la Comisión, sólo tiene competencia para declarar las violaciones a la Convención Americana y de otros instrumentos del sistema interamericano. No obstante, los hechos afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí, en su identidad y valores y se desarrollaron dentro de un patrón de masacres que causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional que la Corte toma en cuenta en el momento de las reparaciones.

⁴⁴⁷ Se refiere este precepto de la Convención Americana al respeto a los derechos o reputación de los demás.

La Corte, en la sentencia de las reparaciones⁴⁴⁸, consideró los daños materiales e inmateriales causados dentro del contexto cultural de las víctimas. Al asesinar a los trasmisores orales de la cultura maya achí (mujeres y a los ancianos) se generó un vacío cultural al no transmitirse sus conocimientos. Los huérfanos no recibieron la formación tradicional de los ancestros. La represión a los sobrevivientes causó especialmente a los jóvenes la pérdida de fe en sus tradiciones y conocimientos de sus antepasados⁴⁴⁹. No pudieron realizar libremente sus ceremonias según los ritos de la Cultura Maya, La imposibilidad de celebrar el ritual de despedida maya conforme a sus costumbres fue causa de sufrimiento a los miembros de la comunidad, obstaculizando el duelo. Fue hasta 1994 en que algunos familiares de las víctimas, después de la exhumación de los cadáveres, pudieron realizar la ceremonia religiosa de acuerdo a su costumbre. Las víctimas fueron estigmatizadas atribuyéndoles la culpa de los hechos por parte de los propios perpetradores, les obligaron a vivir en el silencio, a soportar a sus victimarios miembros de las PAC, en suma a vivir bajo la vigilancia, represión, amenazas, terror e impotencia al estar bajo la autoridad de los militares. Se perdió la forma de vida comunitaria porque los antiguos líderes no pudieron continuar con su autoridad obtenida por consenso de los miembros; las normas, los valores, el respeto, y el servicio fueron eliminados por el autoritarismo vertical de los comisionados militares y los miembros de las PAC. La imposición militar causó la desarticulación del grupo y la pérdida de referentes internos. Las víctimas sobrevivientes se vieron afectadas en su salud física y psicológica como consecuencia de los hechos;

⁴⁴⁸ Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (reparaciones) Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

⁴⁴⁹ Punto 49.12 Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (reparaciones)

se vieron sometidos a prácticas discriminatorias de acceso a la justicia; la impunidad se mantiene en la memoria colectiva lo que impide la reconstrucción del tejido social.

La Corte refiere que las mujeres que fueron objeto de violencia sexual por parte de agentes del Estado y las que sobrevivieron a la masacre, continúan padeciendo y sufren por la agresión⁴⁵⁰. El estigma es de por vida en sus comunidades y ante la presencia del victimario en total impunidad ante los hechos. En otras palabras, como en muchos casos en el mundo, se culpa a la víctima de la violación.

En todo momento la Corte pidió que se efectuaran las investigaciones para dar con los responsables materiales e intelectuales, por lo que han de continuar las denuncias presentadas.

La Corte estableció para las víctimas y sus beneficiarios la reparación del daño, tanto la reparación material, el lucro cesante de la víctima y el daño moral o inmaterial. Por lo que exigió la identificación y elaboración de listas por parte de Guatemala para efectuar la misma de forma individualizada. También consideró las características de la población afectada desde la perspectiva colectiva tomando en cuenta los elementos socio-culturales del pueblo maya con una cosmovisión social particular identitaria de forma comunitaria, a fin de estimar una reparación colectiva por parte del estado de Guatemala, la realización de obras sociales en las poblaciones de las víctimas, invirtiendo en infraestructuras y servicios básicos tales como asistencia médica, escuelas, drenaje, agua potable, entre otros.

⁴⁵⁰ Punto 49.19 de la Sentencia. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (reparaciones) *“La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual”*.

2.2.2. ASPECTO RELEVANTE DE LA SENTENCIA: EL DERECHO COLECTIVO A LA CULTURA

La presente resolución constituye un precedente importante, porque la Corte destaca las características culturales de las víctimas de la masacre, así como de los familiares, para establecer una forma especial y colectiva de compensación moral. Las personas afectadas son de origen indígena del pueblo Maya Achí. El Estado pidió perdón a las víctimas y a sus familiares, ofreció su respeto y garantizó la no repetición de los hechos. La Corte estableció que era necesario hacer el acto de reconocimiento público a la memoria de las víctimas tomando en cuenta las tradiciones y costumbres de los miembros de las comunidades afectadas. Por tanto, pone en valor un derecho colectivo cultural distinto a las restituciones o compensaciones que en lo individual se les otorgó a las víctimas o sus beneficiarios.

El Estado debió de reunir a los representantes de las comunidades indígenas afectadas y realizar el acto tanto en español como en idioma maya achí, así como la publicación de parte de la sentencia en medios de comunicación generales. Al ser la población afectada de la cultura maya, adquiere especial importancia que el Estado deba de honrar públicamente la memoria de las víctimas en un acto público de desagravio colectivo. Es uno de los aspectos más importantes de reparación del daño “el reconocimiento del responsable a la víctima”, el tratarle como un igual y reconocer el daño y pedir perdón es quizás mas importante y trascendente para el que siempre ha estado minusvalorado e ignorado por las instituciones y las autoridades de su propio país.

El Juez Sergio García Ramírez emitió un voto razonado sobre los derechos individuales y los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En él señala que la cuestión es si en algunos casos los planteamientos tienen que ver con que ciertos derechos son individuales o con personas morales o colectivas; también sobre si estas últimas son titulares de derechos humanos y la postura en cuanto a su alcance tutelar por parte de la Corte.

Para ello, recurre a la sentencia de Awas Tigni, en la que se discutió si dicha comunidad era titular de derechos sobre bienes que había poseído tiempo atrás y que constituían tanto la fuente de “subsistencia material” de la comunidad como elementos relevantes para su cultura, es decir la “subsistencia espiritual” del grupo. Refiere que *“Se determinó que dado que la vida personal de los integrantes de la comunidad indígena se halla entrañablemente compenetrada a la misma, tanto los aspectos materiales como espirituales, la suma de los derechos de estos 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 como ejemplo—”*⁴⁵¹.

Explica que los derechos individuales de las personas y los derechos del grupo como miembros de la comunidad son distintos, conservan su entidad y autonomía, pero están ligados entre sí de forma muy estrecha; por tanto, están

⁴⁵¹ Punto 4. del Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, en la sentencia sobre reparaciones del Caso Masacre Plan de Sánchez, del 19 de noviembre de 2004.

sujetos a una tutela específica. Para el juez no existe conflicto entre los derechos individuales y los derechos colectivos, sino concurrencia y mutua dependencia. La vida de las personas se encuentra inmersa en la colectividad. En el caso de los indígenas esta relación es muy intensa.

Refiere que toda persona tiene derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 de la Convención, siendo válido para los miembros de las comunidades indígenas. No se pueden desconocer o negar los derechos de otra naturaleza, como lo son los derechos de carácter colectivo. Es necesario conocer que los derechos comunitarios que forman parte de la cultura jurídica de los pueblos indígenas y por ellos de sus integrantes, son la fuente de los derechos subjetivos individuales. Reconocer la íntima vinculación entre los derechos individuales y colectivos indígenas, hace efectiva la debida tutela de la forma en que lo conciben las personas de los pueblos indígenas.

Destaca también que múltiples disposiciones de derecho interno de algunos países reconocen y afirman la existencia de esos derechos a partir de un orden precolombino y en relación específica de los grupos indígenas con el territorio poseído, en el que han desarrollado su vida y preservado sus antiguos usos y creencias. Esta relación va más allá de la posesión o propiedad de la tierra. Igualmente muchas leyes "decimonónicas" optaron por regular la propiedad desde lo individual y negaron los derechos de los pueblos originarios del continente. Apenas recientemente se reconocen en el orden jurídico vía el derecho social. Interpretar la Convención a través de sus resoluciones no implica disminuir los derechos colectivos de los pueblos indígenas que, por otro lado, son acogidos en otros tratados internacionales o el derecho interno. Hacerlo así implica un despojo y volver víctimas a los habitantes originales. Por

el contrario, la Corte ha de reconocer el gran valor jurídico, ético e histórico de estos derechos, que para ellos son fuente de sus derechos individuales y al mismo nivel y rango que los derechos humanos. Pone como ejemplo el *Caso Cantos contra Argentina*⁴⁵², en el que se discutió la participación de una persona física en el patrimonio de otra colectiva. Hasta entonces no se reconocía a las personas jurídicas en la Convención Americana, pero eso no restringe la posibilidad de que los individuos puedan pedir la protección de sus derechos fundamentales cubiertos de esa ficción jurídica.

La Corte, dentro del contexto de la responsabilidad internacional del Estado, estableció la indemnización en proporción al daño inmaterial causado por las violaciones, éstas están en relación a la necesidad de preservar la cultura tradicional de las víctimas y sus descendientes.

Es el reconocimiento del derecho colectivo a la cultura lo que permite la protección y resarcimiento. Romper la liga cultural con los transmisores culturales –mujeres y ancianos— es una violación grave del Estado a los derechos individuales y colectivos de los indígenas mayas, lo que permite determinar la protección a la cultura indígena. Si bien los derechos a los beneficios de la Cultura del Protocolo de San Salvador⁴⁵³ no son aplicables en

⁴⁵² Caso Cantos Vs. Argentina. Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2002 (fondo, reparaciones y costas).

⁴⁵³ Se refiere al artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988. El artículo 14 refiere: “*Derecho a los Beneficios de la Cultura. 1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte. 3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los*

el caso⁴⁵⁴, García Ramírez afirma que existen “vasos comunicantes entre los bienes jurídicos preservados en tal protocolo y la Convención Americana⁴⁵⁵”.

La imposición de la Corte de indemnizaciones colectivas en la forma de prestación de servicios –programa de vivienda, programa de desarrollo, salud, educación, etc.– al conjunto de la Comunidad Maya es una forma de resarcir el daño inmaterial causa del sufrimiento colectivo, al privárseles de los beneficios del libre ejercicio de su cultura.

2.3. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam⁴⁵⁶

La Comisión IDH demandó a Surinam por la violación de los derechos de protección judicial (artículo 25), garantías judiciales (artículo 8) y obligación de respetar derechos (artículo 1) del pueblo de la cultura N´djuka Maroon en la comunidad de Moiwana. Los pobladores de esta comunidad son descendientes de las colonias de esclavos de origen africano. Antes de la firma de la Convención Americana se perpetraron varios homicidios en contra de los miembros de la Comunidad. La denuncia fue consecuencia de la negativa del Estado a investigar y castigar a los responsables de la matanza de 39 miembros del pueblo N´djuka perpetrada por las propias autoridades estatales.

beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia”.

⁴⁵⁴ De forma expresa el tratado establece que sólo son sujetos a la denuncia o queja ante la Comisión IDH y, en su caso, ante la Corte IDH, las violaciones por parte de una persona o grupo los artículos 8 (Derechos Sindicales) y 13 (Derecho a la Educación) del Protocolo de San Salvador.

⁴⁵⁵ Punto 18 del Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre reparaciones del Caso Masacre Plan de Sánchez, del 19 de noviembre de 2004.

⁴⁵⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Surinam http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_ing1.doc

En 1986 la aldea de Moiwana fue arrasada por miembros de las fuerzas armadas, matando niños, mujeres y hombres, destruyendo y quemando la propiedad de los pobladores y forzando la huida de los sobrevivientes heridos.

Surinam suscribió y ratificó la Convención Americana en 1987, por lo que alegó la incompetencia contenciosa de la Corte IDH. Sin embargo, la denegación de justicia y el desplazamiento de los pobladores con posterioridad a los hechos son el objeto de la demanda.

2.3.1. LOS CRITERIOS DE LA CORTE

La Corte valoró la existencia de la identidad colectiva de los miembros de la comunidad N'djuka, sus tradiciones, costumbres, autoridades y vínculo estrecho con su territorio. Reconoció los temores de los miembros de la comunidad, el sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico ocasionado por el ataque a la aldea y la separación forzada de sus tierras tradicionales y la imposibilidad de honrar a sus muertos conforme a sus costumbres y rituales tradicionales.

La Corte evidenció el esfuerzo individual y colectivo de las presuntas víctimas en alcanzar justicia ante las diversas estancias del Estado a través de sus organizaciones, y la falta de una solución adecuada a sus reclamos sobre el ataque y al hecho de no haber recibido respuesta alguna por parte de la Corte de Justicia. Algunos de los miembros de la Comunidad Moiwana debieron refugiarse en terceros países ante la persecución de que fueron objeto. La Corte estableció que, en la investigación realizada por el Estado para esclarecer los hechos, no existían efectivos esfuerzos oficiales para castigar a

los responsables. La Ley de Amnistía de 1989 promulgada por el gobierno de Surinam no incluye a los crímenes de lesa humanidad definidos de conformidad con los clasificados en el derecho internacional.

La Corte, en aplicación del principio *iura novit curia*, entró al estudio de una posible violación al artículo 1.1 de la Convención, que refiere la obligación de respetar derechos, y determinó que los miembros de la comunidad Moiwana habían sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente ante la obstaculización a los esfuerzos de sus miembros para obtener justicia, ante la imposibilidad de los miembros de honrar apropiadamente a sus seres queridos fallecidos y ante la separación de los miembros de la comunidad de sus tierras tradicionales.

En relación a la violación del artículo 22 de la Convención, que regula el derecho a la circulación y residencia, estableció que los miembros de la comunidad Moiwana no contaban con las condiciones para regresar voluntariamente a su territorio, dado que objetivamente no existía ninguna garantía de que serían respetados sus derechos a la vida y a su integridad personal. Al existir total impunidad de los responsables de los hechos, Surinam había violado lo establecido en el tratado en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana.

En relación al derecho de propiedad estableció que los N'djurka son un pueblo tribal que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo a sus prácticas consuetudinarias, y su relación con su territorio no se centra en el individuo sino en la comunidad como un todo. De forma que consideró el concepto de propiedad de una forma más amplia, de modo similar a lo que se aplica a los pueblos aborígenes indígenas americanos. La Corte inicialmente

estableció que los N'djurka no cuentan con ningún título de propiedad legal de acuerdo con las leyes de Surinam, por lo que de conformidad con la legislación interna, el territorio pertenecería al Estado de forma residual. Sin embargo, la posesión de los N'djurka sobre esos territorios había sido ocupada de forma ancestral de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias; por lo que, aunque no tuvieran un título formal de propiedad, esa posesión había de bastar para que la obtengan, y el Estado de Surinam debía hacer un reconocimiento formal de la propiedad de las mismas y proceder al registro de las tierras a su favor. De la misma manera que los pueblos indígenas, para la Corte el pueblo N'djurka ha establecido un vínculo duradero con el territorio de manera ancestral y existe un vínculo cultural estrecho, que es el fundamento integral de su visión material y espiritual, y que es necesario preservar como un legado cultural a las generaciones futuras. Refiere la Corte que los N'djurka poseen una *“relación omnicomprendiva con sus tierras tradicionales y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo”*. La Corte aplicó la analogía en este caso a la de los pueblos indígenas americanos en relación al derecho de propiedad que mantienen sobre el territorio. Por lo que determinó que los miembros de la comunidad tienen derecho a ser considerados legítimos dueños de sus tierras tradicionales y, por tanto, tienen derecho al uso y goce de las mismas, de manera que Surinam violó el derecho de propiedad de la comunidad.

2.3.2. ASPECTO RELEVANTE DE LA SENTENCIA: EL DERECHO A LA TIERRA PARA LOS PUEBLOS NO INDÍGENAS TRIBALES

El Estado fue condenado a delimitar, demarcar y titular el territorio tradicional, asegurarse de que el uso sobre los mismos fuera efectivo y abstenerse de realizar cualquier acto por sí o por medio de terceros que afectaran el valor, uso o goce de la propiedad de la comunidad.

La Corte consideró de especial relevancia las tradiciones culturales y religiosas de los N'djuka, mismos que a pesar de no ser de origen amerindio aborígen, tienen una relación comunitaria con la tierra. Mantienen en su tradición una relevante vinculación con el territorio de carácter espiritual, cultural y material. Es importante esta vinculación a su tierra como un elemento de identidad colectiva: *“Los derechos a la tierra en la sociedad N'djuka existen en varios niveles, y van desde los derechos de la comunidad entera hasta los del individuo. Los derechos territoriales más amplios están depositados en todo el pueblo, según la costumbre N'djuka; los miembros de la sociedad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables”*⁴⁵⁷. Finalmente, la Corte al examinar las características culturales, la fuerte vinculación espiritual y material colectiva que mantienen con el territorio, aplicó por analogía los mismos criterios jurisprudenciales que a los indígenas americanos y estableció el derecho a la tierra de la comunidad. De forma que tienen un legítimo derecho a exigir que se les reconozca legal y públicamente la propiedad a través del registro ante el Estado.

⁴⁵⁷ Punto 86.6 de la sentencia. Aspectos pertinentes de la cultura N'djuka para el presente caso.

2.4. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay⁴⁵⁸

En este caso, la Comisión demandó al Estado de Paraguay por la violación al derecho a la vida (artículo 4 de la Convención Americana)⁴⁵⁹, a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad (artículo 21), a la protección judicial (artículo 25), al deber de respetar derechos (artículo 1) y al deber de adoptar normas de derecho interno (artículo 2); todas ellas en perjuicio de la comunidad indígena Yankye Axa del pueblo Enxet-Lengua, así como de sus miembros.

Los hechos que dieron origen al caso fueron lo siguientes: la Comunidad indígena Yakye Axa es una comunidad perteneciente al pueblo Lengua Enxet Sur, que junto con otros pueblos forman parte de la familia lingüística Lengua-Maskoy, y ocupan ancestralmente el Chaco Paraguayo, aunque también han ocupado la ribera occidental del río Paraguay. Sus actividades han consistido en la caza, la recolección y la pesca, el cultivo en chacras y la cría de ganado vacuno, ovino y caprino. La ocupación de su territorio se evidencia por los nombres que ellos pusieron a sus bosques, asentamientos, pozos, lagunas etc.

⁴⁵⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁴⁵⁹Refiere: "Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. 4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos. 5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente". Convención Americana

Sus territorios ancestrales fueron ocupados por no indígenas debido a que una gran parte de la tierra de Chaco fue vendida en la bolsa de valores de Londres en el siglo XIX. Como consecuencia de ello, los empresarios británicos instalaron en el territorio varias estancias ganaderas, además de misiones eclesiásticas anglicanas con fines de evangelización y pacificación. Los pobladores indígenas pasaron a ser empleados de los colonizadores en su propio territorio. Fue hasta el año de 1979 que la iglesia anglicana adquirió algunas tierras para crear asentamientos indígenas con un programa de apoyo sanitario, agrícola y educativo. La comunidad Yakye Axa se trasladó a esos territorios, sin que mejorasen sus condiciones de vida, debido a la explotación de las mujeres para prostitución, el trabajo sin remuneración, la pobreza en la producción agrícola y el no poder dedicarse a sus actividades ancestrales como la caza, el no tener animales, ni celebrar libremente sus tradiciones culturales. Por todo lo anterior, desde 1993 los líderes de la comunidad indígena Yakye Axa iniciaron acciones de reivindicación de la propiedad de las tierras y los recursos naturales de los territorios que consideran tradicionalmente de su propiedad.

2.4.1. LOS CRITERIOS DE LA CORTE

2.4.1.1. En relación a la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial⁴⁶⁰

La Corte analizó el alcance de la Constitución de Paraguay y las normas de derecho interno para establecer que no existe un procedimiento efectivo

⁴⁶⁰ Art. 8 y 25 de la Convención Americana.

para el reconocimiento de los líderes indígenas y, por ende, la personalidad jurídica para actuar dentro de los procesos judiciales y administrativos. Refiere que la propia Constitución reconoce que los pueblos indígenas son una realidad histórica preexistente al Estado. De forma que el reconocimiento legal de su personalidad no es el momento del nacimiento de su existencia, ni el del reconocimiento de sus derechos. La tardanza en el reconocimiento de la personalidad jurídica, así como el procedimiento de reivindicación de sus territorios, excedió los márgenes de plazo razonable en el ejercicio y la protección judicial a la que tienen derecho. Por lo que la Corte entendió que Paraguay violó la protección judicial y el debido proceso.

2.4.1.2. En relación a la violación del derecho a la propiedad⁴⁶¹ del pueblo Yakye Axa

La Corte efectuó una recapitulación del contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. Así, señaló que, por las características propias de los pueblos indígenas, el territorio tiene una significación especial de propiedad comunal, las tierras ancestrales de estos pueblos son esenciales para la preservación y transmisión cultural a las generaciones futuras. Los tratados han de interpretarse interrelacionando la evolución de esta forma de vida, de manera evolutiva. El Corpus Juris del Derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación ha de ser conforme a esta forma de vida. El tribunal ha señalado la estrecha relación que mantienen los pueblos indígenas con la tierra y ésta debe ser comprendida como base fundamental de su cultura, vida espiritual y la transmisión a las generaciones futuras.

⁴⁶¹ Art. 21 de la Convención Americana.

Corresponde a una forma de ver el mundo, de ser y de actuar. A partir de esta estrecha vinculación con sus territorios tradicionales, así como con los recursos naturales que ahí detentan, no sólo es su principal medio de subsistencia, sino que además es un integrante de su cosmovisión, religiosidad y su identidad cultural. Sus valores están unidos a la tierra y esta forma de vida tiene una expresión colectiva en la comunidad indígena. El territorio, los recursos y la cultura indígena están tan estrechamente vinculados con la cultura que ambos deben de ser salvaguardados junto con los elementos incorporables que se desprendan de ellos. En consecuencia, el término “bienes” referido en el artículo 21 de la Convención son todos aquellas cosas materiales apropiables que puedan formar parte del patrimonio de una persona, y dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier objeto inmaterial susceptible de valor.

En este caso no se discutió si la comunidad indígena Yankye Axa tenía derecho a sus territorios o sus recursos para realizar sus actividades tradicionales y mantener su forma de vida. Lo que estaba en discusión era si este derecho que consagra la norma interna estaba ejerciéndose y salvaguardándose de manera efectiva y el goce del mismo se había materializado. El propio Estado de Paraguay reconoció que, a pesar de que desde 1993 la comunidad ha estado solicitando el ejercicio del mismo, por diversas circunstancias de hecho y de derecho eso no se había materializado.

El problema que se planteó aquí, a diferencia de otros casos, es la existencia de un conflicto de derecho de propiedad indígena con el derecho de la propiedad privada de un particular. En este sentido, es negatorio del derecho

al territorio si el mismo no se puede ejercer delimitando y entregando la tierra a los pueblos indígenas.

La Corte, al identificar el conflicto del derecho a la propiedad protegido por la Convención Americana, estableció los criterios que han de considerarse afin de establecer el peso que ha de concederse a cada uno de los derechos. En primer lugar, señaló que ha de valorarse caso por caso, de forma diferenciada a cualquier otro, estableciéndose el valor que ha de darse en cada supuesto de conflicto. Por un lado, está la reivindicación del territorio de la comunidad indígena, con el peso que implica culturalmente para asegurar la existencia colectiva para las futuras generaciones. Por otro lado, está el derecho de la propiedad individual como base a una sociedad democrática y pluralista, en la que no ha de afectarse sin razones de peso plenamente justificadas y no sin una justa remuneración por la afectación.

Lo anterior no significa que siempre que exista un conflicto de derechos de propiedad individual y propiedad indígena estos últimos tengan derecho a ganar. Cuando existan razones concretas y justificadas que imposibiliten al Estado a devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas ha de buscarse alguna compensación que contemple el significado que la tierra tiene para ellos. Puede ser la entrega de tierras alternativas o el pago de una justa remuneración o ambas, tomando en cuenta el contenido del convenio 169 de la OIT, consensuado con el pueblo indígena mediante una consulta y conforme a sus valores, usos y derecho consuetudinario.

La Corte estableció que para garantizar el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas ha de tomarse en cuenta que la tierra esté estrechamente relacionada a sus tradiciones y expresiones orales,

costumbres y lenguas, artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, su arte culinario, el derecho consuetudinario, su vestimenta, su filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.

La Corte resolvió que Paraguay violó el derecho de propiedad de la comunidad indígena Yakye Axa, por no tomar las medidas necesarias para garantizar el efectivo uso y goce del derecho a sus tierras tradicionales, amenazando con ello a su propia cultura.

2.4.1.3. En relación a la violación del derecho a la vida⁴⁶²

La Corte consideró que ésta ha de analizarse en el contexto de la reivindicación por su tierra de la comunidad indígena Yakye Axa. El derecho a la vida es fundamental, porque al no respetarse, todos los demás derechos desaparecen. Esto incluye el que se generen condiciones de vida digna que el Estado debe asumir y garantizar, especialmente en el grupo de personas que se encuentran en especial vulnerabilidad. Los miembros de la comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria como consecuencia de la falta de justicia de acceso a su tierra, por lo que mantienen una protesta al lado del camino, dadas las condiciones adversas para conseguir agua limpia, comida, realizar sus actividades de caza o pesca, el poder cultivar, recolectar alimentos o tener una vivienda con servicios sanitarios básicos. Se afectan otros derechos como el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, el

⁴⁶² Art. 4.1 de la Convención Americana.

derecho a la alimentación, el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, dentro del contexto de otros convenios y pactos internacionales. Por lo que, si bien es cierto que los miembros de la comunidad han decidido vivir al lado del camino en condiciones insalubres, lo que ha causado la muerte de 16 de los miembros del grupo, el Estado a pesar de esta situación no ha permitido el acceso a sus territorios ancestrales, ni ha tomado medidas específicas que garanticen los servicios de salud y apoyo al pueblo indígena u ofrecido alternativas, previa consulta para los indígenas que se encuentran en tales situaciones, por lo que se han deteriorado sus condiciones de vida, especialmente a los niños y ancianos. Por tanto, Paraguay es responsable de la violación, por no adoptar medidas frente a las condiciones que han afectado el derecho a la vida digna de la comunidad indígena, y especialmente por la muerte de 16 personas que fallecieron por causas que pudieron evitarse de tomar tales medidas de emergencia.

El Estado de Paraguay fue condenado a distintas formas de reparaciones, a fin de resarcir el daño en lo individual y en lo colectivo a los miembros de la comunidad Yakye Axa en su conjunto. Así, se estableció:

- El pago de US \$45,000.00 dólares americanos por concepto de gastos de las movilizaciones efectuadas para la defensa del territorio, una parte se entrega a los representantes legales y otra a los líderes de la comunidad que deberán decidir como aplicarlos de conformidad a sus usos y costumbres.

- El pago de US \$950.000.00 dólares americanos por concepto de pago de daño inmaterial a las víctimas por el sufrimiento causado. Mismo que deberá aplicarse a un fondo comunitario que será destinado a la mejora de las

condiciones de vida de los miembros de la comunidad, en el que existirá un representante de las víctimas.

- Entregar los territorios tradicionales a la Comunidad Indígena Yakye Axa, aunque estableció que no le compete determinar cuál es el territorio ancestral; por lo que el Estado debe delimitar, demarcar y entregar las tierras comunitarias de forma gratuita. El territorio ha de considerar las prácticas ancestrales de los miembros de la comunidad como la caza y la pesca dentro del vasto territorio que se denominó Chanawatsan. Refiere que tendrá un plazo de 3 años contados a partir de la sentencia. Deberá crear un fondo destinado a la adquisición de estos territorios a los particulares. En dicho territorio deberá ofrecer servicios básicos como salud o educación. En tanto se ejecute la sentencia, deberá establecer mecanismos de subsistencia de manera inmediata, como el suministro de agua potable, atención médica, medicamentos, así como entregar alimentos, facilitar letrinas y educación mínima.

- Que Paraguay deberá crear un procedimiento interno que permita acceder de manera eficaz a la reclamación del derecho a la tierra ancestral por parte de las comunidades indígenas, para materializar sus derechos consuetudinarios, y ejercicio de sus valores, usos y costumbres.

- La realización de una ceremonia pública de reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, en el propio asiento actual de la Comunidad Indígena Yakye Axa. Dicho acto contará con los representantes de indígenas, y deberá celebrarse en guaraní, español y guaraní y difundirlo en los medios de comunicación.

- Publicar la sentencia en el diario oficial y en un diario de circulación nacional en enxnet, español o guaraní; además, de hacer una difusión radial por lo menos en cuatro ocasiones.

- El pago de US \$15,000.00 dólares americanos en concepto de gastos y costas, que deberán entregarse a los líderes de la comunidad.

2.4.2. ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA: LOS CONFLICTOS DE PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA Y PROPIEDAD PRIVADA, Y EL DERECHO A LA VIDA

La Corte estableció que en el caso de los pueblos indígenas existen resoluciones que obligan a tomar en cuenta las condiciones propias de la cultura indígena al interpretar las normas internas. Por lo que los Estados deben considerar estas características propias que diferencian a los miembros de las poblaciones indígenas de la población en general, y que forman su identidad cultural. Lo anterior para garantizar el pleno ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad.

Un aspecto destacable es que la Corte remarca que los pueblos indígenas son realidades históricas preexistentes al Estado, de forma que el reconocimiento de sus derechos al territorio no está sujeta a que se les reconozca la personalidad, sino que éstos tienen reclamos legítimos sobre la tierra. Es importante también destacar que la Corte explica los elementos materiales e inmateriales que van unidos al territorio.

La Corte, al analizar el alcance de la protección que establece el artículo 21 del derecho de propiedad en el caso de conflictos entre la propiedad comunal indígena y la propiedad particular, refiere que los pueblos indígenas

no tienen un derecho a ganar, sino que se debe analizar cada uno de los casos e identificar cuáles son los intereses que se encuentran en conflicto. De manera que se ha de ponderar la argumentación e identificar el valor cultural, espiritual y de supervivencia que tiene el territorio para los miembros de la comunidad y sus futuras generaciones.

Por último, la Corte establece que, en este caso, la lucha que mantiene el pueblo indígena sobre su territorio ha deteriorado sus condiciones de vida digna. De forma que el Estado es responsable de la violación del derecho a la vida, al no realizar acciones de emergencia que de forma específica eviten el deterioro de la salud de las poblaciones indígenas que se encuentren en condiciones precarias, especialmente los niños y los ancianos que son las poblaciones más vulnerables.

2.5. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay⁴⁶³

La Comisión presentó una denuncia contra Paraguay por la violación del derecho a la vida (artículo 4 de la Convención), el derecho a la integridad personal (artículo 5), derecho a la propiedad (artículo 21), derecho a las garantías judiciales (artículo 8), derecho a la protección judicial (artículo 25) de la Convención Americana, y el incumplimiento de sus obligaciones de respetar derechos (artículo 1), y el deber de adaptar su derecho interno a las obligaciones internacionales (artículo 2). Las violaciones anteriores redujeron

⁴⁶³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia 29 de marzo de 2006.

los derechos de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa por no garantizar su territorio ancestral, al no respetar la propiedad, ni la posesión de sus tierras.

La Comunidad Indígena en cuestión reivindicaba las tierras del Chaco paraguayo. Dicho territorio, al igual que el caso anterior, les fue despojado sin informarles y sin su consentimiento cuando en el siglo XIX fueron vendidos en la bolsa de Londres a empresarios británicos, quienes se instalaron en sus territorios, al igual que comunidades religiosas, con fines de pacificar y evangelizar a la población indígena.

Los Sawhoyamaxa se han dedicado fundamentalmente a la recolección, caza y pesca en sus territorios, por lo que estacionalmente se desplazaban con esos fines por su territorio.

Debido a la Guerra entre Paraguay y Bolivia, el territorio del Chaco fue dividido, los pobladores indígenas pasaron a ser peones y empleados de los nuevos ocupantes no indígenas. Desde entonces, su territorio ha sido privatizado y fraccionado progresivamente. Por lo que a los miembros de la comunidad se les restringió el desplazamiento para realizar sus actividades tradicionales y se les obligó a incorporarse a la economía mediante la sedentarización y el trabajo asalariado, perdiendo su forma de vida.

El pueblo indígena Sawhoyamaxa vive en condiciones de pobreza extrema, bajos niveles de salud, explotación laboral, restricciones de poseer cultivos, ganado y practicar sus actividades libremente sus actividades tradicionales de subsistencia. Los propietarios de las estancias reclamadas como su territorio han empeorado sus condiciones de supervivencia. Ante la imposibilidad de ingresar a sus territorios, viven en extremas condiciones de precariedad por la escasez de agua potable, caza, pesca y recolección. Tampoco han logrado cultivar por la sequía que ha sufrido la zona. El Estado ha hecho una declaratoria de emergencia que no ha mejorado sus duras condiciones de vida.

Los miembros de la comunidad se encuentran asentados en “Santa Elisa” y Kilómetro 16, sus casas son muy precarias y no cuentan con servicios básicos. De manera furtiva ingresan a los territorios que reclaman para realizar recolección de frutos, miel y efectuar caza y pesca. No cuentan con servicios de salud, médicos, ni medicinas, ni con escuela indígena propia.

2.5.1. LOS CRITERIOS DE LA CORTE

2.5.1.1. En relación con la violación a los derechos de protección judicial y garantías en la administración de justicia

La Corte se pronunció en lo que toca a los procedimientos de reconocimiento de líderes, procedimiento de obtención de la personalidad jurídica, las medidas de no innovar sobre los territorios reclamados y el procedimiento de reivindicación de sus tierras. En relación a los procesos, el Estado no justificó la demora en los mismos, ni tampoco garantizó la medida de

no innovar sobre los territorios; de manera que el Estado incumplió el plazo razonable para satisfacer la petición de tierras por una demora de más de 13 años desde la petición al momento de la emisión de la sentencia. El procedimiento administrativo y agrario es abiertamente inefectivo. Por lo que el Estado violó los derechos establecidos en el artículo 8 y 25 de la Convención americana.

2.5.1.2. Respecto al derecho de propiedad

La Corte, en relación al reclamo de la violación al derecho a la propiedad establecido en la Convención Americana, recuerda que, según ha establecido, ha de analizarse conforme a la evolución que ha tenido el Tribunal a la luz del acuerdo 169 de la OIT y a las reglas generales para interpretar los Derechos Humanos y el derecho internacional. Por lo que debe tomarse en cuenta la vinculación que tienen los pueblos indígenas con su tierra tradicional, los recursos naturales ligados con su cultura y los elementos incorporables que deben ser salvaguardados. La cultura indígena debe ser salvaguardada de una forma particular a partir de su estrecha vinculación entre cultura y tierras tradicionales, dado el principal sustento de su forma de existencia y que es parte integrante de su cosmovisión, religiosidad y por ende identidad cultural. Su forma de vida tiene una importante dimensión individual y otra colectiva de manera que tiene una relevancia especial la cultura y sus valores espirituales con sus señas de identidad. La dimensión colectiva significa que el sentido de pertenencia no se centra en el individuo, sino en el grupo y su sentido de comunidad. Su concepción de dominio y posesión de la tierra no corresponde al concepto clásico del derecho de propiedad. Desconocer esta dimensión

implicaría que sólo existe una forma de disfrutar del derecho de propiedad, lo que implica desconocer la protección de su derecho conforme a la Convención. La protección del concepto indígena implica la protección de sus tierras y de los elementos naturales incorporables como bienes que se desprenden de ellos. Como corresponde a todos los bienes muebles e inmuebles apropiables por la persona y cualquier otro bien material e inmaterial susceptible de tener valor.

Al igual que el caso anterior, se reconoce que los pueblos indígenas son grupos anteriores a la formación del Estado, con identidad cultural y una relación con el hábitat con características propias comunales y dominio sobre sus tierras, así como una serie de derechos específicos. El asentamiento de las comunidades indígenas comprende un área física conformada por el núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y entorno, ligados a su tradición cultural. El Estado no niega el derecho que tienen los Sawhoyamaxa a contar con sus tierras propias, y que la caza, pesca y recolección son elementos esenciales para su cultura, así como que los territorios que reclaman como propios son a los que tienen derecho por ser su hábitat tradicional. El punto es nuevamente la realización efectiva de ese derecho de propiedad.

El Tribunal realiza una recapitulación de los principales casos sobre posesión de tierras por parte de los pueblos indígenas y afroindígenas que la Corte ha conocido⁴⁶⁴. Establece las siguientes conclusiones: “1) *La posesión tradicional de los indígenas sobre la tierra tiene efectos equivalentes al título de*

⁴⁶⁴ El caso del pueblo Awas Tigni, el caso de la comunidad Moiwana y el caso Yankye Axa. En algunos de ellos determinó, como hemos visto, que los pueblos habían sido dueños legítimos de sus tierras tradicionales y que habían dejado de poseerlas por actos de violencia que les impidieron seguir ocupándolas; y, en otro caso, se determinó que los miembros de la comunidad indígena tenían derecho a solicitar la reivindicación del territorios tradicionales, y que incluso el derecho interno les facultaba a hacerlo, por lo que se condenó al Estado a identificar dichas tierras y entregarlas a los indígenas de manera gratuita.

pleno dominio que otorga el Estado; 2) La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir reconocimiento oficial de su propiedad y su registro; 3) Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de su propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo en los casos en que las tierras han sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas a terceros inocentes tienen derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas⁴⁶⁵”. Por tanto, el pueblo indígena tiene derecho a solicitar la entrega de la tierra tradicional.

También se analiza la limitación temporal del derecho a la recuperación del territorio. Para la Corte, el derecho de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación con sus tierras tradicionales. En tanto dicha relación exista el derecho a la reivindicación del territorio permanecerá vigente. La relación con su tierra se manifiesta de diversas formas, que pueden incluir expresiones espirituales o ceremoniales, cultivos esporádicos, la caza, pesca o recolección estacional o nómada, el uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, poblaciones o cualquier manifestación cultural. Si los pueblos indígenas se han visto impedidos a realizar sus actividades tradicionales por actos de violencia o por otros impedimentos, el derecho a la recuperación del territorio persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.

⁴⁶⁵ Párrafo 128 de la Sentencia.

Aplicado esto al caso, la Corte entendió que al pueblo Sawhoyamaxa se le ha impedido realizar sus actividades tradicionales en su territorio, por lo que el derecho a reivindicar la recuperación de su territorio no había caducado.

Sentado lo anterior, entra a analizar los posibles casos en que el Estado se ve imposibilitado de realizar acciones que permitan la recuperación del territorio a los pueblos indígenas, entre ellos, el conflicto con la propiedad privada. Precisa los criterios establecidos en el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa, para cuando no proceda la devolución; y en estos supuestos, de forma justificada y fundamentada el Estado deberá de entregar tierras alternativas de la misma calidad y extensión de manera consensuada con los pueblos indígenas respetando sus formas de consulta tradicional. No obstante, la Corte recuerda que no le corresponde determinar cuál derecho a la propiedad (individual o comunal) debe prevalecer, toda vez que eso corresponde al régimen de derecho interno de Paraguay, limitándose a analizar si dentro de los procedimientos existieron violaciones a los derechos humanos conforme a la Convención.

En el caso concreto, el Estado alegó tres razones que le imposibilitaban entregar los territorios reclamados: 1) Que las tierras reclamadas han pasado desde hace mucho tiempo de propietario en propietario y están debidamente inscritas; 2) Que las tierras se encuentran debidamente explotadas; y 3) Que el propietario de las tierras está amparado por un tratado de la República de Paraguay y la República Federal de Alemania, que es Ley en la nación.

Para la Corte, estos tres argumentos no son por sí mismos un motivo objetivo y fundamentado, ya que el derecho de petición carecería de sentido y se forzaría a los indígenas a aceptar la voluntad de los propietarios y las tierras

alternativas a las reclamadas o las indemnizaciones. La pauta que establece la Corte para valorar caso por caso las exigencias de los pueblos indígenas son la legalidad, la proporcionalidad y el logro del objetivo legítimo en una sociedad democrática de restringir el derecho de propiedad privada –la utilidad pública y el interés social- por un lado, y el derecho a las tierras tradicionales. De igual manera, el argumento de que las tierras se encuentran plenamente explotadas pone en cuestión la propiedad indígena desde el punto de vista de la productividad y régimen agrario.

En cuanto al argumento del Estado de la existencia de un tratado con Alemania carece de relevancia, ya que según el propio Estado es posible expropiar la propiedad por causas de utilidad o interés público, lo cual justificaría la devolución de las tierras comunales a las comunidades indígenas, toda vez que el cumplimiento de los acuerdos comerciales no justifica el incumplimiento de obligaciones multilaterales sobre los derechos humanos.

En consecuencia, la Corte rechazó los argumentos del Estado para no hacer efectivo el derecho a su territorio que demandaba el pueblo Sawoyamaxa, por lo que determinó que Paraguay violó en perjuicio de esta comunidad indígena el derecho a la propiedad de la tierra del pueblo indígena.

2.5.1.3. En relación con la violación al derecho a la vida

La Corte analiza el argumento de la Comisión consistente en responsabilizar al Estado por las malas condiciones en la que han vivido y actualmente viven los miembros del pueblo Sawhoyamaxa, de las cuales el Estado niega ser responsable. Señala la Corte que el derecho a la vida es un

derecho fundamental que no puede suspenderse ni restringirse, y que de su disfrute depende el goce de los demás derechos. Por lo que el Estado debe garantizar el cumplimiento de este derecho inalienable. Este derecho impone no sólo obligaciones negativas al Estado, de no privar de la vida, sino también de mantener condiciones apropiadas de proteger y respetar el derecho a la vida. Por lo que el Estado debe de ser capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por agentes estatales o particulares y salvaguardar el derecho a unas condiciones de vida digna.

No existe duda en cuanto a las malas condiciones incompatibles con una existencia digna en las que se encuentran los miembros de la comunidad indígena, además de la carencia de tierra, el desempleo, el analfabetismo, las tasas de morbilidad de enfermedades evitables – han muerto 19 personas-, la desnutrición, las precarias condiciones de vivienda, de servicios de salud, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales. El Estado debió de tomar medidas para suministrar atención en los servicios de salud a los indígenas, así como la medicación.

Por lo que la Corte consideró que el Estado fue responsable de la violación del derecho a la vida, en la medida en que no adoptó medidas positivas necesarias para que de forma razonable se evitara poner en riesgo a algunos miembros de la comunidad indígena⁴⁶⁶.

2.5.1.4. En relación con la violación al reconocimiento de la personalidad jurídica

⁴⁶⁶ En relación a la violación al derecho a la integridad personal, establece la Corte que dichas violaciones ya fueron valoradas en el punto anterior por lo cual no encuentra pertinente entrar en la discusión.

En este punto, la Corte se está refiriendo a la falta de registro y documentación oficial de varios miembros de la comunidad indígena. Estima que Paraguay ha de mantener mecanismos que permitan el registro e identificación de los miembros de la comunidad, los cuales deben de ser accesibles jurídica y geográficamente para hacer efectivo el derecho a la personalidad. Por lo que, para la Corte, el Estado violó este derecho en perjuicio de varios miembros de la Comunidad Indígena.

2.5.2. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE: LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA REIVINDICACIÓN DE LA TIERRA INDÍGENA

Uno de los aspectos más importantes de la presente sentencia es lo concerniente al derecho que tienen los pueblos indígenas a reivindicar la propiedad de sus territorios. Frecuentemente se discute si los pueblos indígenas tienen derechos sobre una tierra que no poseen desde hace mucho tiempo y que siguen reclamando como propia. Aquí la Corte pone claridad al respecto al afirmar que los indígenas tienen derechos de propiedad en los siguientes casos:

- a) Cuando poseen su tierra tradicional.
- b) Cuando no poseen la tierra tradicional por causas ajenas a su voluntad.

Por lo que, en tanto exista la causa que impide a los pueblos indígenas volver a poseer su territorio, éste se mantiene en el tiempo, de forma que su reivindicación no caduca. En consecuencia, la posesión del territorio no es requisito indispensable para reclamar la propiedad de un territorio indígena.

La Corte parte del criterio de que la posesión del territorio ancestral por parte de la Comunidad indígena es suficiente título para reivindicar el derecho y exigirle al Estado el reconocimiento de este derecho a través del registro de las tierras a su nombre.

La Corte no desconoce que, en caso de que los pueblos indígenas no tengan la posesión y exista un tercero de buena fe que la haya obtenido mediante cualquier título legítimo, también tenga éstos derechos de propiedad sobre el territorio. Vuelve nuevamente a analizar y determinar los criterios en caso de conflicto de derecho de propiedad, debiendo el Estado convenir un mecanismo de solución de conflicto de derechos de propiedad, ambos amparados por la Convención Americana. En ese supuesto y ante la imposibilidad del Estado de entregar el territorio reivindicado por la comunidad indígena, debe el Estado tomándoles en cuenta de acuerdo a sus costumbres, proponer otras formas de satisfacción de su demanda, dentro de las que cabría otorgar otros territorios de la misma calidad y extensión o, en su caso, alguna otra forma de indemnización.

2.6. Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam⁴⁶⁷

La Comisión IDH demandó al Estado de Surinam por la presunta violación de los derechos de la Comunidad Tribal del pueblo de Saramaka, en relación al derecho al uso y goce de su territorio ancestral, así como a la falta de protección judicial al efectivo acceso a la justicia. En este caso, la Comisión demandó a la Corte que se declarara la responsabilidad internacional del

⁴⁶⁷ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 24 de noviembre de 2007.

Estado por la violación de su derecho a la propiedad de su tierra (artículo 21), el derecho a la protección judicial (artículo 25) conforme al contenido del artículo 1º (obligación de respetar derechos) y 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana. De igual manera los representantes de las presuntas víctimas alegaban que el Estado había violado el artículo 3º⁴⁶⁸ de la Convención Americana, que regula el derecho al reconocimiento de la persona jurídica, al no reconocer la personalidad jurídica del pueblo Saramaka.

2.6.1. CUESTIONES PREVIAS

En el planteamiento del presente caso existían un conjunto de controversias respecto de los hechos que fueron objeto de varias excepciones preliminares. Merece la pena detenerse en algunas de ellas, por ser las más ejemplarizantes para los pueblos indígenas y tribales.

En su conjunto el Gobierno de Surinam no reconoció que los denunciantes representaran a la comunidad tribal de los Saramakas, por lo que se impugnó su legitimidad para presentar la demanda tanto ante la ComisiónIDH como ante la Corte IDH, al argumentar que los denunciantes no consultaron al Gaa'man, quien es la autoridad máxima de los Saramaka. A este respecto, la Corte recuerda al Estado que conforme a la Convención Americana, cualquier persona⁴⁶⁹ o grupo de personas puede presentar quejas o denuncias por las violaciones a los derechos establecidos en la Convención.

⁴⁶⁸ Art. 3º. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

⁴⁶⁹ Art. 44. de la Convención Americana: *“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización,*

Por otro lado, los representantes tribales alegaron que el origen de las violaciones se remontaba a la construcción de una presa en la década de los años 60, con el consecuente desplazamiento de su tierra ancestral; posteriormente la concesión a terceros de explotaciones forestales y mineras sigue afectando a su forma de vida tradicional hasta la fecha, manteniendo efectos continuados. El Estado de Surinam niega, por una parte, el reconocimiento del derecho a tal territorio, por lo que no contempla impedimento alguno para otorgar tales explotaciones de recursos naturales a terceros. Además de que la construcción de la presa en la década de los 60 es un hecho anterior a la existencia del Estado, cuando era colonia del Reino de los Países Bajos⁴⁷⁰, y también es anterior a la firma de la Convención Americana de los Derechos Humanos⁴⁷¹, lo que objeta mediante la impugnación preliminar por falta de competencia *ratione temporis*. El Estado niega la responsabilidad por concepto de “violaciones continuas”, porque considera que es una doctrina que no le sujeta conforme al derecho internacional y que ha surgido muy recientemente. En relación a este punto, la Corte establece que es competente para conocer las violaciones en los términos del artículo 62.3⁴⁷², fecha –12 de noviembre 1987– en que Surinam reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

puede presentar ante la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

⁴⁷⁰ Surinam se independizó el 25 de noviembre de 1975.

⁴⁷¹ Surinam ratificó la Convención Americana el 12 de noviembre de 1987.

⁴⁷² Art. 62.3 de la Convención Americana: *“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.*

2.6.2. CRITERIOS SENTADOS POR LA CORTE

Debido a la interrelación de los argumentos presentados ante la Corte, ésta analizó las posibles violaciones de los artículos 2º, 3º, 21 y 25 de la Convención Americana en su conjunto. Por lo que ordenó su análisis en torno a las siguientes cuestiones:

2.6.2.1. Protección de los derechos de los no indígenas tribales

La primera cuestión que analizó la Corte fue si los Saramaka conforman una unidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen sus derechos. La Corte se apoyó en el hecho histórico de que el pueblo Saramaka no es un pueblo indígena de la región, sino que se estableció alrededor del siglo XVII, llevados por la colonización europea como esclavos africanos, y que en dicha región conformaron comunidades autónomas organizadas en clanes en la región superior del río Surinam. Su organización se estableció entorno al linaje materno y practican sus propias costumbres y tradiciones, mantienen sus autoridades políticas dentro de su comunidad. También mantienen una relación espiritual con su territorio ancestral, de forma que su vinculación con la tierra va más allá de simple sustento, es la fuente de su vida comunitaria e identidad cultural. Es parte de su esencia espiritual, en ella se encuentran sus ancestros, sus sitios sagrados y realizan sus actividades de economía tribal conforme a sus costumbres: caza, pesca, recolección, siembra, cosecha, aprovechamiento de la madera, recolección del agua, etc. Su apego al territorio está vinculado con su lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada “La primera vez”. De acuerdo con lo anterior, la Corte consideró que el pueblo

Saramaka conforma una unidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes al resto de la población nacional de Surinam.

Partiendo de ello, la Corte recuerda que los miembros de los pueblos indígenas y tribales requieren, para el pleno ejercicio de sus derechos, un especial respeto al goce de su derecho de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural. Para lo cual cita el caso *Moiwana*, en el que la Corte determinó que la comunidad tribal no indígena originaria basaba su relación con sus tierras ancestrales, no en el individuo sino en la comunidad en su conjunto, por lo que aplicaba la jurisprudencia de la Corte en torno a la propiedad comunal de su territorio conforme el artículo 21 de la Convención. Por tanto, determinó que los Saramakas requieren la misma protección especial en relación con sus territorios ancestrales conforme al derecho internacional de los Derechos Humanos a fin de garantizar su supervivencia. Sobre esta cuestión nos vamos a detener en el siguiente apartado.

2.6.2.2. Respecto del derecho de propiedad de los pueblos tribales

La Corte refiere que existe una vinculación entre los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, los recursos naturales y su cultura, así como los elementos incorporales, mismos que están salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana que regula el derecho a la propiedad privada. Confirma los precedentes de la Corte en los casos *Awas Tigni* y *Sawhoyamaya*, en la que avaló la concepción de propiedad y posesión indígena reconocida como la propiedad comunal con significación colectiva compatible con la protección que otorga el artículo 21 de la Convención Americana. Como ya afirmó en estos casos, esta relación especial de los

integrantes de los pueblos indígenas y tribales con su territorio permite garantizar la supervivencia tanto física como espiritual de la Comunidad. Por tanto, a fin de tener una efectiva protección del artículo 21 en la modalidad de propiedad comunal indígena, el Estado de conformidad con sus obligaciones establecidas en el artículo 1º y 2º de la Convención Americana está obligado a adoptar medidas especiales para garantizar esta forma de propiedad en ejercicio pleno e igualitario del derecho a su territorio ocupado conforme a sus tradiciones.

También la Corte, en aplicación al artículo 1.1 de la Convención Americana que establece la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos sin distinción alguna (cual es el caso de la propiedad indígena referida en el párrafo anterior), analiza las obligaciones surgidas al Estado en aplicación a otros tratados y fuentes de derecho interno, para sustentar los derechos de los pueblos tribales al territorio y sus recursos. Con fundamento en el artículo 29.b⁴⁷³ de la citada Convención, en anteriores sentencias contra Nicaragua⁴⁷⁴ y Paraguay⁴⁷⁵-, la Corte tuvo en consideración lo establecido en el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales⁴⁷⁶.

En este caso, se daba la particularidad de que Surinam no reconoce la propiedad comunal en su derecho interno y no había suscrito el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, si había suscrito el Pacto Internacional de Derechos

⁴⁷³ Artículo 29.b. de la Convención Americana refiere: “Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda ser reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en el que sea parte uno de dichos Estados”.

⁴⁷⁴ *Awás Tigni vs. Nicaragua*.

⁴⁷⁵ *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*.

⁴⁷⁶ Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo. 1989.

Civiles y Políticos⁴⁷⁷, así como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁷⁸, en el que el Comité de Expertos que supervisa el cumplimiento del pacto, ha interpretado que el artículo 1º⁴⁷⁹ es aplicable a los pueblos indígenas. Refiere que *“los pueblos podrán proveer a su desarrollo económico, social y cultural y pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales”*. Por lo que la Corte entiende que, en cumplimiento del artículo 29.b) de la Convención Americana, no puede interpretar el artículo 21 del mismo instrumento en el sentido de limitar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos pactos. Por lo que a los Pueblos Tribales en ejercicio del mismo razonamiento y por compartir muchas de las características sociales, culturales y económicas con los pueblos indígenas les aplica el contenido de los pactos.

De la misma forma, la Corte cita las obligaciones de Surinam en relación al artículo 27⁴⁸⁰ del PIDCP y el artículo 21 de la Convención Americana y considera exigible a Surinam el derecho de los pueblos indígenas y tribales a

⁴⁷⁷ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas. 1966.

⁴⁷⁸ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas. 1966.

⁴⁷⁹ El artículo 1º del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. refiere: *“Artículo 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”*.

⁴⁸⁰ Artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dice: *“Artículo 27 En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y prácticas su propia religión y a emplear su propio idioma”*.

que determinen su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres en la forma de propiedad comunitaria.

Por lo que la Corte concluye que los miembros del pueblo Saramaka conforman una unidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos y garantiza el derecho a la propiedad comunal. De ahí que el Estado de Surinam tenga la obligación de garantizar el derecho y la protección de ese territorio comunal.

Una vez fijado lo anterior, la Corte entra a analizar si el Estado ha reconocido el derecho a la propiedad a los miembros del pueblo Saramaka que deriva del sistema comunal de propiedad. Entiende la Corte que, a pesar de los precedentes establecidos por la Corte, así como la serie de acuerdos internacionales incluyentes de los derechos de los pueblos indios y tribales, Surinam no reconoce legalmente los derechos de los pueblos indígenas y tribales respecto a sus tierras, recursos y territorios comunales.

El Estado de Surinam admite que la Constitución de 1987 no reconoce explícitamente esos derechos comunales de propiedad, aunque argumenta que muchas Constituciones tampoco lo hacen. Sin embargo, alega que su legislación interna sí establece algunos derechos que puede ejercer el pueblo Saramaka, como por ejemplo, los contemplados en el decreto de Explotación Minera y en la Ley de Gestión Forestal. La Corte, al analizar el contenido de tales normas, considera que limitan el alcance del respeto a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, puesto que sólo otorga a los integrantes un privilegio de usar la tierra y no les garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia

externa. El Estado en cualquier momento puede retirar tal privilegio y los terceros opacar el ejercicio del mismo, e impedir que los Saramakas puedan obtener el título de propiedad del territorio para gozar de forma permanente de su tierra. La Corte entiende que, en la práctica, a fin de obtener la certeza jurídica, el Estado ha de reconocer primero la posesión del territorio que ha usado y ocupado el pueblo Saramaka, realizando una demarcación y delimitación del mismo, consultando al pueblo y a sus vecinos, no haciendo un reconocimiento abstracto sino efectivo sobre su propiedad.

Aunque el Estado se comprometió a mejorar la codificación del actual sistema de propiedad de los pueblos tribales e indígenas, a la fecha no lo ha realizado. Por esa razón, el sistema sigue sin reconocer el derecho de propiedad del pueblo Saramaka, por lo que, según la Corte, no ha cumplido la obligación que establece el artículo 21 en relación a los artículos 2 y 1.1 de la Convención Americana.

2.6.2.3. Derecho al uso de recursos naturales y sus restricciones

La Corte analiza en qué medida los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente les pertenece.

La Corte refiere que, según los precedentes establecidos en los casos Yakyé Axa y Sawhoyamaya, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares a los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro del territorio. Sin el uso de esos recursos la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos corre riesgo, y el

pueblo se encuentra en peligro de extinción. El objetivo es que el pueblo indígena pueda seguir viviendo de acuerdo a su estilo de vida tradicional y que éste se encuentre garantizado por el Estado. El derecho al territorio carecería de sentido si los pueblos indígenas y tribales no tuvieran acceso a los recursos naturales del mismo. Por tanto, los recursos naturales que el pueblo ha usado tradicionalmente y que se encuentren en su territorio están protegidos en término del artículo 21 de la Convención Americana.

En relación con este derecho, la Corte también analiza en qué medida el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka. Si bien el pueblo Saramaka tiene derecho al uso de los recursos naturales que tradicionalmente ha utilizado en su forma de vida ancestral, la Corte refiere que este derecho de propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluto. Se reconoce que el Estado puede poner límites y restringir el uso y goce de esos bienes siempre que las restricciones cumplan cuatro condiciones: a) que se encuentren establecidas por la ley; b) que sean necesarias; c) que sean proporcionales; d) que tengan por fin el lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁴⁸¹. Por tanto, el Estado podrá restringir, bajo ciertos requisitos, los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, incluidos los recursos naturales.

La Corte a su vez impone al Estado un límite a las restricciones: éstas en modo alguno implicarán la denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del pueblo o sus integrantes.

⁴⁸¹ Punto 127 de la Resolución.

En este caso particular, la Corte señaló que el Estado ha de cumplir tres garantías: primero, ha de garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka de conformidad con sus costumbres y sus tradiciones; segundo, debe asegurar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio; y tercero, debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka hasta que entidades independientes realicen bajo su supervisión estudios previos de impacto social y ambiental. De manera que éstas serán garantías que permitan preservar y proteger a los miembros del pueblo Saramaka en su territorio.

La Corte abunda en la explicación del contenido de estas garantías referidas. Señala el deber de consulta al pueblo Saramaka, que el Estado ha de hacer la consulta de buena fe a través de procesos adecuados a fin de llegar a un acuerdo. El Estado ha de poner en conocimiento los posibles riesgos, incluidos los ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo propuesto con conocimiento de forma voluntaria. Por tanto, tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre e informado y previo de éstos según sus costumbres y tradiciones.

En suma, el Estado debe garantizar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka en la consulta, como requisito previo a la realización de planes de desarrollo dentro de su territorio. Debe ponerse especial énfasis en la forma de obtener el consentimiento de los mismos, que además de ser efectivo, debe de garantizarse que de acuerdo a sus costumbres se manifieste de manera libre, con carácter previo al proyecto y

que deban estar debidamente informados de los efectos, peligros, consecuencias y demás circunstancias de la realización del proyecto, con el fin de que tengan los elementos suficientes para formarse un criterio sobre el alcance y consecuencia de su determinación.

La Corte también considera necesario que el pueblo Saramaka participe de los beneficios de los proyectos en su territorio. El fundamento se encontraría en el artículo 21.2 de la Convención Americana, según el cual: *“ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa”*. De forma que, ante la afectación sufrida en cada caso, el pueblo Saramaka pueda participar de los beneficios derivados de la restricción o explotación puntual de sus derechos sobre una porción de su territorio y de sus recursos naturales.

Una vez admitida la posibilidad de otorgar concesiones, se entra a analizar si las ya otorgadas cumplen con las garantías establecidas conforme al derecho internacional.

Como se advierte, la Corte identificó el otorgamiento de diversas concesiones de explotación mineras y madereras, tanto a miembros de la comunidad tribal Saramaka como a externos a la misma. Como se ha señalado⁴⁸², para restringir legítimamente los derechos de propiedad comunal, se debe consultar a los miembros del pueblo Saramaka respecto a las afectaciones de los proyectos de desarrollo y compartir razonablemente los beneficios con ella, considerando los previos estudios de impacto ambiental y

⁴⁸²El derecho a usar y gozar del territorio tradicional no implica necesariamente un derecho similar en relación a sus recursos naturales, por lo que el Estado con sus respectivas limitaciones y garantías puede emitir concesiones que restrinjan el goce y uso de los recursos naturales.

social. Por ello, la Corte entiende que el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka, toda vez que no efectuó la consulta previa para el consentimiento informado de la comunidad tribal. Además, tampoco realizó los previos estudios de impacto ambiental y social al otorgar dichas concesiones –algunas de las mismas afectaron sitios sagrados del pueblo Saramaka–, causando inundaciones al bloquear los arroyos, y al destruir tierras productivas, que debieron abandonarse por su inutilidad, afectando a las cosechas tradicionales de la Comunidad. Tampoco pactó u otorgó ningún tipo de beneficio al pueblo Saramaka por la destrucción ambiental, de sus recursos, o los problemas sociales o de otro tipo causados. Ni posteriormente otorgó ningún tipo de indemnización por ello. Por lo que el Estado no cumplió ninguna de las tres garantías básicas: no garantizó la participación efectiva, no contempló ni otorgó beneficios compartidos y no realizó evaluaciones previas de impacto ambiental y cultural. En suma, el Estado permitió que se produjeran daños ambientales y sociales con un impacto negativo en la comunidad tribal en su territorio y en sus recursos naturales al no supervisar ni prever los daños al otorgar concesiones madereras. Por lo anterior, se produjo una violación al artículo 21 de la Convención Americana.

En relación a las concesiones otorgadas a empresas mineras auríferas, la Corte refiere que los Saramakas no reconocen como un elemento de su cultura la utilización del oro, además de que las concesiones mineras no han realizado operaciones a gran escala. Sin embargo, el Estado al igual que con las concesiones de explotación forestal, no ha respetado las tres garantías – consulta previa para el consentimiento tribal, compartir beneficios y efectuar

estudios de impacto ambiental y social– al otorgar la concesiones mineras, de forma que las mismas violan el artículo 21 de la Convención Americana.

2.6.2.4. La personalidad jurídica de la Comunidad Tribal

Otra de las cuestiones que resuelve la Corte es si la falta de reconocimiento del pueblo Saramaka como persona jurídica los convierte en inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir el título de propiedad comunal sobre sus tierras en calidad de Comunidad Tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de su derecho de propiedad.

La Comisión refiere la violación del artículo 3º de la Convención Americana, porque el Estado de Surinam no reconoce la personalidad jurídica del pueblo Saramaka. Al negarle el reconocimiento impide que sean designados propietarios de sus territorios al no reconocerles ningún derecho subjetivo comunal como grupo. Únicamente los miembros en lo individual podrían solicitar al Estado el *uso* de la tierra. Por ello, el pueblo tribal de los Saramakas solicita el reconocimiento de la personalidad jurídica como un pueblo distinto conforme al derecho de autodeterminación.

El Estado plantea tres cuestiones interesantes como defensa: en primer lugar, pone en cuestión la capacidad de cohesión del pueblo Saramaka, como titular independiente de derechos y obligaciones regido por sus propias leyes, regulaciones y costumbres, como sugiere el concepto de personalidad jurídica establecido en el artículo 3º de la Convención Americana; en segundo lugar, refiere que el mencionado artículo 3º garantiza que toda persona tiene derecho a ser reconocida en la ley, y no como un “pueblo distinto” como argumentan los

representantes; y por último, alega que el pueblo Saramaka nunca se acercó a los tribunales civiles internos para solicitar el reconocimiento legal de la tribu.

El Estado también cuestiona la pertenencia al grupo tribal Saramaka de algunos miembros que han migrado y viven en otros lugares, de forma que las tradiciones y costumbres referidas no aplicarían a los que han salido de la Comunidad. Sin embargo, para la Corte el hecho de que a algunos miembros se les cuestione su arraigo o sus vínculos, ello no implica que el conjunto de los miembros deba de ser cuestionado por el Estado.

Si el Estado no reconoce al pueblo Saramaka, éstos no pueden ejercer y gozar de sus derechos de propiedad en su conjunto. El Estado reconoce un derecho de propiedad a la persona en lo individual, sea Saramaka o no. Por lo que es evidente que bajo esta perspectiva es muy difícil proteger judicialmente un derecho de propiedad comunal en su conjunto, lo que deja en una situación vulnerable a la comunidad, de forma que el pueblo en su conjunto no puede solicitar la protección de sus derechos como personalidad jurídica distinta a sus miembros, y ello impide defender los derechos del artículo 21 de la Convención Americana.

La Corte encuentra que el pueblo Saramaka es una entidad tribal distinta a sus miembros, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o terceros, en tanto carezcan de capacidad jurídica de gozar colectivamente del derecho de propiedad y reclamar las violaciones a sus derechos ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe de reconocer a los integrantes la capacidad de ejercer sus derechos de manera colectiva. El camino que señala la Corte es mediante cambios legislativos que permitan gozar de tales derechos. Por lo que el Estado debe otorgar

condiciones judiciales y administrativas para realizar consultas con el pueblo Saramaka, para asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con un sistema de propiedad comunal que le permita el acceso a la justicia en igualdad.

Por lo anterior la Corte considera que el Estado de Surinam violó el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica conforme el artículo 3º en relación a los artículos 21, 25 de la Convención Americana. Debiendo adoptar medidas de derecho interno que protejan plenamente los deberes establecidos en la Convención conforme los artículos 2 y 1.1 de la misma.

2.6.2.5. Derecho al recurso judicial efectivo

Por último, la Corte analiza si existen recursos legales efectivos y adecuados disponibles en Surinam para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra los actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad comunal.

Para la Corte, el sentido del artículo 25 de la Convención Americana es que el Estado garantice un recurso judicial efectivo contra actos de violación de los derechos fundamentales. No basta la existencia de recursos formales o procedimientos. El Estado debe adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona son efectivos para reestablecer la violación. Por lo que la falta de éstos es una violación a la Convención Americana.

En aplicación de lo anterior, en este caso se consideró que Surinam había violado el derecho a la protección judicial del artículo 25, en relación al

artículo 21 y 1.1 de la Convención Americana, al no proporcionar recursos legales, adecuados y efectivos para los miembros del pueblo Saramaka con el fin de proteger la propiedad comunal tribal.

A la vista de todo lo dicho anteriormente, la Corte condenó al Estado de Surinam por la violación del derecho de propiedad del pueblo Saramaka protegido en el artículo 21; por la violación al derecho de reconocimiento a la personalidad del artículo 3º; por la violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25; todos ellos relacionados con los artículos 1º y 2º de la Convención americana y le obligó a:

- Delimitar, demarcar y otorgar un título de propiedad colectivo sobre el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado conforme a su derecho consuetudinario.
- Reconocer a los miembros del pueblo tribal Saramaka como una persona jurídica colectiva, correspondiente a una comunidad, con pleno derecho al goce y ejercicio de su propiedad comunal.
- Modificar las normas de derecho interno, con el fin de que éstas reflejen la protección del derecho de propiedad comunal del pueblo Saramaka, incluyendo sus recursos naturales que han utilizado de forma tradicional.
- Modificar las normas de derecho interno, para integrar el derecho a ser consultados, según sus tradiciones y costumbres y compartir razonablemente los beneficios por las afectaciones realizadas en su territorio.
- Asegurar que las concesiones obtendrán previamente los estudios de impacto ambiental y social a fin de minimizar los perjuicios que pudieran ocasionarse.

- Modificar su derecho interno para que el pueblo tribal pueda tener recursos efectivos contra actos que violan su derecho al uso y goce de su propiedad comunal.
- Traducir la resolución al holandés, publicarla en el boletín oficial del Estado, en un diario de circulación nacional, además de transmitirla por radio en lengua Saramaka.
- Al pago de distintas cantidades económicas por concepto de pago de daños materiales, inmateriales, gastos y costas.

2.6.3. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

2.6.3.1. La interpretación del conjunto de los Tratados

La Corte ha establecido en esta sentencia un interesante precedente para ampliar el uso y goce de los derechos de los pueblos indígenas. Para ello, hace uso de otros tratados internacionales –Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –, en conjunto con los artículos 1º, que se refiere a la obligación de respetar los derechos y libertades de la convención sin discriminación alguna; 2º, relativo al deber de adoptar disposiciones de derecho interno; 21, que se refiere al derecho de propiedad; y el 29 b, que prohíbe a la Corte que limite el ejercicio o goce de cualquier derecho o libertad al realizar una interpretación de la Convención Americana, las leyes internas del Estado o cualquier otra convención de la que el Estado se parte. Y así, aunque el Estado de Surinam no reconoce en su derecho interno la propiedad comunal tribal, ni ha firmado el acuerdo 169 de la OIT, sí se ha obligado

mediante la firma de otros tratados internacionales, además de la Convención, a respetar los derechos indígenas y tribales. Por lo que la Corte se convierte en este caso en el garante del respeto a los derechos culturales y territoriales del pueblo tribal Saramaka, expresándole al Estado que había incumplido su obligación de respetar estos derechos.

2.6.3.2. La vinculación del territorio y sus recursos naturales

La Corte enfatiza la importancia de que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar con su estilo de vida, haciendo uso de los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado en su territorio a efectos de no enfrentar su extinción. No tiene sentido tener un derecho a su tierra –protegido por el artículo 21 de la Convención –, pero no a sus recursos naturales, pues lo necesitan materialmente para continuar con su forma tradicional de supervivencia económica, social y cultural.

2.6.3.3. La doble vertiente sobre los recursos naturales como un derecho no absoluto

La Corte ha establecido que, si bien en este caso el pueblo tribal tiene derecho al uso de los recursos naturales que ha utilizado, este derecho de propiedad no es absoluto. Se puede restringir o limitar con las siguientes condiciones:

- a) que las restricciones se encuentren establecidas por la ley;
- b) que sean necesarias;
- c) que sean proporcionales;

d) que tengan por fin el lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁴⁸³.

Sin embargo, existe también un límite al Estado: La restricción no puede poner en peligro la propia subsistencia del pueblo o sus integrantes.

En todo caso, las restricciones han de contar con tres garantías básicas previas para los pueblos indígenas y tribales por parte del Estado antes de la afectación:

a) El pueblo debe de ser consultado de buena fe previamente de forma efectiva, y en la consulta se debe establecer la suficiente información para que, como resultado de ésta, se de el consentimiento informado. La consulta se debe hacer de acuerdo a sus tradiciones y costumbres .

b) El Estado ha de garantizar un razonable beneficio para la comunidad.

c) Ninguna afectación deberá realizarse sin previamente haber efectuado y obtenido los estudios de impacto social y ambiental, con el fin de proteger tanto a la población como los recursos del territorio.

2.7. Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay⁴⁸⁴

La Comisión IDH demandó al Estado de Paraguay por la presunta responsabilidad internacional en contra de los derechos de propiedad ancestral del pueblo indígena Xámok Kásek. Desde 1990 se ha impedido a este pueblo la posesión de su territorio, lo que ha implicado el menoscabo de sus derechos

⁴⁸³ Punto 127 de la Resolución.

⁴⁸⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

alimenticios y unas condiciones sanitarias que amenazan la supervivencia y la integridad de sus miembros. La demanda se interpuso por la violación de los derechos establecidos en los artículos 3º, 4º, 8.1, 19, 21 y 25 de la Convención Americana que establecen los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a las garantías judiciales, los derechos del niño, a la propiedad privada y a la protección judicial. Todos ellos relacionados con la obligación de respetar derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno conforme a los artículos 1.1. y 2 de la misma Convención Americana. Vamos a analizar la Resolución, aunque previamente nos detendremos en una de las cuestiones que planteó con carácter previo el Estado con el fin de suspender el procedimiento, y que tiene que ver con la propia identificación de la comunidad indígena.

2.7.1. CUESTIONES PREVIAS

El Estado solicitó la suspensión del procedimiento, con el argumento de que los demandantes utilizaban distintas denominaciones como pueblo indígena. Para el Estado esto era un problema por no poder identificarlos exactamente, lo que a su vez le hacía imposible la regularización y titulación de sus tierras.

La Corte afirma que no le corresponde en su calidad de Tribunal, ni tampoco al Estado determinar la pertenencia étnica de la Comunidad Indígena, por corresponder ésta únicamente a la propia Comunidad Indígena, como parte de su autonomía. Por lo que se ha de respetar la denominación que ésta utiliza para autoidentificarse. Los miembros de la Comunidad indígena alegaron su composición multiétnica, y explicaron que mantienen una continuidad

geográfica, lo cual no fue negado o contradicho por el Estado. Se identifican como la Comunidad Xákmok Kásek, están compuestos mayoritariamente por miembros del pueblo Sanapaná y Enxet-sur, anteriormente conocidos como Lenguas. Por lo que la Corte determinó que la composición multiétnica es un hecho acreditado, y el Estado conocía o debió de conocer esta circunstancia por referencias históricas. Por ello, la Corte declaró improcedente la suspensión del procedimiento.

2.7.2. LOS CRITERIOS DE LA CORTE EN RELACIÓN CON LAS VIOLACIONES DE DERECHOS DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

La Corte analizó si el Estado había garantizado los derechos de propiedad de la Comunidad Indígena a sus tierras tradicionales, particularmente si se había hecho efectivo con posterioridad a la fecha⁴⁸⁵ en que el Estado reconoció la competencia contenciosa del Tribunal; por lo que verificó los hechos históricos establecidos como antecedentes. Vamos a exponerlos a continuación para una mejor comprensión de los criterios sentados por la Corte en esta Resolución.

La Corte encuentra que las comunidades indígenas de Paraguay no se ligaron a los intereses de la colonización española, y que fue a finales del siglo XIX cuando tuvieron contacto con la cultura europea y criolla. Vivían principalmente de la caza, recolección y pesca, recorrían la tierra utilizando las estaciones, por lo que utilizaban una gran extensión de territorio. Como ya se ha señalado al analizar otras Resoluciones sobre comunidades indígenas en Paraguay, el Estado vendió entre 1885 y 1887 grandes porciones de tierra en

⁴⁸⁵ Paraguay suscribió el Tratado el 11 de marzo de 1993.

la que habitaban los indígenas en la bolsa de valores de Londres para financiar los efectos de la guerra. A consecuencia de ello, propietarios de grandes latifundios se orientaron a la actividad agropecuaria, agricultura y explotación maderera. Paralelamente las misiones religiosas se asentaron en los territorios a fin de evangelizar a los indígenas, como consecuencia de ello, y dadas las limitaciones y prohibiciones para continuar realizando sus actividades tradicionales de subsistencia, los pueblos indígenas se vieron obligados a incorporarse como mano de obra barata en las nuevas actividades empresariales y obligados a la vida sedentaria. Los indígenas continuaron en su territorio, pero incorporados a la economía de mercado, sin reconocimiento y protección del derecho a ser propietarios de su tierra.

Este proceso naturalmente también afectó a los miembros de la Comunidad indígena Xámok Kásek, quienes no olvidaron sus derechos sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado, por lo que los líderes indígenas iniciaron en 1990⁴⁸⁶ un procedimiento administrativo a fin de recuperar 10,700 hectáreas de sus tierras tradicionales ante el Estado, mismas que se encontraban en manos de propietarios particulares. El Senado de Paraguay rechazó el proyecto de ley de expropiación de las tierras reclamadas por la Comunidad. Al fracasar la solicitud de tierras, los propietarios de las tierras reclamadas, que ya imponían restricciones en la forma de vida de la Comunidad –tenían prohibido cultivar la tierra o tener ganado –, endurecieron aún más las prohibiciones y les impidieron la movilidad en el territorio y la

⁴⁸⁶ Punto 69 de la sentencia: *“El 28 de diciembre de 1990 los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo ante el Instituto de Bienestar Rural (...) con el fin de recuperar sus tierras tradicionales, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley (...).”*

cacería, la pesca o la recolección⁴⁸⁷, contratando guardias particulares que controlaban sus movimientos, tanto entradas, salidas o desplazamientos dentro de su zonas. Por ello, otros pueblos indígenas otorgaron a la Comunidad Xámok Kásek 1,500 hectáreas para que pudieran vivir, sin que ésta última renunciara a la reivindicación de reconocimiento de propiedad de sus territorios reclamados, además de pedir la titulación al Estado de las tierras donadas. A la fecha dichas tierras no han sido tituladas a su favor.

Por otro lado, parte del territorio reclamado por la Comunidad Indígena, fue afectada por el Estado⁴⁸⁸ al declararlo “área silvestre protegida bajo dominio privado” por un lapso de 5 años, sin consulta previa. Bajo esta modalidad, existe una prohibición por ley que impide la ocupación de todo el terreno, así como las actividades tradicionales de la comunidad –recolección, caza, pesca –, estableciendo guardabosques armados y penalizando con multas y arrestos. La Comunidad Xámok Kásek interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra el decreto de declaratoria de la Presidencia, mismo que no se ha resuelto hasta la fecha por encontrarse suspendido el proceso.

2.7.2.1. Respecto al derecho a la propiedad comunitaria

La Corte recuerda que, mediante la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana, se ha establecido la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus territorios y sus recursos naturales, centrándose tal vinculación en la forma colectiva y comunitaria, más que en el individuo. Por lo

⁴⁸⁷ Punto 75 de la sentencia referida.

⁴⁸⁸ Decreto de la Presidencia de la República 11,804 de fecha 31 de enero de 2008.

que la noción de dominio y posesión de la tierra no corresponde a la clásica concepción de propiedad. Que dicha noción se encuentra igualmente protegida por la Convención Americana, porque no se puede desconocer el derecho de los pueblos indígenas a usar y gozar de los bienes del territorio conforme a sus propios usos y costumbres. A su vez, el Estado no niega la existencia de tal derecho de propiedad comunitario, sino que, al igual que en casos anteriores, la controversia se centra en la restitución específicamente de las tierras reclamadas y la realización efectiva del derecho de propiedad.

En este sentido, el Estado no niega el reconocimiento de sus obligaciones de restitución de derechos de propiedad de los pueblos indígenas, pero sí cuestiona en este caso la específica vinculación de la comunidad con el territorio que se reclama, en la medida en que los pueblos indígenas eran nómadas y que ocupaban un territorio mayor al hacer sus desplazamientos. Por lo que, si bien pudieron utilizar ese territorio en sus recorridos, ello no les habilita para reclamarlos como propios. Por ello, la Corte analizó el carácter tradicional de esas tierras para la Comunidad Xákmok Kásek desde cuatro perspectivas: a) La ocupación y recorrido de las tierras por la comunidad indígena, b) la toponimia de la zona, c) estudios técnicos y d) la idoneidad alegada de las tierras que reclama. Vamos a verlas:

a) Respecto de la *ocupación del territorio*, la Corte entiende que efectivamente dichos pueblos indígenas eran nómadas, y que se desplazaban dentro del territorio que reclaman en movimientos circulares o de manera radial, siguiendo un ciclo anual de la naturaleza. Los indígenas señalaron los lugares en que realizaban sus actividades tradicionales de subsistencia –caza, pesca, recolección –, zonas de actividades mortuorias, identificación y uso de

plantas medicinales, así como aspectos relevantes de su historia. Recordó la Corte que el territorio específico es un aspecto relevante para la protección de los derechos de la propiedad para los miembros en la actualidad. Por otra parte, a causa de las limitaciones que les impusieron los patrones propietarios, los indígenas tuvieron que agruparse en las estancias y aldeas con fines de control, por lo que salieron obligados de las tierras y poblaciones que conservaban. Debido al endurecimiento de las condiciones, finalmente tuvieron que desplazarse al territorio que les donaron otras comunidades indígenas. Con base en lo anterior, la Corte afirmó que en el territorio tradicional que reclamaban era parte de su recorrido nómada y que en el existen puntos de referencia de su vida, cultura e historia.

b) En cuanto a la *toponimia de la zona*, la Corte encontró que evidentemente dentro del territorio existen referencias a los nombres que otorgaron en su propia lengua a los sitios de asentamiento, a los pozos, lagunas, bosques, zonas de recolección, pesca, cementerios, entre otros lugares. Por lo que consideró que este pueblo indígena tenía conocimientos profundos de sus lugares tradicionales y sus nombres.

c) En relación con los *estudios técnicos*, la Corte admitió que, aunque son pocos, confirman el carácter tradicional de las tierras reclamadas por la Comunidad.

d) Por último, por lo que se refiere a la *idoneidad de las tierras* reclamadas, estudios antropológicos concluyen específicamente que dichas tierras son aptas e idóneas para el desarrollo de la Comunidad, por lo que se recomendó priorizar esas tierras sobre otras. Por un lado, ha existido un vínculo específico cultural con la zona, por existir los cementerios de sus

ancestros y lugares en el que se establecieron las aldeas; y, por otro, por la riqueza en la diversidad biológica de la zona, que permite las condiciones adecuadas para que puedan vivir y sustentar a su familia conforme a sus tradiciones.

Por todo lo anterior⁴⁸⁹, la Corte consideró que la porción reclamada de 10,700 hectáreas de las tierras son aptas para el asentamiento de la misma.

2.7.2.2. Respecto a la posesión de las tierras reclamadas

El Estado alegó que los demandantes no tenían la tierra que reclamaban debidamente inscrita, ni tampoco mantienen su posesión. A este respecto la Corte recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de los territorios indígenas: “1) *la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y registro; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades; 4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a*

⁴⁸⁹ Ocupación y recorrido del territorio tanto por los miembros de la Comunidad como por sus ascendientes, la toponimia del lugar otorgada por ellos mismos, los estudios técnicos realizados y las consideraciones en cuanto a la idoneidad del territorio tradicional.

*obtener otras tierras de igual extensión y calidad*⁴⁹⁰. En este caso, la Corte afirma que la Comunidad Indígena, si bien no tiene la posesión, sí mantiene derecho a reclamar la propiedad de las mismas. Para ello, basta que sea posible, por un lado, demostrar la relación de la tierra con la comunidad indígena en lo concreto, mediante la realización de actividades tradicionales, ya sean ceremoniales o espirituales u otras como la caza, la pesca, la recolección estacional, el uso de los recursos naturales ligados a su cultura, o cualquier otra manifestación que revele su presencia; y, por el otro, que los miembros del pueblo indígena no se vea impedido, por causas ajenas a su voluntad, a relacionarse con sus tierras tradicionales.

Como observó la Corte, en este caso, aunque con restricciones impuestas por los patronos, sus actividades tradicionales continuaron a pesar de las difíciles condiciones que les eran impuestas, habitando en el interior de su territorio. Se les impidió la utilización del territorio por la declaratoria del Estado de imponer la reserva natural privada en su tierra reivindicada. Por todo ello, la Corte IDH estimó que el derecho de la Comunidad Xámok Kásek a reclamar la recuperación de sus territorios permanecía vigente.

El Estado alegó que el reclamo sobre las tierras se podía satisfacer otorgando otras alternativas. Sin embargo, no especificó cuáles serían éstas, ni refiere la extensión o calidad, ni explica por qué considera que las mismas son idóneas para satisfacer los requisitos de sustentabilidad de la Comunidad Indígenas. Por ello, la Corte determinó que el Estado debía y debe aún dirigir

⁴⁹⁰ Punto 109 de la sentencia. En ella la Corte cit.a los precedentes de las comunidades indígenas Sawhoyamaya y Moiwana.

sus acciones a efectivizar el derecho de propiedad sobre las tierras reclamadas.

2.7.2.3. Respecto de las acciones del Paraguay para recuperar la posesión y los derechos de protección y garantías judiciales

El Estado alega que ha realizado todo a su alcance para que la Comunidad Indígena esté en condiciones de reclamar sus derechos, por lo que sería injusto concluir que Paraguay ha violado los derechos a la protección o garantías judiciales. Afirma que su sistema de protección a los derechos indígenas es compatible con la Convención Americana. Siempre que exista un consenso entre los indígenas, los propietarios y el Estado, es posible la solución a los problemas de falta de acceso a la propiedad de la tierra.

Frente a estas alegaciones, la Corte analizó la debida diligencia, el plazo razonable y la efectividad del trámite administrativo de reivindicación de tierras tradicionales indígenas. Así, observó que desde que se inició el trámite administrativo en 1990, no se realizaron mayores diligencias en el curso de 17 años, fecha de la presente sentencia. Tuvieron cinco reuniones para tratar de llegar a un acuerdo y dos inspecciones oculares. Por otro lado, el expediente tuvo que ser reconstruido debido a que se había extraviado. Por ello, la Corte concluye que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras no fue llevado con la debida diligencia, lo que lo hace incompatible con el contenido de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.

Respecto al plazo razonable, la Corte advirtió que el retraso en el proceso no se debió a la complejidad del caso, sino a la actuación deficiente y demorada de las autoridades estatales producida por su pasividad, inactividad,

poca diligencia y falta de respuesta. La Comunidad, lejos de entorpecer la tramitación del recurso, provocó muchas de las actuaciones de la autoridad. La demora en el procedimiento incidió negativamente en las condiciones de vida de los integrantes de la Comunidad Indígena, causando gran afectación en otros derechos igualmente protegidos por la Convención Americana. Por lo anterior, la Corte concluyó que diecisiete años de curso en el presente procedimiento son incompatibles con el principio de plazo razonable establecido en el artículo 8.1 de la Convención.

En cuanto a la efectividad del recurso administrativo para la reivindicación de la propiedad de las tierras, la Corte recuerda que uno de los pilares del artículo 25.1 de la Convención Americana es la existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen los derechos fundamentales; de lo contrario quedarían las personas bajo su jurisdicción en estado de indefensión. No basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos sean efectivos. De forma que no pueden considerarse efectivos los recursos que no resulten idóneos para el reestablecimiento de los derechos fundamentales. Lo contrario sería ilusorio.

En el caso de los pueblos indígenas, ya se ha reiterado que para garantizar el derecho a la propiedad comunitaria, los Estados deben establecer un recurso que efectivamente garantice el debido proceso y que éste les permita reivindicar sus tierras. Si bien en la Constitución de Paraguay existe el derecho de los pueblos indígenas para reivindicar sus tierras, la ley específica es totalmente inefectiva cuando los propietarios se oponen a sus demandas, por lo que no ofrece ninguna posibilidad real de recuperar sus tierras cuando éstas se encuentran bajo el dominio privado.

Las restricciones que tiene el recurso existente a expropiar las tierras cuando éstas se encuentren racionalmente explotadas y en plena productividad, no permiten bajo ninguna circunstancia a los pueblos indígenas acceder a ellas. Estos argumentos por parte del Estado no le libran de su responsabilidad internacional. Recuerda la Corte que la visión mercantilista del valor de la tierra occidental, entendida como un medio para generar producción y riqueza, supone una visión limitada de la realidad. Hace ilusoria la definición de que Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, dejando en indefensión a miles de personas que lo enriquecen con su diversidad.

Ante el conflicto de derechos sobre la tierra, el Estado ha de asumir su responsabilidad y entender la especial relación que tienen los indígenas con su territorio, a fin de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, carecería de valor la reivindicación de los pueblos indígenas, porque no sólo viola su derecho de propiedad, sino que también se compromete la responsabilidad del Estado para cumplir sus obligaciones de garantizar un recurso judicial efectivo. Conllevaría un trato discriminatorio que produce exclusión social. Considerando lo anterior, mas el hecho de que el procedimiento administrativo esté sujeto al acuerdo de las partes y la ausencia de diligencias técnico-científicas tendentes a encontrar una solución definitiva, la Corte reitera que tal procedimiento administrativo de reivindicación de las tierras ha demostrado ser inefectivo, y no tiene la comunidad Indígena la posibilidad real de recuperar sus tierras tradicionales. Ello además es violatorio del artículo 2º de la Convención Americana, por no adecuar su derecho interno a fin de que garantice en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.

2.7.2.4. Respecto a la declaración de parte del territorio reclamado como área silvestre protegida

La Comisión IDH denunció que la Comunidad Indígena no fue consultada sobre su tierra tradicional al realizarse esta declaración. El Estado aseguró que había iniciado el proceso de revocación sobre la declaratoria de área natural silvestre, mostrando un dictamen de la Secretaría del Ambiente en el que se recomienda dicha revocación. A este respecto, la Corte recuerda que para garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, es necesario asegurar la participación efectiva de la Comunidad cuando se vayan a tomar decisiones que afecten el uso y goce de sus bienes, o que puedan llevar restricciones al mismo; para evitar que la medida se constituya en una denegación a la subsistencia del pueblo indígena. Por otro lado, el Estado de Paraguay es parte del Convenio 169 de la OIT, mismo que establece consideraciones en ese sentido.

Está probado que no se consultó a la Comunidad Indígena, ni se informó al respecto, así como que la declaratoria causó perjuicios en la forma de vida de sus miembros. La acción de inconstitucionalidad planteada por el pueblo indígena de acuerdo a lo aportado por el propio Estado se encuentra paralizada y sin resolverse a más de dos años de su interposición. Y ello a pesar del propio informe de la asesoría jurídica de la Secretaría del Ambiente, que está de acuerdo con lo señalado por la Comunidad Indígena. En consecuencia, la Corte consideró que la interposición de la acción de inconstitucionalidad no ha sido un recurso efectivo para la protección del derecho de propiedad de las tierras indígenas.

Por todo lo dicho hasta ahora, la Corte resolvió que Paraguay había violado los derechos de propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial establecidos en los artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, toda vez que el procedimiento administrativo iniciado en 1990 por la Comunidad Indígena reclamando las 10,700 hectáreas, no se llevó con la diligencia debida, no fue tramitado dentro de un plazo razonable y se mostró claramente inefectivo para la recuperación de su territorio. Las autoridades paraguayas y en especial el Congreso de la República, han privilegiado el tema territorial indígena desde la visión de la productividad de las tierras y no desde las particularidades de la visión propia de la relación especial de la Comunidad Xákmok Kásek con su territorio.

2.7.2.5. Respecto a la afectación cultural a la Comunidad por la falta de reconocimiento de su derecho al territorio

La Corte reconoce, al igual que en otros casos, que la cultura de los miembros de las comunidades indígenas mantiene una forma muy particular de ser, ver y actuar en el mundo. Está constituida por la estrecha relación con sus tierras tradicionales y sus recursos naturales, porque ésta va más allá de mantenerla como un medio de subsistencia, sino que es un elemento sustantivo de su cosmovisión, religiosidad y, por tanto, de su cultura. La posesión tradicional de la tierra permite conformar su identidad y su percepción colectiva como grupo que incide en su desarrollo en la vida. Al verse desplazados de sus tierras, se les impide enterrar a sus muertos y acudir a los lugares que se identifican como sacralizados, no es posible que se pueda desarrollar su actividad espiritual, ni darle el peso simbólico o espiritual a sus

prácticas. Todos estos rasgos y prácticas culturales se ven afectados por la falta de sus tierras tradicionales. Por otro lado, se advierte que en las estancias a las que fueron desplazados, no se le enseñaba la práctica de su lengua, porque la formación estaba restringida al guaraní y al español, lo que impidió que pudieran transmitir su lengua madre –sanapaná –a sus hijos y sus nietos. Igualmente las limitaciones impuestas por los patrones propietarios al uso de sus tierras limitó sus posibilidades de subsistencia, volviendo su forma de vida muy difícil, debiendo salir del poblado y ocasionando que se disgregase parte de la Comunidad indígena.

A la vista de lo anterior, la Corte encuentra que el Estado, al mantener una visión meramente productiva de las tierras al momento de ponderar los conflictos de derechos entre los particulares y el pueblo indígena, lesionó a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek. Éstos han sufrido afectaciones a su identidad cultural, principalmente por la falta de su territorio propio y sus recursos naturales, en violación al artículo 21.1 de la Convención Americana.

2.7.2.6. En relación con la violación a su derecho a la vida

El Estado afirma que no se le puede imputar la responsabilidad de las muertes de algunos miembros de la Comunidad Indígena, toda vez que ha realizado un considerable esfuerzo para encontrar lugares adecuados para su supervivencia; no ha obligado a los indígenas a desplazarse; y, además, ha entregado alimentos y otorgado asistencia sanitaria. Adicionalmente señala que no existe relación alguna entre el reclamo de su tierra y la supervivencia física de las personas.

Como ya ha señalado en otros casos, la Corte considera que el derecho a la vida es un derecho fundamental, el cual es un prerequisite para el disfrute de los demás derechos humanos, sin él todos los demás derechos carecen de sentido. Por ello, no son admisibles los enfoques restrictivos. Todos los Estados tienen la obligación de crear condiciones que eviten violaciones a este derecho en particular. La observancia del artículo 4 de la Convención no sólo implica evitar que las personas sean privadas de la vida arbitrariamente – obligación negativa –, sino además que el Estado adopte medidas apropiadas para proteger el derecho a la vida –obligación positiva –, garantizando el pleno y libre ejercicio, sin discriminación alguna para las personas bajo su jurisdicción.

La Corte aclara que el Estado no es responsable de cualquier situación que ponga el riesgo el derecho a la vida, su deber no debe implicar asumir cargas imposibles o desproporcionadas. La obligación positiva surge en el momento en que las autoridades sabían o debían de saber la existencia de un riesgo real e inmediato a la vida del individuo o un grupo de individuos, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que analizadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar tal riesgo.

En este caso, algunas autoridades del Estado constataron las condiciones de especial vulnerabilidad en la que se encontraban los miembros de la Comunidad Indígena, al no obtener la titularidad de sus tierras. Los propios líderes informaron de las difíciles condiciones a las que se estaban enfrentando y que no podían resistir mucho tiempo más. El Estado de Paraguay, ante la situación tan desesperada de esta Comunidad Indígena,

emitió el Decreto 1830⁴⁹¹, mediante la cual declaró el estado de emergencia. Por lo que el Estado conocía la situación de riesgo real e inmediato para la vida de las personas, y debió aplicar las medidas necesarias para prevenirlo.

La Corte analizó si el Estado adoptó las medidas adecuadas para cumplir su obligación del derecho a la vida desde dos puntos: a) el derecho a la vida digna y, b) la presunta responsabilidad del Estado por los fallecimientos de algunos miembros de la Comunidad.

A) Por lo que hace al *derecho a la vida digna*, se analizaron los siguientes aspectos:

- Acceso y calidad del agua: la Corte observa que el agua suministrada por persona al día es menor a la que establecen los estándares internacionales, por lo que no pueden los indígenas satisfacer sus necesidades de alimentación e higiene. Por ello, las gestiones del Estado a partir de su propia declaratoria de emergencia, no han sido suficientes en cantidad y calidad adecuada, lo que expone a la población a enfermedades y riesgos.

- En relación a la alimentación: como señala la Corte, la Comunidad Indígena ha padecido serias restricciones para obtener sus alimentos, sufriendo las prohibiciones de cultivar y cazar en sus territorios al no contar con su propia hacienda, y resistiendo con una dieta alimentaria limitada y pobre. Por otro lado, su escasa capacidad adquisitiva impidió que pudieran obtenerlo mediante la compra de los mismos. La Corte no desconoce que en ocho ocasiones el Estado suministró alimentos a los miembros de la Comunidad. Sin embargo, ésta contaba con deficiencias nutricionales, por lo que la población

⁴⁹¹ Decreto No. 1830 de 17 de abril de 2009.

vive las secuelas de bajo peso y baja estatura. En suma, los alimentos entregados fueron insuficientes para satisfacer las necesidades básicas. Por ello, la Corte resolvió que el Estado no había probado la asistencia otorgada superara las necesidades nutricionales.

- Respecto a la salud: la Corte observó que, anteriormente al Decreto, los miembros de la Comunidad Indígena habían recibido escasa atención médica, los puestos de salud estaban distantes y limitados. Por años no se recibió asistencia médica y vacunación. Se comprobó que un alto porcentaje de los indígenas padecían de la enfermedad de Chagas. Las tarjetas de los servicios de salud sólo se entregaban a los indígenas que trabajan en las estancias, pero no se podían efectivizar porque no podían pagar el transporte hasta el hospital. La Corte refiere que, si bien el Estado ha realizado posteriormente al decreto una importante inversión y realizó nueve jornadas de salud en la población, los indígenas mueren por falta de recursos para transportarse o por la falta de medicamentos. Por lo que, si bien se reconocen los avances a partir del Decreto, para la Corte el Estado no ha garantizado las condiciones aceptables de salud a los miembros de la Comunidad Indígena, ni ha desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas con sus usos y costumbres.

- En materia de educación: la Corte refiere que conforme a los estándares internacionales, los Estados deben garantizar la educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En este caso, la educación a los pueblos indígenas debe de impartirse de acuerdo a su perspectiva étnica, lo que implica adoptar medidas positivas para la educación culturalmente aceptable de forma diferenciada. En el seno de la comunidad los jóvenes

acusan gran deserción de los estudios por las difíciles condiciones de la misma, sin que exista algún programa que lo evite. No existen condiciones adecuadas al impartirse las clases al aire libre.

Por lo anterior la Corte consideró que, a pesar de la expedición del Decreto del Estado, las condiciones del pueblo Xákmok Kásek siguen siendo vulnerables. La falta del territorio tradicional, así como las restricciones impuestas para alimentarse, implican que la sociedad indígena no pueda autoabastecerse, dependiendo casi de las escasas ayudas estatales que se otorgan, reproduciendo en tal caso las pautas que perpetúan las condiciones de miseria. La pobreza limita gravemente la capacidad de la persona o del grupo para participar activamente de su vida cultural, lo que afecta de forma grave a su perspectiva de vida. En consecuencia, la Corte declaró que el Estado no había brindado las prestaciones básicas que permitan disfrutar del derecho a la vida digna de la Comunidad Indígena, por lo que Paraguay había violado el artículo 4.1 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana.

B) En relación a los *fallecimientos ocurridos en la Comunidad Indígena*, el Estado afirmó que no pueden imputársele las muertes acaecidas, relacionándolas con la falta de acceso al territorio. A este respecto, la Corte señaló que, del listado de muertes presentadas, algunas de ellas ocurrieron antes de que el Estado reconociera su competencia contenciosa, por lo que no puede pronunciarse sobre ellas. En otros casos, no se puede establecer si la causa del fallecimiento se debió a la situación de riesgo o vulnerabilidad en la que se encontraba la Comunidad Indígena. Sin embargo, en el resto de los supuestos, la Corte analizó si las muertes son imputables al Estado por la falta de deber de prevención para evitarlas.

De los 28 fallecimientos analizados por la Corte, resuelve que en 13 el Estado violó el artículo 4.1 en relación con el 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de tales personas, por no adoptar las medidas positivas necesarias en el ámbito de sus atribuciones para prevenir y evitar el riesgo al derecho a la vida.

2.7.2.7. En relación con la violación del derecho a la integridad personal

Respecto a este punto, la Corte entendió que el hecho de que varias de las víctimas expresaran su pesar por la falta de restitución de las tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera en el deficiente procedimiento administrativo, además de las condiciones de vida miserable que padecen y la muerte de varios de sus miembros por el estado general de abandono, afectan necesariamente a su integridad psíquica y moral. Por lo que violado el artículo 5.1 de la Convención en perjuicio de la Comunidad Xákmok Kásek.

2.7.2.8. En relación con la violación de los derechos de los niños y las niñas

La Corte advierte que se debió establecer especial atención a la salud y a la educación de los niños. El Estado debió garantizar el disfrute de la vida digna especialmente a estos, a través de los medios más adecuados que tiene a su alcance para la eficaz defensa de sus derechos. Los niños se han visto afectados por la falta de acceso al agua, a la salud, a la educación, al constatarse el aumento de índices de atrofia al crecimiento por la falta de alimentación, alcanzando altos niveles de desnutrición. Adicionalmente, no

recibieron la vacunación necesaria para su protección y, aunado a lo anterior, 11 de las 13 muertes imputables al Estado se registraron en niños, por lo que el Estado difícilmente puede acreditar que ha adoptado las medidas adecuadas. Además de que a los menores no se les ha respetado el derecho a acceder a su cultura, su religión y a su lengua.

Por lo anterior, se consideró que el Estado no había adoptado las medidas necesarias a favor de la protección de los derechos de los niños y las niñas de la Comunidad, violando el derecho consagrado en el artículo 19 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana.

2.7.2.9. En relación con la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

Para la Corte, este derecho implica la capacidad de ser sujeto de derechos y de gozar de los mismos, así como de asumir deberes; es decir, la capacidad de ser titular de los derechos civiles y fundamentales. Su desconocimiento les hace especialmente vulnerables frente al Estado o los particulares. Sin embargo, en el caso de las personas o grupos especialmente vulnerables, marginados o discriminados, el contenido del derecho es mucho más amplio. El Estado está especialmente obligado a garantizar condiciones de igualdad tanto jurídicas o administrativas para su ejercicio. Varios pueblos indígenas habían permanecido en el limbo legal, nacieron y murieron sin que constara su existencia, su identidad legal nunca fue jurídicamente reconocida; en suma, no tenían personalidad jurídica.

La Corte reconoce el esfuerzo del Estado para suministrar documentos de identidad a los miembros de la Comunidad Indígena. Sin embargo,

encuentra que varios de sus miembros carecen del mismo. Por ello, la Corte declaró que, en el caso de 19 miembros de la Comunidad Indígena, el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 3, en relación al 1.1 de la Convención Americana.

2.7.2.10. En relación con el deber de respetar derechos y garantizar los derechos sin discriminación establecidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana

La Corte consideró que el artículo en cuestión establece la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades ahí reconocidos sin discriminación alguna. El incumplimiento por parte del Estado mediante algún trato contrario a ello, implica la responsabilidad internacional del Estado. En relación a los pueblos indígenas, es indispensable que el Estado establezca una protección efectiva que tome en cuenta sus propias características sociales y culturales, conforme a sus valores, usos y costumbres. Por ello, el Estado debe tomar medidas positivas frente a cualquier actitud de tolerancia o aquiescencia que mantengan las condiciones discriminatorias.

En el caso del pueblo indígena Xákmoc Kásek, la discriminación de facto los margina en el disfrute y goce de sus derechos y el Estado no ha adoptado medidas efectivas positivas necesarias para revertir tal exclusión. Así, hay que tener en cuenta la vulnerabilidad causada por la falta de medios adecuados y efectivos para proteger sus derechos; la débil presencia de las instituciones estatales que debieron de prestar servicios y bienes, en especial, el agua, salud, educación y alimentación; la mayor protección que disfrutaban los

propietarios privados sobre los reclamos territoriales indígenas, ignorando la importancia del valor cultural para la identidad y su supervivencia física; además de que la declaratoria de reserva natural privada sobre el territorio reclamado se hizo sin tomarles en cuenta en sus reclamos y sin consulta previa.

Por lo anterior, la Corte estableció que Paraguay no había adoptado las medidas suficientes y efectivas para garantizar el uso y goce de los derechos sin discriminación de la Comunidad indígena, por lo que había violado los derechos establecidos en el artículo 1.1 en relación a los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4..3, y 19 de la Convención Americana.

En relación a las penas y las reparaciones impuestas por la Corte a Paraguay, le condena a:

- Devolver a la Comunidad Indígena 10,700 hectáreas reclamadas, y realizar el proceso de identificación y posterior expropiación o compra directa de las tierras, que se encuentran en manos particulares. Sólo, en el caso de que por motivos específicos y fundamentados no sea posible, deberá en consenso con la Comunidad entregar tierras alternativas dentro del territorio tradicional. Para el cumplimiento de lo anterior, la Corte estableció un plazo determinado y la posibilidad de una prórroga de mutuo acuerdo, tras la cual, se impone una penalización económica considerable mensual, hasta su cumplimiento.

- Titular las 1500 hectáreas obtenidas como donación por la Comunidad Indígena, sin menoscabo de los derechos sobre el territorio que reclama.

- Efectuar en un acto público el reconocimiento de responsabilidad internacional, por lo que ha de publicar la sentencia tanto en su sitio web oficial y mantenerla en Internet, publicarla en el periódico oficial del Estado y en un diario de publicación nacional; a lo anterior ha de darle publicidad radial en una emisora de amplia cobertura local en idioma sanapaná, exnet y guaraní, por lo menos en cuatro ocasiones.

- Otorgar servicios públicos a favor del pueblo indígena como son: el suministro de agua potable suficiente de forma permanente; atención de medicina preventiva, y revisión médica y psicosocial, con atención especial a los miembros más vulnerables e instalación de servicios sanitarios; la entrega de alimentos adecuados y suficientes; establecer servicios escolares en instalaciones adecuadas y en la lengua propia, respetando las tradiciones, usos y costumbres del pueblo Xákmok Kásek. Para la prestación de lo anterior, el Estado está obligado a presentar un plan elaborado por especialistas, que detalle el cumplimiento en la prestación de los servicios públicos mencionados. Dicho plan deberá integrar los puntos de vista de la Comunidad Indígena.

- Establecer un sistema de registro de nacimientos, y documentación de los miembros de la Comunidad Indígena, sin necesidad de que los mismos deban desplazarse.

- Realizar modificaciones a su derecho interno, para obtener medidas legislativas y administrativas acordes a las obligaciones establecidas en la Convención Americana, con el fin de lograr un eficaz sistema de reclamación de sus territorios ancestrales o tradicionales y que facilite la concreción del derecho de propiedad de los territorios indígenas por las autoridades judiciales.

- Adoptar medidas para que la Declaratoria de área silvestre protegida no sea un impedimento para la devolución de las tierras tradicionales de la Comunidad Indígena.
- Pagar los daños materiales e inmateriales, así como los gastos y costas del procedimiento.
- Establecer un fondo de desarrollo comunitario, dirigido por un Comité con participación del Pueblo Indígena.

2.7.3. ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESOLUCIÓN: EL AUTORECONOCIMIENTO; LA VINCULACIÓN CON EL TERRITORIO; EL DERECHO A LA VIDA DIGNA; Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES

En las cuestiones previas a la sentencia, se reconoció que es la propia Comunidad Indígena, en ejercicio de su autonomía, la que determina la pertenencia étnica de sus miembros. Por tanto, la Comunidad es la que reconoce a sus miembros y la autodenominación que utilizan para referirse a sí misma y autoidentificarse. Éste es un aspecto importante, debido a que muchos Estados mantienen modelos de nación única, que no reconoce la existencia de identidades distintas a la oficial. Se da el caso de otros Estados que admiten la multiculturalidad o la composición multiétnica de sus sociedades nacionales, pero se reservan la prerrogativa de determinar quienes son y quienes no son suficientemente indígenas o miembros de pueblos tribales. El hecho de que el Estado tuviese tal aptitud violaría los derechos humanos de las personas, tanto en el aspecto de reconocimiento de su personalidad, como en cuanto a sus derechos culturales, como individuo o grupo. Si el Estado la otorgase de igual forma podría retirarla con un simple acto administrativo,

dejando a su merced el reconocimiento o no de los pueblos indígenas y, en consecuencia, de sus derechos. En definitiva, la Corte aclara que no es una prerrogativa del Estado hacerlo, ni tampoco del propio Tribunal, sino que es una potestad, en ejercicio de la autonomía, de la Comunidad Indígena.

Por otra parte, la Corte establece en esta sentencia parámetros para determinar la vinculación del pueblo indígena con el territorio que reclama, siguiendo un método novedoso. Éste es un punto relevante, porque es un baremo útil para otros casos en el que un pueblo indígena no tenga la posesión del territorio que reclama y se requiera conocer la conexión con el mismo. Los parámetros son cuatro: a) La ocupación y recorrido de las tierras por la comunidad indígena –muchos pueblos al ser nómadas utilizaron un territorio amplio, siguiendo los ciclos anuales de la naturaleza y viviendo de la caza, la pesca y recolección dependiendo la época, además de establecer aldeas, espacios ceremoniales o mortuorios, entre otros–; b) la toponimia de la zona – los nombres otorgados a los lugares en su propia lengua –; c) estudios técnicos –estudios antropológicos, históricos, lingüísticos, culturales, entre otros –; y d) la idoneidad alegada de las tierras que reclama –la riqueza biológica de la zona, los recursos con los que cuenta, la vinculación histórica-cultural con el territorio y su relevancia específica para su supervivencia –.

La Corte mantiene los mismos criterios, respecto a los derechos de los pueblos indígenas en relación a la propiedad comunitaria, que ya había referido en los casos de los pueblos Sawhoyamaya y Moiwana. Estos consisten en: a) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio; b) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y registro;

c) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades; d) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; e) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.

Otro aspecto que ha trascendido es la posible utilización de normas ambientales como estrategia jurídica tendiente a impedir el goce y disfrute de sus bienes jurídicos protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana, toda vez que se ocasionaría un aparente conflicto de derechos protegidos. Lo anterior resulta paradójico, ya que los territorios indígenas, al ser de propiedad colectiva de la Comunidad, suelen ser utilizados con especial cuidado en la sostenibilidad de los recursos naturales que en él existen. Esta forma de utilización de la tierra implica una corresponsabilidad social, que impide la explotación económica del territorio, con el correspondiente deterioro del medio ambiente. Sin embargo, en este caso, al implantarse un decreto presidencial declarándolo área natural silvestre, sin consulta previa a los indígenas, se les impusieron restricciones tales que impidieron la utilización total del territorio conforme a sus usos y costumbres, poniendo en peligro la propia existencia de la Comunidad.

Es relevante que la Corte establezca que es violatorio de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas la legislación que sólo tiene en cuenta el

valor productivo o económico de la tierra, y le da prioridad o preponderancia por sobre otras visiones del valor del territorio, dejando de lado la armoniosa relación que guardan los pueblos indígenas con su territorio ancestral, la riqueza cultural, espiritual y social. Resulta discriminatorio que la ley y los órganos del Estado no incluyan otras visiones y por tanto sólo reconozcan un mejor derecho de propiedad a los que compartan la visión económica.

La Corte detalla la vinculación del derecho al territorio con el derecho a la vida digna, explicando que la privación del mismo, así como de sus recursos, ponen en peligro la vida. Pero va más allá, al detallar en qué consisten las obligaciones negativas y las obligaciones positivas del Estado, en cuanto al alcance de sus deberes. Comprende ésta aspectos básicos –agua, salud, alimentos, educación –, que el Estado debe suministrar proporcionalmente a sus capacidades y recursos.

Además es relevante el establecimiento de medidas especiales para el respeto a los derechos de los niños y las niñas, por ser la población más vulnerable; la condena al Estado a la entrega del territorio que reclaman; así como el deber de establecer un fondo económico que se utilizará conforme a un plan técnico que debe contar con la aprobación de los miembros de la Comunidad. Destaca que la Corte condene al Estado a la efectiva difusión de la sentencia a través de la página web oficial del país, así como a mantener la sentencia en Internet, además de los medios tradicionales y en la lengua de las víctimas. Lo anterior implica preservar un derecho humano colectivo e individual, para los indígenas y para los no indígenas, que es un derecho a saber y a estar informados sobre nuestros derechos.

2.8. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁴⁹²

En abril de 2010, la Comisión IDH presentó ante la Corte IDH el caso en contra del Estado de Ecuador, por las siguientes circunstancias: el otorgamiento de un permiso a una empresa privada para la exploración y explotación petrolera en territorio del pueblo indígena Kichwa Sarayaku -en adelante Pueblo Sarayaku-, sin que se hubiese consultado previamente a éste y otorgado su consentimiento, así como la introducción de explosivos en varios puntos de su territorio; por impedir la libre circulación en su territorio, buscar los medios de su subsistencia y la expresión de su cultura; y adicionalmente por la falta de protección judicial y el respeto a sus garantías judiciales. Se solicitó la declaración de responsabilidad del Estado por la violación de los siguientes derechos: derecho a la propiedad privada (artículo 21 Convención), el derecho a la vida (artículo 4), las garantías judiciales y la protección judicial (artículos 8 y 25), el derecho de circulación y residencia (artículo 22), el derecho a la integridad personal y a la libertad personal (artículos 5 y 7), el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), el derecho a la cultura (artículo 26), así como otros relacionados, todos de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

El Pueblo Sarayaku se encuentra en la Amazonía en la región del Ecuador amazónico. Se compone de alrededor de 1200 habitantes y está formado por cinco centros poblados: Sarayaku Centro, Cali Cali, Sarayakillo, Shiwacocha, y Chontayacu. Estos centros no son independientes, forman un sólo pueblo Sarayaku. La zona es de difícil acceso, el desplazamiento es predominantemente por vía fluvial por el Río Bobonaza. Sobrevive por la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro del territorio y de acuerdo con sus tradiciones ancestrales. Satisfacen de esta forma un 90% de sus necesidades y el 10% restante son bienes del exterior de

⁴⁹² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador. (Fondo y Reparaciones). Sentencia del 27 de junio del 2012.

la comunidad. Su cosmovisión está ligada al territorio y lo que en él se encuentra tiene significados, tales como que la selva está viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritu, de forma que están íntimamente conectados entre sí y los lugares sagrados.

El pueblo Sarayaku ha sido reconocido desde 1979 por el Estado a través de su ordenamiento: su estructura interna, autoridades, asamblea comunitaria, sus mecanismos de toma de decisiones, órganos, etc. El pueblo pertenece como tal a organizaciones nacionales indígenas, como la CONAIE⁴⁹³ y CONFENIAE⁴⁹⁴. El Estado además reconoció la propiedad de su territorio en 1992 a través del Instituto de la Reforma Agraria y Colonización en forma de dominio proindiviso del territorio con una superficie de 135,000 hectáreas. Refiere el acuerdo que: *registró el Estatuto del Pueblo originario Kichwa Sarayaku (Acuerdo No. 24) cuyo artículo 47 b) establece: “el territorio del Pueblo Kichwa Sarayaku y sus recursos naturales comprendidos en la superficie del bloque 9, cohabitado con el pueblo Kichwa Boberas, de las cuales corresponde a Sarayaku, aproximadamente y tradicionalmente 135,000 hectáreas”*⁴⁹⁵.

En el título de propiedad queda referido que la adjudicación tiene como propósito proteger el ecosistema de la Amazonía Ecuatoriana, la forma de vida indígena y la integridad de su cultura. Pero está sujeta a restricciones tales como el reconocimiento de derechos de terceros previos al presente título, el libre tránsito de las vías fluviales y terrestres, la capacidad del Estado de construir nuevas vías de comunicación –puertos, aeropuertos, y otras infraestructuras-, así como la propiedad del Estado sobre los recursos naturales del subsuelo, en un contexto de protección ecológica.

⁴⁹³Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador.

⁴⁹⁴Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana.

⁴⁹⁵ Punto 61 de la presente sentencia.

Los hechos del caso que dieron lugar al conflicto son los siguientes. El Estado de Ecuador en 1995 realizó una licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en la región Amazónica, otorgando a la Compañía General de Combustibles, S.A. –en adelante la Compañía- la superficie de 200,000 hectáreas, en territorios en que habitan varias comunidades indígenas, entre ellos, los territorios del Pueblo Sarayaku, afectando al 65% del total del territorio indígena.

La Compañía en el año 2000 a través de su representante visitó a los Sarayaku ofreciendo recursos económicos y puestos de trabajo. El pueblo Sarayaku en asamblea determinó rechazar tales ofrecimientos. A partir de ese momento se dieron diversos hechos violatorios de los derechos del pueblo indígena. Los actos de la Compañía y del Estado consistieron tanto en acciones que provocaron la división interna de los miembros del grupo, la conformación de bandos, impedir el libre tránsito de los miembros del pueblo en su territorio, la siembra y utilización de explosivos para hacer prospecciones petroleras -467 pozos con 1433 kilogramos de pentolita⁴⁹⁶-, la degradación del medio ambiente por contaminación en las aguas, la tala de la selva, la detención de miembros de la comunidad imputándoles diversos delitos, afectación de sitios sagrados y la destrucción de símbolos, entre otros.

Las protestas de los Sarayaku llevaron al enfrentamiento con fuerzas del Estado –militares y la policía-, y la seguridad privada de la Compañía. Han

⁴⁹⁶ Refiere el punto 101 de la sentencia que: *“Entre los meses de octubre de 2002 y febrero de 2003, los trabajos de la empresa petrolera avanzaron un 29% al interior del territorio de Sarayaku. En ese periodo, la empresa CGC cargó 467 pozos con aproximadamente 1433 kilogramos de explosivo “pentolita”, tanto a nivel superficial como a mayor profundidad, y los dejó sembrados en los territorios que conformaban el bloque 23. De acuerdo con la información presentada, al momento de dictar esta Sentencia los explosivos sembrados permanecen en el territorio de Sarayaku”.*

sufrido amenazas, agresiones, maltrato físico, represión y detenciones de los dirigentes indígenas acusándoles de terrorismo. Los actos de protesta del Pueblo Sarayaku y su resistencia ante el Estado y la petrolera también les valieron acusaciones de impedir el libre tránsito en su territorio, por lo que sus dirigentes fueron acusados por la Defensoría del Pueblo de esa Provincia.

2.8.1. LOS CRITERIOS DE LA CORTE

En vista de los hechos anteriores, la Corte analizó las distintas violaciones suscitadas en relación con los derechos de la Convención Americana.

2.8.1.1. Del derecho de consulta en relación con los derechos de propiedad comunal indígena e identidad cultural del Pueblo Sarayaku

En este apartado de la sentencia, el análisis de la Corte está centrado en el derecho de consulta previa y su vinculación a los derechos de propiedad comunal indígena. En este contexto del otorgamiento de la concesión a la Compañía petrolera, los derechos que se alegan violados y rebatidos por el Estado son: Los derechos de propiedad, libre circulación y residencia, derechos económicos sociales y culturales, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y la obligación de respetar derechos.

La Corte mantiene su criterio respecto a que el artículo 21 de la Convención Americana protege la relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y los recursos naturales. La tradición indígena de propiedad colectiva de la tierra, en el que la propiedad no está centrada en el individuo,

sino en el grupo, va más allá de la concepción clásica de dominio y posesión de la propiedad. Esta interpretación del artículo 21 de la Convención Americana ha permitido proteger la forma cultural de vida de millones de personas, que de otra manera estarían excluidas. La propiedad indígena del territorio ha de ser entendida en conexión intrínseca de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales y su supervivencia, por lo que está ampliada a los recursos naturales que tradicionalmente han utilizado para ello. Esto garantiza la continuación de su forma de vida cultural, su estructura social, económica, costumbres, creencias y tradiciones, los cuales deben de ser respetados, protegidos y garantizados por el Estado. Por lo que la falta de acceso a sus propios territorios impide tener los elementos básicos para su supervivencia, al llevarlos a unas condiciones de vida precaria, que causan sufrimiento y ponen en peligro su vida física y cultural.

La Corte ha considerado que en el caso no está controvertida la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku, ni su posesión y derechos sobre los bienes de su territorio. Considera probado que los Sarayaku mantienen una relación con su tierra que va más allá de la mera subsistencia, y que tienen una conexión espiritual ligada a sus prácticas culturales, por lo que el impedir tal relación con su territorio ancestral limita su propia cosmovisión e identidad cultural. Para ello, la Corte por primera vez realizó una constatación in situ viajando a los territorios de los Sarayaku, realizando sesiones, audiencias públicas y levantando directamente testimonios entre los líderes y pobladores indígenas.

Por otra parte, cuando el Estado impone limitaciones al derecho de propiedad de los indígenas, la Corte señala que se han de observar ciertos

parámetros establecidos en su Jurisprudencia: Deben estar establecidas en la ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr objetivos legítimos dentro de una sociedad democrática. Adicionalmente cuando las restricciones impliquen recursos naturales, se ha de verificar que las restricciones no impliquen la denegación de la subsistencia del pueblo indígena⁴⁹⁷.

En relación a la garantía de consulta del Pueblo Saramaka, la Corte establece que debe realizarse en el marco de los tratados internacionales propios del sistema americano y transversalmente con base en otros tratados relacionados con los pueblos indígenas, toda vez que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta está cimentado en el respeto a la cultura e identidad propia en un entorno de una sociedad que los garantiza y se reconoce como pluralista, multicultural y democrática. La Corte consideró que la obligación de consultar a los Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos, así como asegurarse de su participación en los asuntos que afecten a sus intereses, está relacionada directamente con la obligación del Estado de garantizar los derechos establecidos en la Convención. El Estado ha de organizar las estructuras de poder público que aseguren ese libre y pleno ejercicio de sus derechos. Por lo que el Estado debe incorporar los estándares internacionales en sus procesos de consulta previa, generar el diálogo, efectivo y confiable con los

⁴⁹⁷La Corte ya había establecido estos parámetros en la Sentencia del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Señaló entonces que: *“Para que la exploración o extracción de recursos naturales en territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardas: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en participar, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención). Según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quienes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones”*. Punto 157 de la presente sentencia en comentario.

representante de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas deben participar en la elaboración de tal consulta y el Estado debe de fiscalizar y garantizar la tutela efectiva de ésta, con el fin de que los derechos indígenas no sean obviados.

La consulta al pueblo Sarayaku debió garantizar la participación efectiva de éstos, de los planes de desarrollo e inversión en su territorio. El Estado debió consultar activamente de manera informada de conformidad con sus costumbres y tradiciones. La misma debió de ser de buena fe, a través de medios culturalmente adecuados para llegar a un acuerdo. El pueblo debió tener conocimiento de los beneficios y riesgos del proyecto. Por lo que el incumplimiento en estos elementos básicos de la consulta implica la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador.

La Corte analiza los siguientes elementos básicos de la consulta: a) que sea de carácter previo; b) la buena fe y la finalidad de llegar a un acuerdo; c) consulta adecuada y accesible; d) estudio de impacto ambiental; y e) consulta informada.

La Corte concluye que el Estado no realizó alguna forma de consulta a los Sarayaku, en ninguna fase de la exploración o prospección petrolera, ni ante los órganos de representación comunitarios, ni fue consultado al establecer los helipuertos o la siembra de los explosivos en su territorio. El Estado tampoco favoreció el clima de buena fe, al no propiciar un clima de respeto, ni entendimiento con la comunidad, no buscó un diálogo genuino de participación con miras a llegar a un acuerdo. El Estado tampoco pretendió realizar una consulta adecuada y accesible con la comunidad. El estudio de impacto ambiental fue realizado sin la participación del pueblo indígena; éste

fue realizado por una subcontrata de la compañía petrolera, sin que haya sido fiscalizado por el Estado; en él no se tomó en cuenta el impacto social, espiritual y cultural de lo Sarayaku, por lo que el estudio no se realizó conforme los estándares jurisprudenciales de la Corte. En relación a que la consulta debe ser informada, es decir, que se incluyan los beneficios y los riesgos de las actividades, la Corte constató que la misma no se realizó, por lo que no se aportaron los elementos mínimos al respecto.

La Corte establece una estrecha relación entre el derecho de consulta y la propiedad comunal en relación al derecho a la identidad cultura: *“En relación a lo anterior, la Corte ha reconocido que “al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, podrían estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”. Puesto que el goce y ejercicio efectivo del derecho a la propiedad comunal sobre “la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio”, los Estados deben respetar esa especial relación para garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Así mismo se ha reconocido la estrecha relación del territorio con sus tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que “en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación ese patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”*⁴⁹⁸. Por lo que la Corte considera que la protección de la identidad

⁴⁹⁸Punto 212 de la sentencia.

indígena vinculada con sus territorios está protegida por la Convención, en reconocimiento al respeto de los derechos humanos de los pueblos, y la propia legislación interna del Estado.

La identidad cultural es un derecho fundamental de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas⁴⁹⁹, que debe de ser respetado en las sociedades pluralistas, multiculturales y democráticas. Por ello el Estado debe garantizar el derecho a ser debidamente consultados en los asuntos que puedan incidir en su vida cultural y social, de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

La Corte consideró que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afecta su identidad cultural, por lo que la destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto de su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir. Por tanto, el Estado es responsable en el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en la Convención Americana, en relación de los derechos de consulta, la identidad cultural y la propiedad del pueblo Sarayaku.

Por lo anterior, la Corte establece que existen múltiples violaciones a los miembros del Pueblo Indígena Sarayaku, pero acota que el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho internacional y no únicamente a sus miembros. Los cuales están cohesionados en una forma de vida e identidad colectiva al ejercer sus derechos en la Convención, por lo que esta sentencia ha de interpretarse en esa perspectiva colectiva.

⁴⁹⁹Punto 217 de la sentencia.

En definitiva, el Estado al no consultar al Pueblo Sarayaku respecto al proyecto petrolero en su territorio, incumplió sus obligaciones de derecho internacional y de su propio derecho interno, siendo responsable de la violación del artículo 21, en relación con el derecho a su identidad cultural y el 1.1 y 2 de la Convención.

2.8.1.2. Derecho a la vida, la integridad personal y la libertad personal

La Corte considera que, al sembrar material explosivo en el territorio Sarayaku, se hace una restricción ilegítima a circular, realizar sus actividades de caza y sus tradiciones en su propiedad, creando una evidente situación de riesgo a su vida e integridad. El hecho demostrado de que la empresa petrolera sembró en el territorio Sarayaku la cantidad de 1400 kilogramos de explosivos, implica un riesgo claro y comprobado a las personas, así como el incumplimiento de garantizar la propiedad comunal de éstos sobre su territorio; creando una situación permanente de amenaza a la vida e integridad personal de sus miembros. Por ello, la Corte establece que el Estado es responsable de haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal del Pueblos Sarayaku reconocidos en el artículo 4.1 y 5.1 de la Convención, en relación con la propiedad comunal de los artículos 1.1 y 21 de la Convención Americana.

Respecto a las amenazas a miembros del Pueblo Sarayaku, alegadas en el caso, la Corte no encontró elementos suficientes para hacer responsable al Estado de las violaciones a los artículos 5 y 7 de la Convención, ni del artículo 6 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura

2.8.1.3. Derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial

Para la Corte, de conformidad con el artículo 25 de la Convención, el Estado debe proveer recursos judiciales a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones a los derechos humanos, los cuales deben estar substanciados conforme al debido proceso del artículo 8.1. En caso de no tenerlo, el Estado debe tomar medidas positivas para lograr que exista un recurso judicial verdaderamente efectivo en contra de las violaciones a los derechos humanos establecidos en la Convención. Tal recurso debe ser sencillo y rápido ante los jueces. Esto es un pilar básico de la Convención, del Estado de Derecho y de las sociedades democráticas. Dicho recurso debe tomar en cuenta la realidad cultural indígena, su vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

En el caso, la Corte observó que, en relación con las denuncias y los recursos presentado por el pueblo indígena, existió una inactividad procesal; y aunque el Estado alega que tal inactividad se debió a la imposibilidad de acceder al territorio de los Sarayaku, no presenta prueba alguna que lo certifique, por lo que concluye que las investigaciones en su conjunto no han sido un medio efectivo para garantizar la integridad personal de las víctimas. Por tanto, las autoridades no actuaron con la debida diligencia para garantizar el derecho de los miembros del pueblo indígena, constituyendo un perjuicio para los mismos. En relación al juicio de amparo, la Corte estima que el Estado no garantizó que fuese un recurso efectivo para remediar la situación jurídica de las personas a las que se les infringieron sus derechos. En consecuencia, se violaron los artículos 8.1, 25.1, 25.2a, y 25.2c en relación con el artículo 1.1 todos de la Convención Americana en contra del Pueblo Sarayaku.

2.8.2. FORMAS DE REPARACIÓN

La Corte estableció que por las violaciones realizadas por el Estado y las lesiones causadas al Pueblo Sarayaku, era menester establecer medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición. Vamos a analizarlas.

2.8.2.1. Medidas de restitución

Éstas consistieron en:

- La extracción de explosivos y la reforestación de las áreas afectadas, debiendo consultar previamente al Pueblo Sarayaku.

- En los casos en que por su profundidad los explosivos no puedan extraerse sin poner en riesgo la seguridad del personal designado por el Estado, deberá consultar las mejores formas de neutralizar el peligro. La Corte estableció el protocolo siguiente: a) Determinar los puntos de enterramiento de los explosivos; b) Enterrar los cables detonadores para hacerlos inaccesibles y se degraden naturalmente; c) Marcar los puntos de enterramiento.

- El Estado deberá extraer todo tipo de maquinarias, estructuras y desecho biodegradables.

- Reforestar las áreas afectadas por la instalación de campamentos, apertura de trochas, efectuando tal labor en coordinación y previa consulta con el Pueblo Sarayaku.

- El proceso completo de extracción y marcado de los explosivos deberá de hacerse en un plazo de 3 años. Debiendo cada seis meses informar al tribunal sobre el cronograma, avance y acuerdos con el pueblo Sarayaku.

2.8.2.2. Garantías de no repetición

La Corte estableció como medidas de garantía de no repetición dos pasos: el primero, la consulta previa; y el siguiente, la inclusión en la legislación de la consulta previa.

La lógica de la Corte parte de que los problemas con las prospecciones petroleras y la consecuente responsabilidad internacional del Estado se iniciaron por no haber garantizado y desarrollado un procedimiento de consulta previa con el Pueblo Sarayaku. Por lo que un aspecto esencial que garantice la no repetición de actos que en el futuro afecten la cosmovisión, el territorio, los bienes y la identidad del Pueblo Sarayaku, es que deberá existir un procedimiento efectivo de consulta previa, conforme a los estándares mínimos internacionales. Esto significa que, en el futuro, los procesos de consulta previa y participación deberán llevarse de buena fe desde las etapas de preparación de proyectos, en el que se considere los estudios de impacto ambiental y social, con la participación de entidades independientes a las partes y el propio pueblo indígena.

Por tanto el Estado está obligado a:

- Realizar en un plazo razonable cambios legislativos en los que se establezca la incorporación del *Derecho de consulta previa* de conformidad con los estándares internacionales. Debiendo, a su vez, modificar las normas que impidan el pleno y libre ejercicio de participación de las comunidades indígenas en tales procesos.
- Capacitar a los funcionarios estatales sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Corte impone al Estado la obligación de realizarla en un plazo

razonable, de acuerdo a su capacidad presupuestaria, contemplando obligatoriamente en la formación dirigida a militares, policías y el poder judicial, los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, impartándose en todos sus niveles jerárquicos y sujeto a actualización continua.

2.8.2.3. Medidas de satisfacción

Si bien el Estado reconoció en el proceso su responsabilidad frente a los Sarayaku, la Corte determinó que debía realizar actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional, consultando a la Comunidad Indígena sobre la forma y el lugar en los que llevar a cabo una ceremonia pública en castellano y en lengua Kichwa. Además, debía realizarse una amplia difusión de la sentencia en el Diario Oficial del Estado, diario de gran circulación nacional, en los medios electrónicos oficiales y en la radiodifusión regional.

Estableció, por otra parte, las siguientes reparaciones materiales y pecuniarias:

- Se condenó al Estado al pago de \$90,000.00 dólares americanos por concepto de reparación del daño material sufrido por la comunidad indígena sobre bienes de su territorio. Dicha cantidad debía aplicarse a proyectos comunitarios que el pueblo considere prioritarios.

- Se condenó al Estado al pago de \$1,250.000.00 dólares, por concepto de indemnización de daño inmaterial, considerando las afectaciones sufridas en su profunda relación social y espiritual con su territorio. Particularmente por la destrucción de lugares con alto valor simbólico. Dicha cantidad debía

invertirse en los proyectos comunitarios que el pueblo determine y considere prioritarios.

- Por concepto de gastos y costas, la Corte determinó una disminución del monto inicialmente solicitado por sus representantes, y que ascienden en total a la cantidad de \$58,000.00 dólares.

- Por concepto de reembolso al fondo de asistencia legal a víctimas de la OEA, el Estado fue condenado a pagar la cantidad de \$6,344.62 dólares, en conceptos de gastos realizados en la realización de la audiencia pública en el territorio Sarayaku.

2.8.3. ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESOLUCIÓN: LA CONSOLIDACIÓN DE LA VINCULACIÓN IDENTIDAD-CULTURA-TERRITORIO; EL DERECHO DE CONSULTA; LA COMUNIDAD COMO ENTE COLECTIVO

La Corte establece como pauta el reconocimiento de que los pueblos indígenas son sujetos de derecho colectivo conforme a la interpretación de la Convención.

Esa sentencia ha venido a consolidar el criterio de la vinculación entre identidad-cultura-territorio, como una forma de redimensionar el concepto de propiedad de la tierra para los pueblos indígenas. De esta forma, la interpretación del artículo 21 de la Convención tiene incorporados significados culturales diferentes, por lo que se han de considerar las dimensiones colectivas.

Ello sólo es posible en base a la toma de conciencia por parte de los jueces de la Corte de la pluralidad cultural y multiculturalidad de los habitantes de las naciones americanas. En materia de los derechos humanos no existe

una interpretación ortodoxa de los derechos fundamentales. No se trata de satisfacer la interpretación clásica que es aceptada por la parte occidentalizada de la población. Los derechos humanos de la Convención deben de ser significativo para todos. Ello implica abrirse a las formas de vida de los pueblos indígenas y tribales, a los cuales también debe proteger el tratado internacional. De lo contrario, estarían vacíos de contenido para millones de personas, que sustentan su modo de vida valiosa de forma distinta.

Otro aspecto valioso en esta sentencia es que la Corte afirma que los derechos de la Convención como derechos humanos, protegen tanto a los habitantes indígenas, como a los pueblos indígenas. La Corte distingue entre las violaciones individuales de los derechos humanos y las violaciones de los derechos humanos del Pueblo, es decir del ente colectivo. El derecho a la propiedad en su dimensión colectiva, conforme a la cosmovisión indígena es del pueblo como sujeto de derecho y tiene protección. El reconocimiento de la identidad como pueblo sujeto de derecho, va de la mano con el reconocimiento del pueblo como entidad. Parte de la doctrina, tratados internacionales y el derecho interno de varios Estados lo reconocen, al igual que la jurisprudencia de la Corte. Este sujeto colectivo conformado por la nación indígena o el pueblo indígena del caso, es un ente que asume obligaciones y deberes, a la vez que puede exigir el cumplimiento de las mismas por parte del Estado y de terceros. Esta afirmación de la Corte, es controvertida para una parte de la doctrina que apoya los derechos humanos desde la perspectiva del individualismo y del principio de entidad moral fundada en dignidad y la razón. Sin embargo, se trata de una forma de aplicar los derechos humanos en la práctica, de la misma manera en que se reconoce personalidad jurídica para actuar en el derecho a

otras entidades. Ello aún deberá ser objeto de discusión tanto desde la teoría del derecho, como de la teoría política en el ámbito de los derechos humanos.

En este caso, si bien la propiedad del Pueblo indígena no estuvo nunca controvertida, si se retoma la vinculación de la tierra, con su cultura y su forma de vida, como medio de supervivencia como pueblo, por lo que la limitación en el uso de su territorio sólo está justificada por parte del Estado cuando ello no entrañe el peligro de su existencia, deteriore cualitativamente su forma de vida o cause su desaparición.

También es de destacar en la sentencia que la Corte insiste en las características del *Derecho a la Consulta* para los pueblos indígenas. Con elementos básicos para la misma tales como: el ser de carácter previo, de buena fe, con miras a llegar a un acuerdo, ser informada, accesible y adecuada conforme a las costumbres indígenas, además de contener estudios de impacto ambiental y social.

3. CONCLUSIONES ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

Los pueblos indígenas han encontrado una vía de apertura a ser escuchados en condiciones de igualdad al llevar sus demandas ante la Corte IDH. Ha sido un proceso mutuo de aprendizaje, tanto sobre el valor del contenido de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como de la riqueza conceptual que mantienen hasta nuestros días sobre la relación de estos pueblos indígenas con la tierra, el valor del territorio como el espacio en

el que nos encontramos todos y que requiere ser corresponsables de su ocupación, mantenimiento, o deterioro.

La tierra, el territorio es uno de los aspectos más complejos que permanentemente han planteado en sus demandas. No sólo tiene que ver con la propiedad del mismo, sino que va mucho más allá. En última instancia, tiene que ver con la supervivencia de la propia comunidad indígena y, quizás, con la de todos, incluyendo los no indígenas.

Estas demandas ante la Corte, nos han permitido entender con mayor detalle las distintas dimensiones de sus reclamos respecto a sus territorios. Implica entender la relevancia del reconocimiento cultural en igualdad de condiciones entre los indígenas y los no indígenas; los aspectos más básicos del cómo entendemos el derecho y de cual es la teoría que mejor lo explica.

Uno de los aspectos que mejor refleja la riqueza y la importancia de atender el fondo de las demandas indígenas es el esfuerzo interpretativo de los instrumentos internacionales, especialmente la visión de que los derechos humanos están en una permanente evolución y adecuación en cuanto a las libertades que contienen y el deber de los Estados de mantener el respeto a las mismas. Es decir, en materia de derechos humanos el alcance y contenido está por desentrañarse en la medida en que se planteen los nuevos casos y se presenten las demandas concretas. Se cuenta con una serie de principios y de formas de derechos que son el germen de la existencia de otros, que no se aprecian tan claramente en la teoría o en la lectura abstracta, si no que surgen en función de los planteamientos que se llevan ante la Corte.

Esto permite visualizar al derecho como un instrumento vivo, incluyente y eficaz, de forma que comienza a tener vida propia y no solamente formal, es

decir, el derecho existe porque dice y propone algo pertinente y adecuado que es relevante para la vida de las personas que lo ejercen. No tiene que ver con las palabras bellas o concepciones que plasmaron algunas personas en los tratados internacionales hace años. Por el contrario, esos tratados siguen hablando por la voz del juzgador que, atendiendo al mismo, encuentra repuestas adecuadas ante los conflictos de intereses modernos. Es evidente que en el contexto en que se redactó la Convención Americana de los Derechos Humanos, no se tenía en mente exactamente a los pueblos indígenas. De hecho, el tratado diría muy poco respecto de sus demandas sobre el respeto a su identidad, cultura, su territorio o sus tradiciones. El derecho indígena ha tenido un despertar paulatino afín de ser un instrumento eficaz y de peso argumentativo frente a los tribunales nacionales e internacionales. Ahora los Estados se han tomado mucho más en serio el contenido de sus demandas. Las mismas tienen una mejor articulación jurídica y argumentación legítima en los tribunales.

La Corte al considerar las peticiones de los pueblos Awas Tigni en Nicaragua, los pueblos Mayas de Guatemala, los pueblos Saramaka y Moiwana en Surinam, los pueblos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kasek en Paraguay, encontró que, además de la exigencia de respeto a su derecho al territorio y sus recursos naturales, también se encontraba interrelacionado el derecho a la vida, al reconocimiento en igualdad, a la personalidad jurídica, al igual valor cultural, religioso, económico, espiritual, a sus tradiciones, y a su sistema jurídico consuetudinario. En suma, el reclamo podría expresarse en el respeto al derecho a existir de acuerdo a su visión de ver y entender el mundo.

La Corte IDH, a lo largo de estos años, desde la resolución de la sentencia del pueblo Awas Tigni, nos ha aportado los siguientes criterios puntuales:

1. En cuanto al proceso de interpretación del contenido de la Convención Americana, la Corte en uso de sus facultades, establece el alcance y contenido del tratado con un sentido autónomo, por lo que no se equipara con lo que establece el derecho interno de los Estados Parte. Al ser el Tratado un instrumento vivo, observa los aspectos contextuales del caso, con miras a evolucionar el contenido de los derechos humanos. Por tanto, la Corte en observancia del principio "*pro-homine*", no tiene más restricciones que las establecidas en el artículo 29, que son: las de no limitar el uso o goce de los derechos y libertades reconocidos por el Estado; ampliar el contenido de los derechos humanos de la Convención y por extensión acudir a los instrumentos internacionales del que el Estado sea parte o las que establezca su derecho interno.

2. La Corte, escuchó y comprendió la importancia que para los indígenas tiene su territorio ancestral, y lo acogió dentro del contenido del derecho de propiedad, que establece el artículo 21 de la Convención Americana. El artículo dice que "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes". En tal sentido, los pueblos indígenas mantienen una relación con su territorio más allá del mero valor económico o productivo de la tierra. Una diferencia importante es que ésta no se adscribe al individuo, sino que la propiedad es comunitaria. La vinculación es más compleja y omnicompreensiva. Los valores ancestrales que guardan con ella son profundos y trascendentes. El territorio es tanto de los ancestros como de las futuras generaciones. Por lo

que la Corte le otorga un papel importante, vinculándolo a la identidad cultural de los demandantes, y protege la concepción de propiedad de los pueblos indígenas, quienes tienen derecho, en el marco de los derechos humanos, a que les protejan en su uso y disfrute de bienes.

3. La Corte toma en cuenta las características de las víctimas de las violaciones a sus derechos humanos para establecer formas individuales y colectivas de reparación del daño. Entiende que la evolución del derecho del Estado se basó en un modelo de derechos occidental fundamentado en el individuo. Por ello, la Corte analiza las dimensiones y proporción de los bienes colectivos de la Comunidad, así como la justa dimensión que debe tener la reparación del daño. Un ejemplo es el valor de las resoluciones traducidas y difundidas en la propia lengua de las víctimas, en los medios de comunicación oficiales y los de mayor difusión en los Estados. Lo anterior constituye un desagravio colectivo y un reconocimiento del igual valor cultural de los pueblos indígenas. La Corte reconoce que históricamente el Estado ha minusvalorado o ignorado sus tradiciones culturales de forma sistemática. De igual forma que la cultura tiene una dimensión individual y otra colectiva, el derecho a la vida digna también tiene valor si se toma en cuenta el contexto cultural indígena. En sí, la suma de derechos subjetivos de los miembros están inmersos dentro de la comunidad, de igual forma al estar los mismos dentro del ámbito de su patrimonio han de ser protegidos en la misma dimensión por la Corte. El incumplimiento de los deberes del Estado lo hacen sujeto de la responsabilidad internacional.

4. Una aportación valiosa es la analogía que hace la Corte de los pueblos tribales –que no son de origen amerindio – con los pueblos indígenas.

Ellos mantienen de igual forma vínculos de carácter espiritual, cultural y material con el territorio. Tienen una relación comunitaria con la tierra no sustentada en el individuo. El territorio tiene características propias que lo hacen inalienable, indivisible e imprescriptible. Preservan una estructura interna que le da sentido a la vida colectiva de sus miembros. Esta analogía con las Comunidades Indígenas les han permitido acceder de pleno derecho a hacer efectivos sus derechos territoriales frente al Estado. De la misma forma que los pueblos indígenas, los pueblos tribales tienen el derecho de exigir el respeto a su forma de relacionarse con la tierra y a pedir al Estado que delimite y titule sus territorios tradicionales. La Corte protege también la forma en que el pueblo tribal usa su propiedad comunitaria y lo ve compatible con la Convención Americana.

5. La Corte también establece los límites del artículo 21 de la Convención Americana en relación al alcance del derecho de propiedad comunal. Los pueblos indígenas no tienen derecho a ganar en todos los casos en que se presenten conflictos de derechos de propiedad con un particular. En cada supuesto se tienen que ponderar los intereses que se encuentran en conflicto. El Estado, ha de tomar en cuenta el valor cultural, espiritual y de supervivencia que el territorio en cuestión tiene para el pueblo indígena y preverlo en el momento para determinar el grado de afectación que sufre el pueblo indígena. Por tanto, la privación del territorio debe de ser compensada con la entrega de otro de similares características o mediante la entrega de reparaciones económicas.

6. La Corte también se pronuncia respecto al derecho de los pueblos indígenas que han perdido la posesión de los territorios que reivindican en

propiedad. Refiere que este derecho no caduca cuando no poseen la tierra por causas ajenas a su voluntad. Por tanto, la posesión de la tierra no es un requisito esencial para reclamar la propiedad del territorio indígena. En el caso de que terceros de buena fe hayan adquirido la propiedad de los territorios que se reclamen, se ha de ponderar la expropiación o compra de esos territorios al tercero, y en caso de no ser posible tal solución, el Estado ha de proponer territorios alternativos de la misma calidad y extensión, o tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de la Comunidad para proponer otra forma de indemnización.

7. La Corte utiliza, además de la Convención Americana, un conjunto más amplio de Tratados internacionales para sustentar y fundamentar sus resoluciones. Parte de las restricciones que establece el artículo 29 b. de la propia Convención, en la lógica de no restringir el uso y goce de los derechos que el Estado ha reconocido tanto en el derecho interno, como en instrumentos tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el Acuerdo 169 de la OIT. Por lo tanto, el abanico a favor de los derechos humanos individuales o colectivos de los pueblos indígenas y tribales adquiere mayores dimensiones y perspectivas al entender el derecho internacional con una visión más integral o de conjunto.

8. La Corte reconoce el valor y la importancia que tiene el territorio y los recursos naturales para la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas. Sin embargo, reconoce que el derecho al territorio o sus recursos no es absoluto. Por tanto, el Estado podrá restringir o limitarlos. Para ello, establece las siguientes condiciones: a) que las restricciones se

encuentren establecidas por la ley; b) que sean necesarias; c) que sean proporcionales; y, d) que tengan por fin el lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Sin embargo, impone un límite al Estado: La restricción no puede poner en peligro la propia subsistencia del pueblo o sus integrantes. Como aportación singular, para proteger el derecho a la propiedad comunitaria, la Corte establece tres garantías básicas previas para los pueblos indígenas y tribales, que deberá asegurarse el Estado de cumplir previamente a la afectación: a) El pueblo debe ser consultado de buena fe, y de forma efectiva – incluye suministrar suficiente información para que como resultado de ésta, se de el consentimiento informado –; b) El Estado ha de garantizar un razonable beneficio para la comunidad. c) Ninguna afectación deberá realizarse sin previamente haber efectuado y obtenido los estudios de impacto social y ambiental, con el fin de proteger tanto a la población como los recursos del territorio.

9. Un aspecto muy puntual, que merece atención, es la cuestión previa que establece la Corte sobre la identidad de una comunidad. Refiere que no le corresponde en su calidad de Tribunal, ni tampoco al Estado determinar la pertenencia étnica de la Comunidad Indígena, por corresponder ésta únicamente a la propia Comunidad Indígena, como parte de su autonomía. Por lo que se ha de respetar la denominación que ésta utiliza para autoidentificarse. Lo anterior implica el reconocimiento por parte de la Corte de que los pueblos indígenas no se han quedado como entes culturalmente monolíticos, que los pueblos amerindios se han mezclado multiétnicamente sin perder en esencia sus principios, valores, costumbres y formas tradicionales de relacionarse con

su territorio. Por tanto, el Estado no puede poner en cuestión la identidad o la denominación de una Comunidad Indígena.

10. La Corte, en los casos de los pueblos indígenas nómadas que no mantienen la posesión del territorio que reclaman como propio, establece parámetros objetivos, que permiten valorar la conexión con ese territorio. Siendo los siguientes: a) La ocupación y recorrido de las tierras por la comunidad indígena, b) la toponimia de la zona, c) estudios técnicos, d) la idoneidad alegada de las tierras que reclama –la riqueza biológica de la zona, los recursos con los que cuenta, la vinculación histórica. Permite con ello no dejar a la discrecionalidad del Estado el reconocimiento de forma unilateral, y a la vez, ilumina los aspectos que han de contemplarse en los futuros casos a plantear ante la Comisión IDH y la propia Corte.

11. Es importante prestar atención a la posible utilización de normas ambientales con miras a restringir el uso o goce de los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios o a sus recursos naturales. Pueden existir argumentos legítimos para proteger el medio ambiente. Por tanto, se ha de poner especial interés en realzar la armoniosa correlación que existe entre el cuidado a los recursos naturales y los pueblos indígenas.

12. La Corte advierte que la legislación que sólo toma en cuenta el valor económico o productivo de la tierra, y le da prioridad a otras formas de relacionarse con los territorios, como la que tienen los pueblos indígenas, es violatoria de los derechos humanos.

13. El derecho a la vida, es uno de los derechos que se encuentran íntimamente relacionado con el derecho al territorio de los pueblos indígenas. La falta de acceso a éste o las limitaciones a los recursos naturales que

ancestralmente usan como medio de vida, da como resultado evidente el deterioro de la salud de los miembros de la comunidad, al punto de implicar su extinción física. La Corte, establece que el Estado no sólo tiene obligaciones negativas en cuanto al respeto de este derecho, es decir, no quitar la vida por algún acto de autoridad o arbitrario. También establece obligaciones positivas que impliquen atender con urgencia las precarias condiciones en las que se encuentran muchos de los miembros, y plantea la planificación permanente a la atención especial en cuatro aspectos básicos: acceso a agua, salud, alimentos y educación. Lo anterior considerando su lengua, usos y costumbres. Esto es especialmente exigible en el caso de los miembros más vulnerables, como pueden ser los menores.

14. En las formas de reparación de los perjuicios materiales e inmateriales a los pueblos indígenas, la Corte establece la publicación en la lengua autóctona de la resolución como un acto de desagravio colectivo. Ésta ha de hacerse a través de los medios de comunicación tradicionales de mayor circulación, además de los medios electrónicos actuales como es la web.

**CAPITULO QUINTO. PROPUESTAS DE TEORÍAS
ALTERNATIVAS PARA PUEBLOS INDÍGENAS**

Las Teorías del Derecho como Integridad y Derecho como Argumentación se encuentran en diferentes aspectos correlacionadas. Ambas consideran que el derecho no es sólo algo que se deba conocer y aplicar, sino que conciben el derecho como un proceso creativo, dinámico y en movimiento. Es una justicia viva y en permanente desarrollo. Estas teorías mantienen críticas similares ante el positivismo jurídico –la separación de la moral y el derecho; la distinción entre principios y reglas; la negación de la textura abierta del derecho, por lo que no es aceptable cualquier respuesta; la importancia de los principios en comparación con las reglas; la imposibilidad de la subsunción a la regla en relación con la necesidad de la ponderación en los conflictos entre éstos, entre otras-. Esta visión crítica al positivismo es la que de forma intuitiva inicialmente y ahora fundamentada en argumentos racionales me ha llevado a proponerlas en el estudio de esta investigación. La razón es muy simple, los pueblos indígenas tienen un sistema consuetudinario, no tienen reglas, pero se conducen conforme a la costumbre, ésta cuenta con principios de vida buena. Por lo que los principios que defienden estas teorías del derecho y los principios que siguen los pueblos indígenas, están interrelacionados por la vía de los derechos humanos.

1. EL DERECHO COMO INTEGRIDAD: TEORÍA DEL DERECHO DE RONALD DWORKIN

1.1. *Construcción previa*

Ronald Dworkin construyó una Teoría del Derecho basada en la crítica al positivismo de Hart⁵⁰⁰, que permitió cuestionar la idea de lo que entendemos por Derecho. Partir de la idea de que el Derecho no son sólo reglas a aplicar automáticamente y excluir o resolver arbitrariamente lo que no se encuentre en las mismas es una ventana atractiva para los pueblos indígenas, si se consideran sus demandas ancestrales desde el punto de vista de los principios de un sistema jurídico que ha de incluirles como pueblos en el orden jurídico del Estado. Por ello, analizaré a continuación la teoría de Dworkin, deteniéndome, en primer lugar, en los aspectos previos (crítica al positivismo⁵⁰¹; identificación de los principios y las directrices políticas, además de las normas; y los casos difíciles) que llevaron al autor a la posterior construcción de la teoría del derecho como integridad, que desarrollaremos en segundo lugar. Lo anterior para esquematizar los beneficios interpretativos y de aplicación de su teoría para los derechos de los pueblos indígenas, particularmente a nivel internacional.

⁵⁰⁰ VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas. Ross – Hart – Bobbio – Villey – Alexy – Finnis*. LexisNexis. Buenos Aires. 2006. 167.

⁵⁰¹ GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Constitucionales. Madrid. 1998. p. 221.

1.1.1. CRÍTICA AL POSITIVISMO

La crítica de Dworkin al positivismo pasa por explicar brevemente la visión de Hart. Este partió de la división⁵⁰² de las normas en normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias imponen derechos y obligaciones y las normas secundarias reconocen, modifican o extinguen las normas primarias. Hart expone así la “*regla del reconocimiento normativo*”⁵⁰³ que nos permite diferenciar lo que es derecho de lo que no lo es. Las normas así construidas son obligatorias por su validez de origen. Es decir tienen autoridad.

El concepto de derecho nace con la idea de conjunto de normas jurídicas válidas creadas de acuerdo con una norma secundaria fundamental. De ahí la *regla del reconocimiento* utilizada para identificarle si se apega al estándar establecido en la Constitución. Lo anterior es porque la autoridad de las normas primarias y secundarias parten de que las personas las aceptan como obligatorias y justifican su comportamiento conforme a ella; la norma que establece obligaciones fue promulgada de conformidad con lo que refieren las normas secundarias, por tanto –explica Dworkin- las normas así promulgadas son obligatorias⁵⁰⁴.

⁵⁰² HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1977. p. 101.

⁵⁰³ Propone su teoría en cuanto al valor del origen y es equiparable con la teoría de Kelsen. HART cit.a: “*Kelsen y muchos teóricos modernos insisten en que, a semejanza del derecho interno, el derecho internacional posee, y en verdad tiene que poseer, una “norma básica”, o lo que hemos llamado una regla del reconocimiento*”. HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. op. cit. pp. 135, 137 y 288.

⁵⁰⁴ “*Las normas son obligatorias porque han sido creadas de manera estipulada por alguna norma secundaria (...) las llamamos normas “validas”*”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1984. p. 69.

Hart asume que las fuentes del derecho son los actos legislativos y las decisiones judiciales. Refiere que son inevitables las zonas de penumbra⁵⁰⁵ en que las normas de derecho positivo no contemplan con claridad algunos casos, por lo que no existe una norma que se subsuma de manera mecánica al caso concreto. Nos encontramos entonces frente a un caso difícil⁵⁰⁶. Ante ello, Hart explica que algunas normas jurídicas son de textura abierta⁵⁰⁷, sujetas a interpretación judicial⁵⁰⁸. Los jueces en tal caso tienen *discreción* para decidirlos, mediante una legislación nueva creada⁵⁰⁹ por ellos⁵¹⁰. Esta actividad está controlada y restringida.

⁵⁰⁵ HART. H.L.A. "Positivism and the separation of law and morals". *Harvard Law Review*. 1958. pp. 129-150.

⁵⁰⁶ CASALSMAGLIA, Alberto. "¿Porque es importante Dworkin?" *DOXA*. No. 2. 1985. p. 162.

⁵⁰⁷ "Cualquiera que sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar las pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado llamar una "textura abierta". Ver también la definición en aplicación jurisdiccional "La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso". HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. op. cit. pp. 159 y 168.

⁵⁰⁸ "El positivismo jurídico ha sido caracterizado como una posición semántica que aboga por una tesis convencionalista del significado. Por esta razón, sostiene que los casos difíciles son los límites del Derecho. Cuando éstos se producen, las proposiciones jurídicas carecen de valor de verdad y el juez debe acudir al ejercicio de discreción fuerte para dar una respuesta". IGLESIAS, Marisa. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999. p. 280.

⁵⁰⁹ Hart ha sostenido la función creadora del derecho por parte de los jueces. HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. op. cit. 169.

⁵¹⁰ "Aquí los juicios comunes sobre lo que es "razonable" pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se les exige que se adecuen a un standard variable antes de que haya sido definido oficialmente, y puede ser que sólo se lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el standard que ellos deben observar. Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del estándar variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias". HART. H.L.A. *El concepto de Derecho*. op. cit. 165.

Dworkin critica tanto la *regla de reconocimiento* como el hecho de que los jueces puedan actuar con *discreción* para resolver los casos en cualquier sentido. Sostiene que el derecho ofrece para los casos difíciles la respuesta correcta. Dworkin, respecto a las acepciones de discreción, establece diferencias en el sentido débil o el sentido fuerte de tal concepto. En su sentido débil, significa elegir o valerse de su juicio; pero, en sentido fuerte, discreción no es libertad sin límites, sino que aplica estándares de racionalidad, justicia y eficacia. Por tanto, aunque la norma no esté prevista, el funcionario debe apegarse a estos estándares. Por lo que es cuestionable que para el positivismo pueda el juez decidir discrecionalmente sin estándares los casos al quedarse sin normas⁵¹¹. En casos extremos⁵¹², el juez tiene la última palabra aunque la norma sea clara⁵¹³.

Dworkin sostiene que la tesis de los derechos individuales, de igual consideración y respeto⁵¹⁴, son triunfos frente a la mayoría, por lo que un auténtico derecho no debe dejar de serlo por alguna directriz política u objetivo

⁵¹¹ Añon defiende como legítima un tipo de discrecionalidad específica, acotada por objetivos. “La discrecionalidad no consiste en tener un poder de decisión y realizar una elección, sino en la posibilidad de adoptar una decisión legítima. Por una parte, como hemos advertido, el Derecho crea una específica discrecionalidad, aquella al a que dota de límites y objetivos”. AÑON, María José. “Notas sobre la discrecionalidad y legitimación”. *DOXA*. No. 15-16, 2. 1994. p. 910. Isabel Linfante, expone también dos elementos de la discreción delimitada por la norma: “Análisis de la discrecionalidad jurídica: por un lado, la *libertad* que tiene un órgano jurídico en la toma de decisiones para elegir entre diferentes opciones; y, por otro lado, el que esa libertad no es absoluta, sino que se encuentra delimitada por un marco normativo”. LIFANTE, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *DOXA*. No. 25. 2002. p. 414 y 436-437, se decanta por un tipo de discrecionalidad que denomina “discrecionalidad 2” que pudiera considerarse teleológica. La conceptualiza como “aquella de forma central se aplica para promover activamente determinados fines y valores dentro de un marco regulativo. Diferenciándola de la “discrecionalidad 1”, que se limita a hacer una función meramente aplicativa del derecho en un proceso interpretativo reconstructivo de los materiales jurídicos preexistentes.

⁵¹² Un detenido análisis sobre los argumentos en contra de la discrecionalidad judicial de Dworkin. GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. pp. 272-289.

⁵¹³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 86.

⁵¹⁴ Se refiere a la Teoría de liberalismo igualitario de Rawls. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 272.

social colectivo. La vía que Dworkin señala se orienta al modelo de reconstructivismo de Rawls⁵¹⁵, basada como dice Calsamiglia “en el supuesto de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a las instituciones. Las instituciones de nuestros juicios son datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios”⁵¹⁶. Por lo que Dworkin realiza este ejercicio de reconstrucción racional del pensamiento moral y lo extiende al pensamiento jurídico. Vincula íntimamente ambos razonamientos, desde la óptica descriptiva del sistema jurídico.

1.1.2. LOS PRINCIPIOS Y LAS DIRECTRICES POLÍTICAS

Ante este planteamiento positivista de regla de reconocimiento, Dworkin expone ejemplos concretos en los que, frente a los casos difíciles⁵¹⁷, operan otros mecanismos de solución de controversias y no sólo las normas identificadas como válidas mediante la regla de reconocimiento de Hart. Plantea este autor que no sólo las normas se aplican, sino también los principios⁵¹⁸ y las directrices políticas como pautas de solución en los casos difíciles⁵¹⁹.

⁵¹⁵ RAWLS, Jhon. *Liberalismo político*. Crítica. Barcelona. 1996.

⁵¹⁶ CASAMIGLIA, A en el prólogo del libro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel. Barcelona. 1984. p. 11.

⁵¹⁷ VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*. op. cit. pp. 169-172.

⁵¹⁸ GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. pp. 223-225.

⁵¹⁹ Entiende por: “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, algún rasgo económico, político o social de la comunidad. (...) Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 72.

Dworkin considera que los principios tienen una dimensión mucho más amplia, con un mayor peso y que operan en sustitución de las normas. De hecho considera que tras las normas subyacen principios que deben ser ponderados para resolver los casos en que se encuentran las normas en contraposición una de otra. Expone un análisis de normas y principios, en el que encuentra que muchas normas parecieran comportarse como principios de algún tipo. Dworkin considera que los principios son un conjunto de estándares aparte, distintos a las normas, y sostiene que nos encontramos rodeados de ellos, tanto en la historia como en la práctica de los tribunales. Demuestra que los principios también son derecho y que funcionan como fuente de derechos y obligaciones. Por lo tanto, considera que el juez no debe resolver los casos que no se encuentran contemplados debidamente por las normas válidas mediante “discreción”. Al contrario, debe atender a los principios para justificar su resolución.

Analiza los argumentos en contra, que un juez plantearía respecto de la aplicación de los principios:

- Los principios no son vinculantes, por lo que su aplicación no es obligatoria.
- Aun cuando la aplicación de los principios fuera obligatoria, no pueden determinar un resultado en particular.
- Los principios no son derecho, su autoridad y su peso son discutibles por su propia naturaleza.

Ante estos planteamientos, Dworkin concluye que dichas objeciones no implican que el juez pueda dejar de lado los principios y aplicar su discrecionalidad en los casos. Considera que un sistema que tome en cuenta los principios, tendrá una ventaja adicional frente a los que lo excluyan.

Para Dworkin, no se trata simplemente de argumentar cualquier principio, sino que *“para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes”*⁵²⁰.

Advierte que los principios no funcionan como normas, ni tampoco ofrecen una regla con una indicación afirmativa y concluyente. Aun así, deben de ser incluidos y valorados. Por lo anterior, rechaza que solamente pueda restringirse el concepto de derecho a las normas construida a través de la regla del reconocimiento de Hart.

Junto al rechazo a la regla del reconocimiento, Dworkin a su vez critica otro aspecto del positivismo: la tajante distinción entre principios morales y principios jurídicos. Para este autor están íntimamente interconectados. En los principios subyacen argumentos morales de teoría política que son parte de la historia de la comunidad. De hecho, plantea que los jueces en los casos difíciles deben resolver conforme a estándares identificados como principios de

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p 95.

moralidad política. No deben estar guiados por su discreción, sino por sus deberes de justificar su resolución y no existe ninguna norma que les excluya de tal deber y permitirles emplear su discreción.

Dworkin refiere que: *“Los estándares identificados como principios, pueden estar en conflicto y se influyen recíprocamente, de manera que cada principio que tiene importancia para un determinado problema jurídico proporciona una razón que, aun cuando argumento a favor de cierta solución, no la determina. Por consiguiente, quien debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él inciden, y de llegar a partir de ellos a una resolución, en vez de identificar a uno sólo, entre los demás como válido”*⁵²¹.

Los principios coexisten y, en su momento para cada caso en particular, ejercen una influencia de orientación a la resolución argumentada y justificada de manera razonada. Los principios ejercen una influencia gravitacional, no se anulan entre sí. Esta tensión se deberá *ponderar* en cada caso que se presente, y su mayor o menor fuerza determinará la mejor respuesta que esta interpretación pueda ofrecer, es decir, la respuesta correcta⁵²².

1.1.3. LOS CASOS DIFÍCILES

Los casos difíciles se presentan cuando un litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 135.

⁵²² *“La versión fuerte. De acuerdo con esta doctrina, la única respuesta correcta siempre existe y también puede ser detectada en cada caso. (...) La versión débil. Esta versión acepta la idea de que la respuesta correcta existe en el sistema, pero no siempre (quizás nunca) puede ser detectada”*. AARNIO, Aulis. ATIENZA, Manuel. LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2010. pp. 10-11.

institución. Los positivistas refieren que en tal caso los jueces tienen discreción para resolver en uno u otro sentido⁵²³. Para Dworkin esta solución es inaceptable⁵²⁴, porque el juez en este caso inventa deberes y obligaciones y los aplica de manera retroactiva a las partes⁵²⁵. Dworkin se aleja de la percepción de aplicación mecánica del derecho en el que las normas (entendidas como leyes) contemplan los casos de solución de controversias, y propone una tesis de los derechos.

Según la teoría de la función judicial, los jueces sólo deben aplicar el derecho promulgado por otras instituciones y no deben hacer leyes nuevas. Dworkin señala que un argumento para no acatar esta teoría es que en la práctica jurídica este ideal no se apega a la realidad, de forma que las leyes en muchas ocasiones son vagas y es necesario interpretarlas. Aun forzando la interpretación, la misma puede ser insuficiente de manera que los jueces de forma explícita o encubierta legislan. Actúan como representantes del legislador, y para hacer esto deben de hacerlo desde un nivel de subordinación muy profundo, tanto conceptual como políticamente. Dworkin refiere que este argumento es engañoso y que los jueces no deben legislar.

⁵²³ Refiere Santos que: *“(Modelo of rules) Conforme el modelo de las reglas el contenido del derecho se agota en un discreto de normas positivas identificables mediante un modelo convencional del tipo de la regla del reconocimiento de Hart. El campo de pruebas a que somete el autor (Dworkin) a este modelo lo constituyen los llamados casos difíciles (Hard cases), aquellos casos en que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes; frente a estos, el modelo positivista desarrolla una teoría de jurisdicción en la que ocupa un lugar central la idea de discreción judicial”*. SANTOS, Ma. Lourdes. “Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”. *Doxa*. No. 26. 2003. p. 350.

⁵²⁴ VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*. op. cit. pp. 183-186.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p 146. Afirma Santos que *“es contraria a los principios políticos en los que se asienta la actividad institucional de los tribunales — verbigracia, el principio de división de poderes y la irretroactividad de las leyes—”*. SANTOS, Ma. Lourdes. “Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”. op. cit. p. 351.

Dworkin hace una distinción entre argumentos políticos y los argumentos de principio⁵²⁶. Los primeros justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. En cambio, los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo. De manera que los jueces rutinariamente deben resolver las controversias con argumentos de principio. Dworkin dice que *“en los casos difíciles en los que no hay una norma establecida que dicte una decisión en algún sentido, entonces podría parecer que la decisión adecuada podría generarse ya sea en la directriz política o de principio”*⁵²⁷. Sin embargo, a pesar de los precedentes, no existe una clara elaboración que apunte a esta teoría de forma consolidada.

Las objeciones generadas por resolver cuestiones aplicando argumentos con directrices políticas son en particular dos: La primera es la objeción del déficit democrático de los jueces (dentro de la teoría de la adjudicación de la competencia judicial subordinada a la legislación), según la cual la comunidad debese gobernada por la mayoría, y los jueces no son electos; por lo tanto, no son responsables ante la comunidad como lo son los legisladores. Otra objeción es que los jueces, al legislar en un caso concreto, realmente aplican cargas inmerecidas a la parte perdedora, en tanto que aplican de manera retroactiva deberes que ésta no sabía que tenía, y que sus obligaciones fueron creadas después por el juez.

⁵²⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p 148.

⁵²⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 149.

Dworkin refiere que se pueden resolver los casos difíciles con argumentos de principio, justificando adecuadamente las razones, que no deben ser políticas. De manera que el juez puede encontrar que efectivamente existen deberes y derechos, sin necesidad de crear un deber nuevo. Es decir, el juez puede encontrar que existen deberes no creados por el legislativo en una legislación nueva explícita, por lo que en tal caso no existiría ninguna injusticia en imponérselos. Se trata de aplicar los principios jurídicos como la suma de estándares que también son fuente de obligaciones. El juez considera todos los factores del argumento del demandante y si lo considera más fuerte serán satisfechas sus expectativas.

Entiende Dworkin que se debe tratar con cuidado estos argumentos de principio para evitar que no sean entendidos. Para ello, expone un recurrente problema en el trato de la jurisprudencia en la common law, que ven con escepticismo lo que hacen los jueces: *“Los jueces están limitados en sus decisiones por las tradiciones jurídicas y en las decisiones nuevas se percibe que las mismas reflejan la moralidad política del propio juez”*⁵²⁸. Dworkin considera que esta visión inadecuada de la decisión judicial puede ser superada desde la tesis de los derechos políticos, desde la perspectiva de ser una creación histórica y moral en la sociedad civil, esto es, son el reflejo de la práctica y de la justicia de las instituciones políticas. Por lo cual desde esta perspectiva no existe tensión entre la creación judicial y la historia institucional. Por tanto, la tesis de los derechos proporciona una explicación más satisfactoria en los casos difíciles.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 153.

Las decisiones judiciales vistas como decisiones políticas, en un sentido amplio desde la doctrina de la responsabilidad política⁵²⁹, y considerando cierta la tesis de los derechos, implica que los jueces tendrán cuidado, al emitir su resolución, de contar tanto en los precedentes como en los argumentos de principio. De forma que un argumento de principio puede servir de justificación⁵³⁰ para la toma de una decisión amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si demuestra que es coherente con las decisiones anteriores y con las decisiones que la institución está dispuesta a tomar en determinadas circunstancias hipotéticas. De forma que la coherencia es con la aplicación del principio y no con una norma en particular.

Dworkin, al establecer los tipos de derechos, refiere que los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo. Los principios son proposiciones que describen derechos y las políticas son proposiciones que describen objetivos. Entiende Dworkin que cualquier teoría correcta distinguirá, por ejemplo, entre los derechos básicos, que son los que proporcionan justificación, proveniente de la sociedad en abstracto, y las decisiones políticas y los derechos institucionales, que proporcionan a una decisión la justificación de alguna institución política particular y específica⁵³¹. Los derechos abstractos proporcionan argumentos a los derechos concretos, pero la reclamación de un

⁵²⁹ *Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política, que en su forma más general, enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también otras decisiones que se proponen tomar*". DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 154.

⁵³⁰ *"Justificación significa dar razones apropiadas para las decisiones jurídicas"*. BERGHOLTZ, Gunnar. "Ratio et Auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas". *DOXA*. No 8. 1990. p. 80.

⁵³¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 161.

derecho concreto es más decisiva que cualquier reclamación del derecho abstracto. Para clarificar los principios y la utilidad, los derechos no necesariamente obedecen a los fines o la utilidad que representen para la comunidad, ni tampoco a los beneficios económicos, independientemente de que puedan coincidir. Usualmente los criterios económicos proporcionan argumentos políticos y no de principio. Sostiene Dworkin que la tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles conformando o negando derechos concretos, tomando en cuenta los derechos institucionales básicos y, dentro de lo institucional, su naturaleza jurídica⁵³².

Llega Dworkin al siguiente punto de disertación respecto a cómo influyen tanto la teoría política, como la intención y los principios, en los derechos legales o normas jurídicas positivas. Dworkin considera que los principios se encuentran en la base o están incorporados en las normas jurídicas positivas, y este concepto sirve de justificación política de la doctrina de que los casos semejantes deben de ser resueltos de manera semejante a los casos difíciles. Si el juez acepta las prácticas establecidas en el sistema jurídico, entonces, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, debe aceptar alguna teoría política que justifique tales prácticas. Afirma que entonces *“los conceptos de intención de la ley y los principios del derecho consuetudinario son recursos para la aplicación de esa teoría política general a problemas controvertidos sobre derechos”*⁵³³. Dworkin en este punto evidencia sin proponérselo que la filosofía política es sustantiva para entender qué derechos existen realmente en

⁵³² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 171.

⁵³³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 177.

un sistema político-jurídico, acudiendo a los principios que subyacen y permean todo el sistema, incluyendo las normas que el juez aplica.

Dworkin da origen a un juez hipotético filósofo⁵³⁴ omnicomprendido que es capaz de entender la intención de la ley y los principios jurídicos⁵³⁵, al que denomina Hércules⁵³⁶. Refiere que este juez diseñaría las teorías con la habilidad y erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas. Este juez acepta las principales normas constitutivas y regulativas no controvertidas en el derecho y su jurisdicción, acepta que las leyes tienen capacidad de crear y extinguir derechos y los jueces tienen el deber de ajustarse a las decisiones anteriores de ese tribunal, cuyas bases lógicas abarquen el caso. De ahí se infiere que buena parte de lo que será en el futuro la teoría del derecho de Dworkin no niega la convivencia con el positivismo, y que su principal diferencia es que niega que la regla de reconocimiento sea la única fuente social del derecho. No obstante, también existen diferencias en la incorporación de la moral en el derecho, ya que aunque se pueden encontrar teorías del positivismo que aceptan la existencia de principios morales que aplican al derecho, los acotan a aquéllos que el propio derecho ha expresado mediante la

⁵³⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 177.

⁵³⁵ PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. ¿Es necesaria la Teoría para resolver casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad. *Revista telemática e Filosofía del Derecho*. No. 13, 2010. p. 142.

⁵³⁶ “Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules (...) juez semidios que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar al mundo sobre los brazos, reproduciendo así fielmente la imagen de embudo. A partir de aquí no hay más derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y a la abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio. Al predominio de la justicia inspirada por el mandato jupiterino, le sustituye la balanza de nuestros cálculos y compensaciones cotidianas”. OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”. *DOXA*. No. 14. 1993. p. 170.

regla del reconocimiento. Pero en este punto no me extenderé más por el momento.

El Juez Hércules frente a los casos que se le presenten⁵³⁷, estudiará la Constitución, y establecerá cuales son los principios fijados en ella, al tiempo que construye una completa teoría política constitucional y entiende su justificación. Tendrá conocimiento de las normas particulares que refiera la Constitución y puede encontrar si dichas normas particulares tienen algún grado de contradicción entre sí, en relación al caso que se le presenta. Por lo que Hércules acude al conjunto de las normas restantes, también toma en cuenta las prácticas tenidas por firmes en cuanto a esas normas, para ver cual es el grado de tensión entre las normas que consideró contrarias entre sí. Encuentra que tanto las normas como las prácticas no son tan detalladas para identificar un criterio que justifique la superioridad de una norma sobre otra, por lo que concluye que no es un problema de adecuación, sino de filosofía política. A partir de ahí, Hércules inicia un proceso de razonamiento en el que establece en su teoría de la constitución, el conjunto de principios y directrices políticas que mejor justifique el esquema de gobierno. Dice Dworkin que *“debe generar teorías posibles que justifiquen diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante”*⁵³⁸. Por lo que, como se

⁵³⁷ Refiere Ost: “este juez racional que “toma los derechos fundamentales en serio”, que domina “el imperio del Derecho”, que se consagra en toda ocasión, y particularmente en “los casos difíciles” a encontrar “la respuesta correcta” que se impone. Su religión, en efecto, es la unidad en el Derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos con la comunidad en cada momento de su historia”. OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”. op. cit. p. 180.

⁵³⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 179.

advierde, para Dworkin el juez no simplemente decide lo que sea de su parecer a su libre discreción, sino que comprende, elabora y justifica una teoría que, si bien puede ser controvertida, le dará una mejor respuesta para la solución del caso planteado ante su jurisdicción.

Esta perspectiva puntual de los casos difíciles y de la interpretación integral del sistema jurídico, no desdeña completamente la teoría positivista, sino que parte de ella para diferenciar los casos que sí se encuentran contemplados por la ley, y pone en evidencia la penumbra en la solución de los casos difíciles en la práctica. Aunque no existe un criterio nítido para diferenciar los casos difíciles de los casos fáciles, ni tampoco existe en esta teoría política las exactas funciones judiciales y las que realmente surgen desde la práctica, pero permite incursionar a una visión de integralidad de la teoría del derecho. Combina razonamientos y argumentos de los principios que sustentan el modelo jurídico⁵³⁹, con el fin de dar una respuesta correcta a un caso difícil.

Este juez Hércules puede enfrentarse también con otros casos difíciles que impliquen problemas en la interpretación de la legislación, distintos a si la norma es válida o si el contenido es ambiguo. Por el contrario, la norma puede ser suficientemente clara y válida, pero el juez Hércules se pregunta si el legislador redactó esta norma positiva con la intención de que aplicara de esa forma al caso difícil que tiene ante sí. Por lo que Hércules atiende a los argumentos de principio y políticos que implicaron la promulgación de la

⁵³⁹“La interpretación es una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objetivo interpretado bajo su mejor ángulo; es decir, desarrollar al máximo los valores propios del género. La actividad interpretativa implica (...) llevar a cabo un proceso reestructurativo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por ese derecho y se determine qué interpretación los desarrolla en mayor medida”. LIFANTE, Isabel. *Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*. DOXA, No. 22. 1999. p. 191.

legislación, analiza cuáles son las políticas que ofrecen una mejor justificación a la ley, con el fin de entender en su conjunto la interpretación política del legislador y poder determinar el alcance de la norma en su caso concreto.

También el Juez Hércules puede tener un caso difícil que no está exactamente previsto en la ley y analizará si en las decisiones anteriores del tribunal existe algún supuesto en derecho consuetudinario que le pudiera ser útil para tomar una decisión en su caso. Es decir, acudirá a los precedentes jurisprudenciales para conocer el trato de casos semejantes por anteriores jueces. En tal caso, los jueces al establecer normas generales en sus resoluciones para que sean aplicadas en los casos posteriores, podrían tratar estas resoluciones de derecho consuetudinario como si fueran leyes, de forma que el Juez Hércules podría utilizar estos criterios para soportar su propia interpretación de la ley. Dworkin recela de esta práctica llevada al extremo, porque pudiera tener implicaciones funestas en este sentido: una interpretación depende de lo que disponga una interpretación verbal escrita que ponga límites a las decisiones políticas que se pueda suponer han sido tomadas por la ley. Es decir, no se tiene claro exactamente que partes de las resoluciones que citan los litigantes pueden ser tomadas como un precedente con una proposición especial con forma *canónica*. Hace tiempo en la práctica de los precedentes en los Estados Unidos se han dejado de establecer estas opiniones de *forma canónica*, y solamente se atienden a argumentos de principio o precedentes para justificar la decisión, sin referir una norma canónica en particular. Al punto ha cambiado la práctica, que algunos jueces señalan abiertamente que libran a los casos posteriores de determinar el pleno

efecto de la resolución emitida. Por lo que considera que el precedente no debe tener la misma fuerza que si fuera una ley.

En general, refiere Dworkin, los jueces están de acuerdo en que las decisiones previas contribuyen efectivamente a la formulación de reglas nuevas, estas decisiones tienen fuerza gravitacional. Sin embargo, sostiene que dicha fuerza gravitacional no debe ser captada por ninguna teoría que suponga que el precedente tiene fuerza de ley como la legislación. Más bien, considera Dworkin que la fuerza del precedente radica en la doctrina de la equidad como una justificación adecuada de su práctica. Es decir, los casos similares deben tener un trato similar. También acota, respecto al alcance del precedente, aceptando plenamente las que tengan argumentos de principio que justifiquen tal precedente y no argumentos distintos como políticos, de oportunidad, distributivos o de objetivos colectivos como la eficiencia económica. Por lo que no basta con tener un precedente, sino evaluar en qué tipo de argumento se sustentó.

Señala Dworkin para resaltar la importancia de la tesis de los derechos que: *“el concepto ordinario que usan los jueces para explicar su razonamiento a partir del precedente —el concepto de ciertos principios subyacentes o incorporados en el derecho consuetudinario—, no es otra cosa que la enunciación metafórica de la tesis de los derechos”*⁵⁴⁰. Por lo que el juez Hércules puede utilizar mejor este concepto, al identificar más claramente qué principios justifican la utilización de dichos precedentes. Por tanto, también diferenciará la intención de la ley que utilizó en la interpretación legislativa. De esta manera, concluye que las leyes deben obedecer también a la

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 189.

consideración de estos principios, más que por directrices políticas, en tanto que su deber es mostrar su decisión congruente con principios establecidos, de forma que sus determinaciones deben de ser coherentes y ser confirmados por el tribunal. Agrega Dworkin que: *“Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedente de derecho consuetudinario y, en cuanto también han de estar justificadas por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas”*⁵⁴¹. Para la consecución de la empresa de Hércules⁵⁴², Dworkin propone que se emplee una doble estructura vertical y horizontal. En la primera, se atenderá a la jerarquía de autoridad, como la estructura constitucional que ocupa el nivel más alto, y también por esta razón se consideran las decisiones de la Suprema Corte, posteriormente las de los tribunales de menor nivel, también las promulgaciones de otros cuerpos legislativos de menor nivel y por último otros tribunales que en jerarquía interpreten diferentes niveles en el derecho consuetudinario. En todos estos niveles, Hércules identificará la justificación de principio de manera coherente hasta los niveles superiores. Desde el punto de vista horizontal, requerirá interpretar y justificar este principio de manera congruente con los tribunales de su mismo nivel y jerarquía. De esta forma, Hércules examinará la coherencia de la teoría de los derechos a la luz de la interpretación última de los tribunales. Y a su vez tendrá una teoría que debe mostrar la coherencia entre la legislación y los principios que muestra la norma constitucional. Al examinar de esta forma la coherencia en la adecuación institucional, la teoría de Hércules

⁵⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 190.

⁵⁴² El juez entiende que ha de construir un discurso justificativo. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel. Barcelona. 2007. p. 15.

será sobre lo que requiere la ley o el precedente mismo, para considerarse ajustada a los principios.

Con este método, Hércules encontrará errores en la justificación de los precedentes de los jueces que no serán siempre coherentes entre sí, por lo que ordenará las proposiciones examinando los principios esbozados y eligiendo los que mejor justifiquen las decisiones de nivel superior en el ordenamiento.

Hércules tendrá también problemas para encontrar una congruencia total, lo que resultará una exigencia demasiado fuerte de justificación que requiere en su teoría. Pero intentará encontrar la coherencia en los principios conforme a la equidad en la historia institucional, debiendo dejar de lado las decisiones que se fundamentaron en principios políticos o de oportunidad, considerándolas como erróneas. De todo ello puede concluir que alguna parte de la historia institucional pudiera considerarse inadecuada, su exigencia de coherencia la considera una exigencia auténtica.

En todo caso, Hércules debe explicar las razones por las cuales ese número de casos se consideran errores y no deben tener fuerza gravitacional en su explicación de coherencia de su historia institucional. Podrá haber tenido un valor específico, pero no puede apelarse a ellos dentro de un sistema que aspira a ser integral y coherente. Algunos errores son corregibles. Pero en este punto, Hércules deberá exponer una teoría en la que detalle, demuestre y justifique la pérdida de la fuerza gravitacional de esta legislación o de estos precedentes, tomando como base la importancia entre el precedente y la equidad.

Dworkin presta atención a dos argumentos para entender que nos encontramos ante errores institucionales. Considera primero que la equidad incide sobre la historia institucional, no sólo como historia, sino también en el programa político del gobierno y su intención de continuarlo en el futuro, por lo que tiene implicaciones futuras. Si una decisión previa, ya sea una decisión o una ley, es muy criticada dentro del área profesional, este hecho la caracterizará como vulnerable; y, en segundo lugar, también se debe atender la opinión de la comunidad en su concepto de equidad, de manera que si en la comunidad también la ley o la decisión judicial es muy criticada, esta se vuelve vulnerable. Dworkin establece que aunque en un momento determinado estas decisiones legislativas o jurisdiccionales tuvieron un sentido y fueron atractivas, en la actualidad lo han perdido, porque han socavado el principio de equidad. Si mediante argumentos de moralidad política demuestra que tal principio es injusto, entonces el argumento queda invalidado.

Dworkin considera que la intención del juez Hércules es la de respetar los auténticos derechos institucionales y no sólo repetir lo que hacen los otros jueces, de forma que pretende ser capaz de alcanzar las decisiones que satisfagan el sentido de justicia en una comunidad. Dworkin también considera que la objeción del déficit democrático en el poder normativo del juez es más débil cuando se trata de decisiones de principio. Contempla que el Juez Hércules no debe acudir a sus propias convicciones, sino a las establecidas como institucionales. Debe estar entrenado para cumplir su deber en conocer y seguir esos principios, y no simplemente guiarse por sus propias convicciones. No seguirá sus personales convicciones morales, sino que encontrará las convicciones morales establecidas por la comunidad, a lo largo de todas las

instituciones creadas, como la Constitución, que servirá de justificación para la interpretación.

Utilizar el concepto de moral comunitaria en teoría política, implica conocer los conflictos que el concepto conlleva. Dworkin refiere que *“Los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan las instituciones. Este derecho institucional, tal como lo define la moral constitucional de la comunidad, es lo que Hércules debe defender en contra de cualquier opinión incongruente, por más popular que sea”*⁵⁴³. Considera controvertible utilizar el concepto de moral comunitaria y su inclusión en los derechos políticos. Pero para usar este concepto, primero identificará en el caso concreto cuáles son los aspectos controvertibles de los conceptos y concepciones que se refieren a libertad, igualdad, dignidad, entre otros. Observará, como simple cuestión de comprensión de lenguaje, cuáles son los casos claros y definidos en que el concepto es válido dentro de la historia institucional.

La teoría que explique mejor el concepto se identificará por las características históricas de su utilización, es decir, analizará y valorará los conceptos que figuran en la justificación de las instituciones de su propia comunidad. Explica Dworkin que este juez actuará como un propio miembro reflexivo de la comunidad al discutir lo que es la equidad, la igualdad o la libertad. Dworkin considera que este proceso implica cierta habilidad dialéctica para llegar a tener claro el concepto de moral institucional. Considera que este proceso puede ser falible y que los jueces no lleguen a las mismas decisiones, pero cree que vale la pena el esfuerzo, pues la alternativa de dejar a la libre

⁵⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 203.

discreción del juez la resolución no es por mucho atractiva. Cree que con humildad, aunque los jueces puedan equivocarse en cuanto a sus juicios, no deberían renunciar por escepticismo a una mejor solución en los casos difíciles.

Calsamiglia sintetiza la propuesta de “la tesis de los derechos” en el proceso judicial de Dworkin en el siguiente esquema: “A) *En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; B) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe de indagar a quien corresponde vencer; C) Este derecho a vencer existe siempre aunque no exista una norma exactamente aplicable; D) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que garantizan el derecho; E) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan; F) El juez –al fundamentar su decisión en un principio preexistente- no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo*⁵⁴⁴.

De manera que el Juez debe garantizar los derechos y no crearlos. Para ello, deberá mantener clara la visión de que los principios son dinámicos, tanto los principios institucionales como los principios no institucionales que fundamentan los derechos jurídicos, como los derechos morales que son órdenes conceptuales iguales. Deberá, en suma, elaborar una teoría jurídica, coherente, explicativa y justificada. A pesar de las controversias establecidas en la teoría de Dworkin sobre la tesis de los derechos, éste mantiene que debe

⁵⁴⁴ CASAMIGLIA, A en el prólogo del libro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 18.

haber una justificación racional del principio elegido⁵⁴⁵ y no dejar la solución a la discrecionalidad que deslegitima al sistema y lo oscurece.

En conclusión, Dworkin establece un punto de discusión con los positivistas. Consiste en rechazar la tesis conforme a la cual los jueces, en los casos difíciles, ejercen su discrecionalidad al no encontrar una norma jurídica válida creada conforme a la regla del reconocimiento establecida por Hart, misma que Dworkin rechaza como único mecanismo fuente del derecho. Por el contrario, Dworkin demuestra mediante la explicación de casos difíciles que existe una respuesta correcta si se acude a los principios y a las directrices políticas. Dworkin sostiene que detrás de las normas existen principios que subyacen a ellas y que las trascienden en caso de que entren en contradicción con lo que dicen las normas. Dworkin también refiere que los principios coexisten y que pueden entrar en competencia entre sí en los casos difíciles, debiendo de atenderse a la fuerza gravitacional de atracción para encontrar una respuesta correcta. Dworkin, por tanto, propone que se realice un esfuerzo vertical y horizontal para identificar la congruencia de la norma, como la congruencia de las resoluciones de otros jueces, para identificar los principios de moralidad política que subyacen en la comunidad. Dworkin también considera que han existido leyes y precedentes que se han apartado de los principios, por lo cual, los jueces deben descubrir las razones por las que deben dejar de tener fuerza y valor dentro del sistema. Distingue entre

⁵⁴⁵ Las críticas consisten en afirmar que pueden encontrarse principios contradictorios que apoyan a cada una de las partes en su derecho a ganar. También se afirma que los principios son muy generales y amplios, por lo que casi nunca se pueden aplicar a un caso concreto. Otra crítica es en relación a las sociedades plurales, que mantienen en su propia constitución y en sus instituciones principios contradictorios. También se critica que, ante la pluralidad de valores morales, es dudoso que un principio moral pueda dar plenamente la respuesta correcta. CASAMIGLIA, A en el prólogo del libro de DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 18.

principios y razones políticas, económicas o de oportunidad, que dieron origen tanto a las leyes como a los precedentes que, a la luz de los principios, deben considerarse como erróneos y no ser tomados en cuenta.

Esta importante aportación de Dworkin en su búsqueda de coherencia, tanto legislativa como en la resolución de los casos difíciles, le llevaron a aspirar por la vía de los derechos a proponer una teoría del Derecho identificada como “el Derecho como integridad”.

1.2. Desarrollo de la Teoría del Derecho como Integridad

1.2.1. CUESTIONES GENERALES

Dworkin construye su teoría del derecho partiendo del positivismo, aunque también crítica a otras escuelas interpretativas, como el convencionalismo y el pragmatismo⁵⁴⁶. Considera que la teoría debe aspirar a ser una completa integridad política, tanto desde el principio legislativo como el adjudicativo, es decir, los legisladores deben aspirar a que el conjunto del derecho positivo sea coherente desde el punto de vista moral, y los jueces deben de mantener sus resoluciones lo más coherentemente posible⁵⁴⁷⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ “El convencionalismo que se corresponde con la versión ideológica del positivismo jurídico, y el pragmatismo que se corresponde con el realismo jurídico norteamericano”. SANTOS, Ma. Lourdes. “Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”. op. cit. pp.347-387.

⁵⁴⁷ Refiere Santos que “La concepción del derecho como integridad propone al juez que trabaje como si el derecho de una comunidad fuera la obra de un legislador racional de modo que para cada caso hubiera una respuesta correcta y sólo una”. SANTOS, Ma. Lourdes. “Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”. op. cit. p. 354.

⁵⁴⁸ “Obviamente, obedece al modelo de considerar el Derecho como razón”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 23.

Vista por Dworkin la práctica de la integridad como una virtud política desde la equidad dentro de la comunidad⁵⁴⁹, señala que los estatutos diversificados son violaciones dramáticas al ideal de integridad. La práctica en la Corte Suprema se basa en un lenguaje de protección equitativa para derribar la legislación estatal que reconoce derechos fundamentales para unos y para otros no. Refiere que los casos de protección equitativa demuestran la importancia que adquiere la igualdad formal cuando comprende que requiere integridad así como también coherencia lógica, cuando exige fidelidad no sólo a las reglas sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas suponen por medio de la justificación. Su ideal es que el soberano hable como si tuviera una sola voz⁵⁵⁰ coherente con los principios y que en esa misma tesitura el poder judicial resuelva.

Enumera lo atractivo de la idea del derecho como integridad como una importante virtud política. Dworkin sostiene que la legitimidad de la coerción por parte del Estado reside en la autoridad moral que identifica las acciones de la autoridad en la coherencia en el ejercicio de sus atributos⁵⁵¹. Aspecto que desaparecería si se advirtiera el ejercicio parcial, engañoso o corrupto de la autoridad. Por tanto, la integridad protege al ciudadano del ejercicio parcial de la autoridad y también contribuye a la eficiencia del derecho; explica que: “*Si el*

⁵⁴⁹ Refiere Bonorino que “*El derecho como integridad se basa en la consideración de la integralidad como virtud política en igual plano que la justicia, la equidad y el debido proceso*”. BONORINO, Pablo. *Integridad, derecho y justicia*. Siglo del Hombre-Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003. p. 39.

⁵⁵⁰ “*Integrity assumes an (essentially metaphorical) personification of state, which is to be treated as a moral agent: we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are*”. T.R.S. Allan. “Dworkin and Dicey: The rule of law as integrity”. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 8. No. 2. 1988. p. 266.

⁵⁵¹ PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. “Algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana”. Working paper Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. No. 2010. p. 5.

*pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquiera otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse de forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que los principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto*⁵⁵².

La integridad es un vehículo de cambio orgánico. Las ventajas son prácticas: refuerza la autonomía, la autoridad, la legitimidad y el compromiso con las obligaciones políticas en su conjunto, porque se exigirá que los actos sean congruentes con los principios, lo que genera un beneficio de confianza de la moralidad del sistema⁵⁵³.

Dworkin concluye que existe una relación directa entre la integridad y la autoridad moral del derecho. Cuando el Estado acepta la integridad como ideal político tiene legitimidad, frente a uno que no lo acepta. Y así señala: *“proporciona (...) un fuerte argumento para una concepción del derecho que considera fundamental la integridad, porque cualquier concepción debe explicar porque la ley es la legítima autoridad para la coerción*⁵⁵⁴”. Este concepto de Derecho la hace atractiva.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 140.

⁵⁵³ Atienza considera que es un noble sueño, pero que Dworkin sobreestima el papel de la razón práctica para proveer la solución correcta para todos los casos difíciles. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 31.

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 142.

Para la integridad en la interpretación del Derecho, Dworkin propone que los jueces identifiquen que los deberes y derechos legales fueron creados por un solo autor⁵⁵⁵, con criterios de justicia, equidad y debido proceso, de forma que fueron creados con una perspectiva de interpretación constructiva de la práctica legal en la comunidad. Deben mostrar una coherencia histórica, que justifique el esquema de principios que se emplearon al adjudicarlos, de forma que el Derecho presente sea una continuidad coherente del pasado en tanto justifica debidamente los principios que mejor reflejan la práctica de la comunidad⁵⁵⁶.

Para mejor ilustrar su propuesta de versión creativa del derecho como integridad, la equipara a la construcción de un género artificial de literatura que denomina *novela en cadena*. Refiere que *“podemos comparar al juez que decide qué es la ley (...) en una tradición, (...) con el crítico literario que despedaza las distintas dimensiones de valor en una obra o poema complejo”*⁵⁵⁷. En ese proyecto de novela en cadena, un novelista recibe una novela producida en serie de un novelista anterior que la ha dejado inacabada. El novelista actual debe interpretar los capítulos anteriores y agregar su propio capítulo cuidando la coherencia de la obra. Y, en su momento después de su contribución, la envía a un siguiente novelista que efectúa la misma operación y

⁵⁵⁵ “Judges who accept the interpretative ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community”. T.R.S. Allan. “Dworkin and Dicey: The rule of law as integrity”. op. cit.p. 267.

⁵⁵⁶ Refiere Bonorino que *“El derecho como integridad se articula en tono al principio judicial de integridad. Este principio exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad, en algún conjunto coherente de principios respecto de los derechos y deberes que tiene la gente en esa comunidad”*. BONORINO, Pablo. *Integridad, derecho y justicia*. op. cit. p.39.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 166.

realizará una próxima contribución⁵⁵⁸, y así sucesivamente. Cada novelista tratará de construir la novela de la mejor manera posible, de forma que refleje integridad y coherencia. Los jueces también deben considerar la creación de su resolución de la mejor manera posible para que refleje la coherencia con los principios, la historia, la tradición, las instituciones y la obra de otros jueces.

Desde esta perspectiva, el Derecho como la novela en cadena deberá ser visto como la creación de un solo autor, es decir, al seguir el principio de concordancia no debe hacer cualquier interpretación, sino la mejor creación posible de ese autor. Debe buscar una interpretación que capture la mayor parte del texto.

El Derecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de derecho consuetudinario, es como un autor en cadena de derecho consuetudinario. Refiere Dworkin que *“sabe que otros jueces han decidido casos, que a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible (por supuesto que para él se ve desde el punto de vista de la moralidad política y no de la estética)”*⁵⁵⁹. Dworkin advierte que no se debe suponer que las respuestas a distintas cuestiones que el juez enfrenta definen el derecho como integridad como una

⁵⁵⁸Atienza acude también a esta idea de la novela en cadena, entre otros ejemplos, pero desde la perspectiva de la Teoría del Derecho de Argumentación. Refiere que: *“Para el enfoque del Derecho como argumentación, el Derecho consiste más bien en una actividad práctica compleja; la imagen sería más bien la de una empresa, una tarea, en la que se participa: la escritura de una novela en cadena, más bien que el libro ya escrito; la construcción de una catedral, más que la catedral construida, o, aún mejor la actividad consistente en construir y mejorar la ciudad en la que uno tiene que vivir”*. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 33.

⁵⁵⁹DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p.173.

concepción general del derecho⁵⁶⁰. El Derecho como integridad consiste en un enfoque, en preguntas en lugar de respuestas.

Dworkin refiere que en un caso concreto el juez Hércules, una vez visto que las partes plantearon precedentes que a cada una le daba la razón, deberá formarse su propia opinión acerca de la cuestión. Este juez cuidadoso y metódico comenzará por seleccionar los mejores precedentes que le mostraron, y encontrará que los mismos se contradicen entre sí. Identificará los argumentos que refieren cada uno de ellos y verificará si son tratados de forma coherente y consistente con los principios. Identificará cuáles establecen principios de justicia, de moral política en general, y descartará los que no lo consideren⁵⁶¹.

Este juez Hércules distingue claramente los argumentos que son expresados en términos de principios y los que son tratados con un objetivo distinto que obedecen a otras políticas. El juez Hércules tiene presente el Derecho como integridad, por lo tanto entiende que debe de asumir, hasta

⁵⁶⁰ Señala Santos que *“Imponer a los jueces el deber de fallar en todos los casos y además fallarlos con arreglo a derecho vigente obliga a estos al desarrollo de una teoría omnicomprendiva del derecho de proporciones hercúleas capaz de especificar los principios que subyacen a las prácticas jurídicas”*. SANTOS, Ma. Lourdes. *“Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”*. op. cit. p. 355.

⁵⁶¹ Afirma Santos que: *“Uno de los puntos interesantes de la idea de integridad como virtud característica del derecho es que permite explicar de modo satisfactorio la conexión necesaria y al mismo tiempo la diferenciación entre ambos órdenes normativos. La teoría del derecho como integridad afirma la existencia de una relación interna entre el derecho y moral. En efecto, Dworkin señala que la práctica jurídica —de forma muy señalada la práctica jurisdiccional— esta sometida a una exigencia de justificación que no puede satisfacerse apelando a meras convenciones sino que requiere el recurso a principios, y que estos principios han de estar a procesos de justificación como principios morales. Aunque los jueces no pueden decidir sobre la base de sus propios principios, sino sobre la base de los principios del sistema, la integridad les exige aplicarlos no como meras creencias convencionales sino en su condición de principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos”*. SANTOS, Ma. Lourdes. *“Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”*. op. cit. p. 355.

dónde le sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso.

Estos principios se deben hacer cumplir en los nuevos casos que se le presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. De forma que el juez Hércules tiene como objetivo en la interpretación de cualquier parte del derecho que debe hacerlo de la mejor perspectiva posible⁵⁶².

El juez entiende que no tiene la misma libertad que tiene un legislador en cuanto a sus pretensiones políticas, por lo que tiene que tener especial cuidado en justificar sus planteamientos con argumentos de principio y no de política. Hércules, al identificar los precedentes, debe probar cada interpretación de las decisiones judiciales anteriores, y demuestra porqué son algunas incompatibles con la práctica legal en general.

El juez en su visión de Derecho como integridad requiere verificar la interpretación de cualquier parte de la gran red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad *“preguntándose si ésta podría formar parte de una teoría coherente que justificase toda la red”*⁵⁶³. Dworkin sostiene que un juez Hércules podrá comprender los principios que subyacen a los largo de la historia en la moral social, en los actos institucionales y en los precedentes. Lo que le proporcionará la justificación para encontrar una forma coherente de continuar de manera creativa la novela en cadena del derecho, de la cual se

⁵⁶² Refiere Bonorino que: *“Esta perspectiva presupone la existencia de la respuesta correcta en los casos difíciles, que los jueces deben buscar, aunque su verdad no pueda ser demostrada y siempre constituya una cuestión controvertida”*. BONORINO, Pablo. *Integridad, derecho y justicia*. op. cit. p.39.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 177.

sabe parte. Distingue y delimita el peso de las razones expresadas tanto en la legislación como en los precedentes establecidos por los jueces, para elegir las razones de principio de otras razones con fines sociales, políticos, económicos o de oportunidad. Esto lo mantiene en los parámetros principales del argumento de coherencia que está desarrollando y la expresan de la mejor manera. La solución correcta debe de ser, por tanto, integral, coherente, y que obedezca a verdaderas razones de justicia de acuerdo con los derechos y obligaciones que la comunidad ha expresado y conforme a los principios de moralidad política que la rigen.

Encontrará que algunas interpretaciones tienen errores, porque las mismas decisiones no expresan el principio fundamental. En tal caso las descartará y solamente se quedará con las decisiones que así lo expresen de una manera más importante o más amplia. El juez Hércules puede encontrarse con que en algunos casos subyacen principios que nunca fueron reconocidos de manera explícita, pero que expresan mejor una descripción de la mejor decisión actual posible, de forma que aunque resulte polémico podría decidir expandir el límite anterior, expresando una mejor perspectiva de los principios de moralidad política de la historia de su comunidad. Expresará (conforme al Derecho como integridad) su mejor decisión basada en esa interpretación coherente, justificando sus razones del mejor valor moral en concordancia con los principios de la Constitución.

En conclusión, Dworkin presenta su propuesta de Derecho como integridad como una aspiración de coherencia entre los principios, las normas y las resoluciones de los jueces. No cuestiona la importancia de la existencia de las normas que refieran la alternativa de solución de los casos sencillos.

Simplemente, entiende que cualquier caso puede ser sencillo o difícil, pero para los casos sencillos ya existe una forma de solución de acuerdo con los estándares que la comunidad identifica como justos. Su interés en el desarrollo de su teoría del Derecho es identificar los elementos que inciden de forma importante en la labor del juez en su difícil tarea: la equidad, la justicia, el debido proceso, la moral política, la defensa de la existencia de derechos, entre otros, como herramientas que permitirán llevarla a cabo.

1.2.2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

1.2.2.1. El concepto interpretativo del Derecho

Dworkin refiere que cuando los abogados asumen en su concepto de Derecho al *derecho como hecho evidente*⁵⁶⁴, comienzan a tener problemas cuando se les citan casos en los que de manera empírica se *evidencia* lo contrario. Esto implica que nuestras reglas para utilizar la palabra Derecho no son del todo compartidas de forma comprensiva, como para considerarla fijada y clara en nuestro lenguaje común.

Dworkin denomina teorías semánticas del Derecho a los criterios lingüísticos que utilizan algunos filósofos que han desarrollado teorías para juzgar las propuestas de ley, o que describen definiciones de significado, o conceptos, o simplemente las circunstancias bajo las cuales las propuestas de ley son verdaderas o falsas. Según Dworkin: “*el Derecho es –para Austin- una*

⁵⁶⁴ La idea central sería que el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, el único desacuerdo es semántico, por lo tanto es ilusorio. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 35.

*cuestión de decisiones históricas tomadas por personas en posición de poder político, nunca ha perdido su fuerza en el campo de la jurisprudencia*⁵⁶⁵. No obstante, Hart consideró que los verdaderos fundamentos del Derecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental, a la que nos hemos referido como la regla de reconocimiento; por lo que las propuestas de ley son verdaderas no sólo por la posición de poder, sino por la convención social que representa la aceptación de la comunidad. Ambas propuestas son positivistas.

Siguiendo la línea de las teorías semánticas del Derecho se pueden identificar otras posturas como las naturalistas, que en su versión fuerte sostienen que *“el Derecho y la justicia son cosas idénticas, de modo que ninguna propuesta de ley injusta puede ser verdadera*⁵⁶⁶. En su versión débil, entiende que la moralidad es a veces relevante en lo referente a la verdad de las propuestas de ley. De forma que ambas propuestas son contrarias a las referidas por el positivismo, que sostiene que la moral no es determinante en la verdad de las proposiciones jurídicas, sino son las fuentes sociales. Otra versión rival del positivismo, pero desde la escuela más escéptica que es el realismo jurídico, sostiene que las reglas lingüísticas que siguen los abogados convierten a las propuestas de ley en instrumentales y proféticas. De forma que el significado exacto de la propuesta de ley depende del contexto. De esta forma, la ley no existe, sino que son predicciones de lo que probablemente el juez hará. Esta versión para Dworkin difícilmente podría considerarse una teoría semántica.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 37.

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 38.

Dworkin refiere que un argumento genuino sobre el Derecho debe de ser empírico en lugar de teórico, por lo que retoma alguna línea del positivismo en su defensa desde el punto de vista del hecho. Piensa que, en realidad, su desacuerdo es respecto a los criterios objetivos que se están utilizando para describir cuando las propuestas de ley son verdaderas o falsas. Por tanto, el problema es un problema de teorías semánticas, sobre los criterios que se deben compartir para extraer las reglas en la discusión. De forma que: *“Si los abogados siguen reglas diferentes al hacer uso de la palabra “derecho”, utilizando criterios objetivos diferentes para decidir cuándo una propuesta de ley es verdadera o falsa, entonces cada uno debe querer decir algo diferente cuando explica qué es el derecho”*⁵⁶⁷. A este desacuerdo Dworkin lo denomina *el agujón semántico*, pero lo considera más un desacuerdo teórico que empírico.

Para darle solución propone asumir una actitud interpretativa, y expone el ejemplo de la cortesía, en el que destaca principalmente dos componentes. El primero es identificar que la práctica de la cortesía tiene en sí misma un valor, de manera que sirve a un propósito o interés o hace cumplir un principio. El segundo es que estas reglas tienen un sentido, de forma que cuando cambia el sentido, las reglas se modifican al ser sensibles a este sentido, es decir, las reglas de cortesía cambian en tanto que evolucionan los valores y, por tanto, las prácticas que le dan sentido, por lo que se reestructura su significado. La cortesía esta fijada por la historia y las convenciones de la época, pero evoluciona también conforme se asume una actitud crítica ante ellas, al no conservar el valor que les daba sentido mantenerlas. Dworkin resalta que estos

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 43.

dos componentes interpretativos son independientes, pero para este ejemplo le interesa mantenerlas unidas.

Dworkin refiere que, ante las reglas de cortesía, se puede mantener su conformidad o la rebelión. En un primer momento, tiene valor como práctica social, la forma tradicional se utiliza en la práctica. Pero cuando se desarrolla la actitud interpretativa se adquiere un poder crítico, de manera que puede distanciarse de la tradición y exigir otras formas de cortesía que anteriormente no estaban establecidas. Por lo que se afirma que la verdadera cortesía se manifiesta de una nueva manera. La interpretación se pliega a la práctica, adquiere una forma nueva la cortesía y esto ocasionará una nueva reinterpretación de la misma. Cuando la práctica de la cortesía se vuelva estática y mecánica, entonces aparecerán nuevas formas de marcar distancia de la misma con otra actitud crítica interpretativa. Por lo tanto, desde la perspectiva histórica, la tradición de la cortesía cambia a través del tiempo. Dworkin tiene interés en identificar cómo evolucionó la práctica desde el punto de vista de los intérpretes. Para ello, define varios ejemplos de interpretación de una práctica social: la conversación, la interpretación científica, o la interpretación artística. Por ejemplo, una obra de arte se ocupa esencialmente de los propósitos y no de las meras causas. Entender el propósito de la creación o de la intención del artista es el objetivo de la interpretación creativa, para ello se deben construir las razones desde su punto de vista. La interpretación de las prácticas sociales es también la intención o el propósito; por lo tanto, es una interpretación constructiva de la práctica para entenderla de la mejor forma posible.

Dworkin utiliza estos ejemplos para expresar que: *“Un participante que interpreta una práctica social, según este punto de vista, propone un valor para dicha práctica al describir el esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica puede servir, expresar o ejemplificar”*⁵⁶⁸. Por lo que la interpretación creativa, bajo la perspectiva constructiva es una cuestión de interacción entre propósito y objeto, dado que el objeto está acotado por la historia o por la forma en que se realizó esta práctica.

Para Dworkin, interpretar es tratar de comprender algo de una manera particular. Significa tratar de descubrir los motivos o intenciones del autor. En la interpretación de una práctica social se trata de demostrar el objeto de la práctica en forma precisa, tal como es en realidad. Para ello, se deben recuperar las intenciones verdaderas, históricas de sus autores y no imponer los valores del intérprete. De forma que se deben aplicar métodos de interpretación constructiva que permitan entender de la mejor manera posible esa práctica social. Para lo cual toma el símil de la interpretación constructiva en el arte.

Uno de los puntos problemáticos es la sana distancia que debe existir entre el intérprete y la práctica social que se desea interpretar. El intérprete es un miembro de la comunidad que tiene sus propias ideas de lo que significa dicha práctica, de forma que no es un observador imparcial de la práctica, sino que mantiene sus propias ideas de lo que es valioso. Esto a la vez dificulta y facilita la investigación del objeto a interpretar, porque el intérprete reconoce desde su práctica el significado del vocabulario que se emplea, tiene conocimiento y convicciones semejantes a los demás miembros de la

⁵⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 49.

comunidad que realizan dicha práctica, comprende el sentido de los reclamos de los miembros, de forma que para él, le es más sencillo identificar los códigos que rigen en la práctica de la sociedad, por ser los mismos que él ha utilizado como miembro interno. En suma, habla el mismo idioma. Pero al ser miembro de la comunidad a la que desea investigar, ¿cómo puede distanciarse críticamente de lo que para él significa esa práctica, y no terminar refiriendo sus propias convicciones y no lo que verdaderamente significan las mismas? Dworkin supone en estos casos que: *“Sus conclusiones no son entonces informes neutrales sobre lo que piensan los ciudadanos (...) sino postulados (...) que compiten con los de ellos”*⁵⁶⁹. Para Dworkin, parte de la solución es una cuestión de método para identificar lo que sería una conciencia colectiva o grupal, que puede sustentarse en diferentes motivos y propósitos, distintos a lo que piensa el intérprete. Analiza así las etapas de la interpretación constructiva.

A) Etapas de la interpretación

Para que la interpretación constructiva pueda ser utilizada en el estudio del derecho distingue tres etapas: la etapa preinterpretativa, la etapa interpretativa y la etapa posinterpretativa. La primera es en la que se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica; para ello se requiere un cierto consenso y abstracción. En la segunda, el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Esto será un ejercicio de debate sobre el objeto analizado, identificando las razones importantes y distanciándose él mismo de manera crítica de su significado. Él debe verse a sí

⁵⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 52.

mismo interpretando la práctica y no creando una nueva. En la tercera etapa posintepretativa, el intérprete ajusta su sentido sobre lo que necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa.

El método propuesto por Dworkin es deliberativo, por lo que propicia una serie de controversias al no generar propiamente consensos entre los participantes de esa práctica con respecto al significado o su justificación. Y mucho menos con la interpretación desde la mejor perspectiva constructiva a la que se concluye. De forma que entre los miembros pueden no llegar a “ver” en forma inmediata las dimensiones de su práctica social. Por ello, el intérprete debe partir del mejor consenso al que pueda llegar respecto del valor, de las creencias o suposiciones que tenga la sociedad en general de la existencia de la práctica, para poder elaborar un ejercicio que mejor las explique desde su mejor perspectiva. Y no caer por parte del intérprete en la invención de la misma.

Dworkin da un giro en la discusión para poder integrar otro elemento en la interpretación. Refiere que existe una movilidad histórica de los significados, de manera que es difícil ajustarse a un solo concepto como válido, y recurre a las concepciones como una forma de obtener mejor delineada una práctica sin estar limitado a un concepto. Propone el ejemplo de un árbol, en el que el tronco sería el área en el que el público estaría más de acuerdo sobre las proposiciones generales y abstractas, y las ramas serían una forma refinada y concreta de las proposiciones. El tronco proporciona una base inicial general del significado, en el que posteriormente se construyen nuevas ideas y discusiones del significado mismo. De ahí se partiría a un consenso del

concepto y también tendrían validez algunas concepciones de dicho concepto. Dworkin señala que: *“El contraste entre concepto y concepción es un contraste de niveles de abstracción en los que puede ser estudiada la interpretación de dicha práctica”*⁵⁷⁰.

Para Dworkin las teorías positivistas pueden ser identificadas y entendidas como subinterpretaciones de una idea más abstracta. De manera que la discusión es interpretativa y no semántica. El acuerdo o desacuerdo de dicha práctica en el futuro pudiera desaparecer o aparecer, dependerá del momento en que se desafíe el paradigma. Los paradigmas aseguran las interpretaciones, pero ningún paradigma está seguro. Podrían ser rechazados como válidos y cambiarse por otros, de forma que lo que en su momento pudo haber sido considerado como firma, en el futuro podría ser un anacronismo. Tal y como ocurre ahora en nuestras visiones del pasado.

En el caso de la justicia, Dworkin considera que el debate es realmente sobre la mejor concepción del concepto, por lo que no deja de ser una interpretación. Nuestra interpretación esta acotada por la historia de la práctica de la justicia y ésta sustenta otras ideas políticas y morales que tenemos. Sin embargo, la interpretación que adoptemos es importante porque nos lleva a tener un compromiso y es precisamente en ese compromiso en dónde radica su valor.

Dworkin refiere que existe un escepticismo tanto interno como externo de que se puede encontrar una respuesta correcta. Se afirma que: *“en los casos difíciles no puede haber una respuesta correcta sino respuestas*

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 61.

*diferentes*⁵⁷¹. De manera que distintas personas con gustos y valores diferentes verán diferentes significados respecto a lo que interpretan, sobre todo, en el valor de las prácticas sociales, tanto en lo estético como en lo moral. Recoge Dworkin el escepticismo interno como el dirigido a la substancia de los reclamos que desafía, se basa en la solidez de una actitud interpretativa general que cuestiona todas las interpretaciones posibles de un objeto de interpretación particular. Esto es, cada quien considera que tiene una mejor interpretación que otro, por eso elige la suya.

El escéptico externo tiene una teoría metafísica, no una posición interpretativa o moral. Insiste en que no son descripciones que puedan ser probadas como lo es la física, niega valores estéticos o morales. Su escepticismo es externo porque no está comprometido, sus conclusiones no tocan la verdadera conducta de la interpretación, insiste en que todas estas opiniones están proyectadas en la “realidad” y no que son descubiertas por ella.

Refiere Dworkin que este escepticismo si tuviera solidez concluiría que⁵⁷²: *“condenaría de alguna manera la creencia que suelen tener los intérpretes: que una interpretación de un texto o práctica social puede ser mejor que otras, que puede haber una “respuesta correcta” para la pregunta sobre cuál es mejor”*. Esta actitud escéptica externa entiende que las personas con culturas diferentes tienen opiniones diferentes sobre la belleza y la justicia, estas virtudes no pueden ser propiedades del mundo independientes a la actitud.

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 65.

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 67.

Un escéptico interno rechazaría esta posición precisamente porque considera que una determinada interpretación, la suya, es mejor que la otra. De manera que establece un compromiso interpretativo. Por lo tanto, un escéptico interno no puede tener la misma postura que un escéptico externo. No podría mantenerse una actitud de que ningún juicio moral es en verdad mejor que otro, porque dejaría fuera su propia opinión.

Para Dworkin la distinción entre los tipos de escepticismos es importante, porque se aleja del escepticismo externo, al considerarlo confuso y falta de interés, para él esta actitud es tonta e inútil. Se pide, por un lado, una demostración metafísica empírica que nadie pueda resistir y, por otro lado, rezongan de la jurisprudencia como algo subjetivo. Esta visión ejerce una fuerte influencia entre los abogados, pero no se analiza desde los casos, por lo que no agrega ni sustrae nada al asunto del derecho.

La verdadera discusión estaría en el escepticismo interno, en el que se debe ganar con los mismos argumentos que al rival. Dworkin pretende llegar a las razones por las cuales una argumentación es mejor que otra, en una descripción del derecho de forma más satisfactoria desde la propia práctica. Entiende que sus argumentos no serán demostraciones, sino más bien invitaciones al desacuerdo, por lo que se debe atender a la reflexión sobre la solidez de los mismos y el por qué son correctos o están equivocados. El compromiso está en las convicciones de cada uno respecto a la mejor descripción de la práctica del derecho. Por ello, el mejor marco de discusión respecto a la historia de lo que es la justicia o lo que es el derecho es a través de la jurisprudencia. Vamos a analizar a continuación este concepto.

B) La jurisprudencia

La jurisprudencia desde la perspectiva de los derechos⁵⁷³, elimina la tensión entre creación judicial e historia institucional. Los jueces deben hacer juicios nuevos sobre los derechos que argumentan tener las partes. Estos derechos políticos son fruto de la historia institucional y de la moralidad, por lo que, aunque entren en competencia, explican y justifican la decisión del juez al aplicar una norma nueva y no atender al precedente, o viceversa.

El problema que identifica Dworkin en el *common law* respecto de la jurisprudencia es un problema de enfoque de las técnicas que se utilizan para estudiar el derecho, que para él implican un sesgo. A los abogados se les enseña a analizar leyes y opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica; adquirir las habilidades para analizar cuestiones fácticas y resumir con precisión los hechos, a pensar en términos tácticos para diseñar leyes e instituciones legales que produzcan un resultado previamente determinado de antemano. A juicio de Dworkin, esta forma de enfocar el derecho deja intactos verdaderos problemas jurídicos de principio de lo que es el derecho: “No daba más que una ilusión de progreso”⁵⁷⁴.

Dworkin explica las distintas posturas tomadas por las escuelas⁵⁷⁵ frente a los problemas políticos y jurídicos, tanto de Inglaterra como de los Estados Unidos, desde la “jurisprudencia analítica” y la “jurisprudencia ética”⁵⁷⁶. La

⁵⁷³ “Las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 153.

⁵⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 44.

⁵⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. pp. 44 y 45.

⁵⁷⁶ La primera se orienta a la cuidadosa elaboración del significado de los términos en el sentido jurídico; y la segunda a lo que debe ser el derecho.

teoría jurídica ortodoxa pretende que se aplique el derecho existente, pero ante la complejidad de los problemas nuevos, comienzan a existir resoluciones que no se adaptan a esta aplicación mecánica del derecho. Pareciese que los tribunales están creando nuevos principios políticamente controvertibles, de manera que existe la necesidad de justificar las resoluciones por parte de los tribunales.

La escuela realista escéptica, frente a la afirmación de que el juez únicamente aplica las normas, considera que se debe atender más a lo que los jueces hacen y no a lo que dicen. El juez tiene gustos políticos, preferencias morales, y éste únicamente recurre a la norma para soportar su previa determinación de manera racional. Es mejor tener más conocimiento del juez como humano, en cuanto a sus estímulos e intereses, para obtener el resultado jurídico apropiado⁵⁷⁷.

El punto es problemático respecto al poder político que tienen los jueces a su real función, los principios de la justicia, la justificación de las resoluciones etc. Para Dworkin en última instancia: *“no sólo afecta a la extensión de la autoridad judicial, sino a la extensión de la obligación moral y política que tiene un individuo de obedecer la ley hecha por los jueces”*⁵⁷⁸.

Para Dworkin las pretensiones pos-realistas fracasaron al enfocar el problema de las normas y la resolución judicial, o el enfoque de estándares económicos del derecho, tratando de relacionar eficiencia del derecho como medios y fines. El punto es que los problemas de jurisprudencia son, en lo más

⁵⁷⁷ Enfoque sociológico y enfoque instrumental del derecho. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 47.

⁵⁷⁸ En última instancia ¿Se ajustan los jueces a las normas? DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 48.

profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales, ni de estrategia. Por lo que es un problema de teoría moral.

Dworkin refiere que las doctrinas jurídicas se unen con un amplio cuerpo de tradiciones morales, porque en principio recomiendan que el gobierno debe tratar a los ciudadanos con el respeto y la dignidad que se exigen entre sí los miembros adultos de una comunidad. De manera que el gobierno puede restringir a un hombre por su propio bien o por el bien general, pero sólo puede hacerlo sobre la base de su comportamiento a partir de las mismas normas por las cuales se juzga a sí mismo. Por tanto, el gobierno debe mostrar un mínimo de respeto incluso a los acusados y tratarlos como seres humanos.

Como Dworkin ha propuesto que el concepto de Derecho es un concepto interpretativo, por lo que es mejor identificar desde la práctica la mejor interpretación de sus responsabilidades, y como había referido que los desacuerdos teóricos son interpretativos, el destino de los casos dependerá de las convicciones interpretativas de cada juez. Por lo que, si cada juez tiene una teoría interpretativa basada en sus propias convicciones de la práctica legal, estas convicciones podrían ser diferentes. Sin embargo, existen aspectos que limitan que sean diametralmente distintas las proposiciones de derecho. Los jueces piensan en el derecho desde dentro de la sociedad, son parte de un proceso intelectual que esta hilvanado por la historia de los precedentes, los que serán considerados en el momento de hacer una resolución.

También los paradigmas de derecho, el lenguaje corriente, entre otros, ejercen fuerzas centrípetas en la imaginación, por lo que estarían desalentadas las interpretaciones radicales. Al mismo tiempo existe una tensión entre

tradición y cambio, de forma que en la interpretación se manifiestan las fricciones de las diferentes corrientes ideológicas, las que al final de cuentas benefician al derecho al hacerlo más sensible a las distintas teorías intelectuales. El derecho es evolutivo, de manera que lo que en su momento era un *hecho evidente*, posteriormente se cuestiona firmemente, al punto de que se rompe el paradigma y se establece un nuevo enfoque.

Dworkin refiere que para encontrar el mejor concepto y concepciones de derecho en la teoría será necesario utilizar el método interpretativo propuesto, siguiendo las etapas referidas como etapa preinterpretativa, etapa interpretativa y etapa posinterpretativa. Elige para ello la identificación de las estructuras de la concepción de teorías rivales entre sí y posteriormente hace su propia propuesta teórica. Las concepciones son el convencionalismo, el pragmatismo legal y su teoría de Derecho como integridad.

Dworkin, para probar su método interpretativo, establece un marco conceptual muy general, desde el punto de vista de la filosofía política, que es el siguiente: *“Los gobiernos tienen objetivos: y es hacer que las naciones que gobiernan sean prósperas, religiosas, poderosas o eminentes; también desean permanecer en el poder. Utilizan la fuerza colectiva que monopolizan para éste y otros fines. (...) el sentido más abstracto y fundamental de la práctica legal es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera: La ley insiste en que no se utilice la fuerza sin importar lo útil que sería para los fines en vista, sin importar lo nobles derechos y responsabilidades individuales prominentes de decisiones políticas anteriores sobre cuándo se justifica la fuerza colectiva. Sobre esta base, la ley de una comunidad es el esquema de derechos y responsabilidades que corresponden a esa compleja norma: permiten la*

coerción porque provienen de decisiones políticas anteriores correctas. Por lo tanto, son derecho y responsabilidades “legales”. Esta caracterización del concepto de derecho establece lo que a veces se denomina “regla de derecho”⁵⁷⁹. De esta manera tan abstracta y general, partiendo de los paradigmas, describe de forma muy básica una estructura de forma provisoria.

Las diferentes concepciones de Derecho tenderán a mejorar este inicial concepto, porque con esta delineación básica la discusión será interpretativa y no semántica, de forma que la confrontación será sustantiva.

1.2.2.2. La dimensión moral

Una de las intensas discusiones respecto de lo que es el derecho proviene de la identificación que Dworkin hace desde un concepto interpretativo que está vinculado íntimamente con la moral. El positivismo se cierne sobre las fuentes del derecho en su teoría: El Derecho consiste en lo que las autoridades legislativas han establecido. Dworkin insiste en que, desde las prácticas reales de los ciudadanos, los abogados y los jueces de las comunidades políticas complejas, se observa que, cuando se discute respecto al contenido de lo que es Derecho, se recurre a consideraciones morales que el positivismo no puede explicar⁵⁸⁰.

Dworkin sostiene que las resoluciones de los jueces importan, porque tratan distintos aspectos sensibles en la comunidad, es inevitable la dimensión moral de una acción ante la justicia y, por tanto, el riesgo de alguna forma de

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 77.

⁵⁸⁰ Refiere Bonorino que “Muchas de las tesis jurídicas de Dworkin se encuentran íntimamente relacionadas con su concepción de moral política”. BONORINO, Pablo. *Integridad, derecho y justicia*. op. cit. p.24.

injusticia pública (si un juicio no es justo). Ante ello, la comunidad ha infligido un daño moral a uno de sus miembros; le ha obligado a recibir una carga inmerecida a la que nadie tenía derecho de hacerle padecer o sufrir. De forma que un juez tiene un gran poder al decidir lo que la ley dice o lo que la ley es.

Dworkin refiere que en cada juicio se presentan por lo menos tres planteamientos: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones de moralidad y fidelidad política. Particularmente se centra en las cuestiones de derecho como las especialmente problemáticas, porque algunos aspectos implican cuestionar no sólo si el derecho es verdadero o falso, es decir, si se siguió el camino previsto para la existencia de la ley como válida, sino que, en ocasiones, el conflicto es en cuanto al “*desacuerdo teórico*” de lo que es derecho, aspectos que van más allá de lo establecido en la norma.

El desacuerdo teórico llega al punto de cuestionar si los jueces realmente *inventan* la norma o *la mejoran* en su mejor comprensión de acuerdo a los fundamentos del derecho. De manera que lo que antes era legal, ellos interpretan que ahora es ilegal, pero no cambió la norma del legislativo, sino que ellos en ese caso crearon una norma nueva que dice qué se debe de entender en este sentido. Algunos dicen que realmente no existe un desacuerdo teórico y que sólo es una ilusión generada por abogados.

A esta forma de identificar el derecho Dworkin la llama “*el punto de vista evidente de los fundamentos del Derecho*”. Esta forma implica entender que sólo se debe aceptar que es Derecho lo que las instituciones legales han decidido en el pasado, de manera que esa es la ley, y si deciden lo contrario entonces esa es ahora la ley y punto. Para los que asumen este punto de vista,

un buen abogado lo que debe hacer es una búsqueda de las leyes y los precedentes, de forma que cualquiera que realice esta operación empírica llegará al mismo acuerdo con todos los demás abogados. Si persiste el desacuerdo entonces alguien no realizó bien el trabajo empírico. Se insiste en que el Derecho existe como un hecho evidente, en otras palabras: *“lo que es el derecho de ninguna forma depende de lo que debería ser”*⁵⁸¹. Por tanto concluye Dworkin que cuando no existe un acuerdo teórico de lo que es el derecho, en realidad están en desacuerdo con respecto *acuestiones de moralidad y fidelidad*⁵⁸² y no sobre el Derecho.

Dworkin sostiene que tras las normas subyacen principios. Que tal principio es, en realidad, un punto de partida para una correcta interpretación de los que dice la norma, por lo que no se puede aplicar la norma sin conectarla con el principio que subyace en todo momento en la misma. Aplicar la norma desprovista de principios es asumir una aplicación mecánica y desnaturalizada de todo el entramado legislativo.

El principio es un valor moral que justifica la acción del legislador y la utilización de esa justificación por parte del juez al emitir su resolución. De forma que los principios orientan y dan sentido a las normas. Expone varios casos, entre ellos la famosa interpretación que hizo el juez Earl⁵⁸³ para

⁵⁸¹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 19.

⁵⁸² El aspecto de fidelidad implica que los jueces deberían de seguir lo que dice la ley y aplicarla, en vez de buscar mejorarla o crear una ley nueva.

⁵⁸³ *Riggs contra Palmer*, 115 Nueva York, 506, 22, N.E. 188. 1989. *“El caso Elmer. Elmer asesinó a su abuelo (lo envenenó), en Nueva York en 1882. Sabía que el testamento de su abuelo le dejaba la mayor parte de su fortuna pero sospechaba que el anciano, que acababa de volver a casarse, cambiaría el testamento y no le dejaría nada. El crimen fue descubierto; Elmer fue condenado y sentenciado a un término de años en prisión. (...) El Estatuto de testamentos de Nueva York (...) no contenía nada explícito sobre si una persona instituida en el testamento podía heredar según sus términos si ésta había asesinado al Testador”*. De forma que conforme a la ley si el testamento es válido Elmer debería heredar. Ello significaría

encontrar el correcto sentido de un Estatuto, que leído desprovisto de principios, permitía que una persona heredara de su víctima, para encontrar el verdadero sentido de acuerdo con el principio que subyacía tras la norma o Estatuto. Decía a este respecto que: *“Los estatutos deberían construirse a partir de textos, no en un aislamiento histórico sino contra los antecedentes de lo que él denominaba principios generales de derecho: quería decir que los jueces deberían interpretar un estatuto que se acercara lo máximo posible a los principios de justicia asumidos en otra parte dentro del derecho. Ofreció dos razones. La primera, es sensato asumir que los legisladores tienen la intención general y difusa de respetar los principios tradicionales de justicia a menos que indiquen claramente lo contrario. La segunda, dado que un Estatuto forma parte de un sistema intelectual mayor, debería construirse el derecho como un todo para que ese sistema mayor sea coherente en principio. Earl sostuvo que la ley en otras parte respeta el principio de que nadie debe aprovecharse de sus propios errores, de modo que el estatuto de testamentos tendría que leerse para negar la herencia a alguien que ha matado para obtenerla”*⁵⁸⁴. Este punto de vista prevaleció en la sentencia, de forma que Elmer no pudo heredar. Para Dworkin, el conflicto ilustra que el desacuerdo de fondo era sobre lo que es el Derecho y lo que decía el estatuto verdadero, y no sobre si los jueces deberían seguir la ley o ajustarla a los intereses de la justicia o a sus propios intereses.

Expone Dworkin varios casos⁵⁸⁵ en los que se discute qué es el Derecho. La tensión se centra en algunos de ellos sobre los principios y

que un delincuente terminaría beneficiándose por sus delitos. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 25.

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. p. 27.

⁵⁸⁵ Caso Snail darter (protección de una especie) *Tennessee Valley Authority contra Hill*. 437 U.S. 1978; Caso McLoughlin (daño moral), *McLoughlin contra O’brian*. 1983, 1 A.C. 410

directrices políticas, sobre los principios y el texto de la norma, principios y fidelidad al precedente, el peso de los principios, la base constitucional de los principios, entre otros. Pero en todos los casos expuestos se evidencia el desacuerdo en el valor moral de los principios y de cuáles son exactamente los que subyacen en la norma.

Dworkin discute respecto a si la moral puede encontrarse establecida como trasfondo de verdad y validez de las proposiciones jurídicas. Sostiene que en el caso de los Estados Unidos su Constitución puede interpretarse en el sentido de imponer límites morales al derecho que puede crearse en la nación⁵⁸⁶. Es una forma de decir que lo que establece el derecho depende de lo que el derecho debería establecer. Las proposiciones jurídicas no sólo dependen de leyes escritas, sino también de decisiones judiciales previas. Por tanto, las correctas interpretaciones por principio forman parte del derecho.

Éste es un punto de discusión, porque jueces y académicos niegan que la mejor comprensión de la Constitución de los Estados Unidos haga depender la validez de las leyes de cuestiones morales o que la moral tenga algo que ver con cómo deben interpretarse las leyes imprecisas. Dworkin, por su parte, está convencido de lo contrario. Considera que la moral es muy relevante y los criterios morales pueden estar en las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, es decir, que de ellas puede depender que las proposiciones jurídicas puedan ser ciertas y, por tanto, válidas. Para la teoría

revocado Q.B. 599, 1981. *Marshall contra Lionel Enterprise Inc.* 1972, O.R. 177; *Chardwick contra British Transport*, 1967 1 W.L.R. 912; *Jaffre contra Board of School Comm's*, 554. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1982); *Jaffre contra Wallance* 705, F.2d 1526, Cir. 11º 1983; Caso Bown (esclavitud segregación racial), *Brow contra el Consejo de Educación*, 247, U.S., 1954. DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. op. cit. pp. 28-35.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. Marcial Pons. Madrid. 2007. p. 16.

general del Derecho de Dworkin la moral juega un papel importante. Cuando se presentan casos en los que las leyes y los precedentes no tienen una respuesta clara, los jueces pueden resolver mejor el caso si identifican un principio general mucho más profundo. Que la solución no se haya nunca anunciado en la norma o en el precedente, no significa que la respuesta correcta no exista.

Los jueces deben desarrollar una respuesta más profunda conforme a una nueva teoría del Derecho que dé una explicación del concepto doctrinal del derecho que sea más útil. Dworkin expone que no será inmediatamente claro como sería tal teoría o como proceder a construirla. A nivel semántico, los conceptos pueden ser usados de formas muy diversas, y en la construcción de la nueva teoría debe el juez ser muy sensible a la utilización de los conceptos que son compartidos por la gente, y cuándo están de acuerdo en su aplicación en la práctica.

Dworkin refiere que muchos de los desacuerdos teóricos se encuentran en nivel semántico, por lo que establece algunas diferencias de conceptos. Los llama *conceptoscriteriológicos*⁵⁸⁷ cuando la gente comparte ciertos conceptos sólo cuando se ponen de acuerdo en una definición aproximada o precisa que establece criterios para la correcta aplicación del término o la frase en cuestión. Algunos son más precisos que otros.

⁵⁸⁷ Por ejemplo, cuando se define quien es soltero, sabe que es un varón no casado. DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 19.

También Dworkin denomina *conceptos de clase natural*⁵⁸⁸ a aquéllos cuyas instancias tienen una estructura física o biológica, aunque no estén de acuerdo en la naturaleza esencial de los ejemplos o en los criterios que utilizan para identificar tales ejemplos.

Los *conceptos interpretativos*⁵⁸⁹ para Dworkin funcionan de otra forma, nos animan a reflexionar y cuestionar aquello que exige alguna práctica que hemos construido. Para entender los conceptos se atiende al uso lingüístico que las personas realizan de los mismos en la práctica. En el caso de los conceptos interpretativos es importante este hecho, porque se debe identificar como es que las personas lo usan.

Para Dworkin el concepto doctrinal de Derecho es un concepto interpretativo: *“Se elabora el concepto asignando valor y finalidad práctica, y nos formamos opiniones acerca de las condiciones de verdad de las concretas tesis que se sostienen dentro de la práctica a la luz de la finalidades y los valores que asignamos”*⁵⁹⁰. Por lo que las discusiones filosóficas sobre el acuerdo o disenso del concepto doctrinal, están en las hipótesis alternativas a nivel criteriológico o a nivel natural que se elige.

Dworkin pasa entonces a un siguiente nivel de la teoría jurídica que denomina el *nivel iusfilosófico*, en el que el teórico construye su teoría del derecho considerando el nivel semántico. Por lo que Dworkin, al entender que

⁵⁸⁸ Por ejemplo, cuando se define el ADN del tigre, sabe que es un tigre pero no tiene idea de su estructura biológica. DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 20.

⁵⁸⁹ Por ejemplo, conceptos centrales de moralidad política y social, como justicia, libertad, igualdad, democracia, correcto, incorrecto, crueldad, insensibilidad. Dworkin advierte que, en algunos casos, estos conceptos pudieron haber sido criteriológicos y posteriormente pasaron a interpretativos cuando se inserta en una regla o instrucción o principio de cuya correcta interpretación depende algo importante. DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 21.

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 21.

el derecho es un concepto interpretativo, analiza la práctica que en general se hace en la sociedad. Su explicación evidencia la mezcla de valores que mejor justifican la práctica⁵⁹¹ y, por tanto, deben ser considerados cuando en un siguiente *nivel iusfilosófico* se formulen las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas concretas. Defiende que se deben encontrar tales valores estudiando el concepto aspiracional de derecho, para determinar qué valores proporcionan la mejor explicación del concepto; esto es, en otras palabras *qué valores proporcionan la mejor explicación de la ley como ideal político*.

Une el concepto doctrinal y aspiracional del derecho, considerando que es uno en el que la moral es un actor inevitable, y concluye que cualquier teoría sobre la mejor manera de entender un valor político como valor aspiracional del derecho tiene que ser un ejercicio de moralidad política. Refiere Dworkin que *“Cualquier explicación apropiada del concepto aspiracional (de los valores de legalidad e imperio de la ley) debe otorgar un lugar prominente al ideal de integridad política, esto es, al principio de que, en la medida de sus posibilidades, el Estado debe intentar gobernar a través de un uso coherente de principios políticos cuyo beneficio extiende a todos los ciudadanos”*⁵⁹².

Se advierte que Dworkin refuerza su anteriormente expuesta teoría del derecho como integridad con la exposición del derecho como un concepto interpretativo que va unido a la descripción de la práctica social y a la

⁵⁹¹ Refiere Santos que “Si se acepta que el concepto de derecho es un concepto interpretativo, (...) la superioridad de una teoría del derecho se mide en función de su capacidad para ofrecer una interpretación de este concepto que, al mismo tiempo concuerde con las realizaciones efectivas de la práctica en que el concepto está involucrado y ofrezca una mejor justificación de tales realizaciones”. SANTOS, Ma. Lourdes. “Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”. op. cit. p. 352.

⁵⁹² DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 23.

comprensión de los valores que subyacen en esa práctica como principios, de forma que está íntimamente unido el concepto de derecho con el concepto de moral, por razones de moral política.

Dworkin una vez que desarrollo la teoría del valor del derecho a *nivel iusfilosófico*, pasa al nivel doctrinal, en el cual construye una explicación de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a la luz de los valores identificados a *nivel iusfilosófico*. Por lo que refiere que una proposición jurídica es verdadera si extrae principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea. Por tanto, a un nivel profundo, la moral está implicada en la identificación del derecho no sólo a *nivel iusfilosófico*, sino también a nivel doctrinal.

Dworkin considera que cualquier justificación plena de una práctica jurídica debe conceder un lugar importante a los principios de moralidad política, y también a los principios que conceden o limitan el poder, y no sólo quedarse con las interpretaciones jurídicas que se basen en principios que justifiquen las afirmaciones sustantivas acerca de los derechos y obligaciones jurídicas, o que se justifiquen en las prácticas constitucionales y procesales dentro de las cuales se insertan. Cuando el legislativo hace una ley que pertenece al ámbito de moralidad política, y los abogados disienten respecto a si hizo correctamente la ley o su verdadera atribución para hacerlo, la moralidad tendrá un peso importante para determinar si está bien justificada o no tal actuación. Refiere que en los Estados Unidos el papel de la moral es particularmente evidente en tanto que la Constitución impone esos límites al poder legislativo. Por ejemplo, conceptos como “igual protección” del derecho,

implica desde el punto de vista constitucional una cuestión moral. Aunque aparentemente no lo exprese, implican una limitación moral en sentido negativo.

En un siguiente nivel de análisis jurídico, a nivel judicial en la aplicación del derecho, se le exige al juez que sólo ejerza su poder político coactivo del derecho con las restricciones que establecen las proposiciones jurídicas. A la vez, se le pide que actúe con independencia, al punto de contradicción con el derecho positivo. Es decir, el juez tiene un deber que tiene que ver con una cuestión moral, por ejemplo, cuando aunque se le exija que se ajuste a aplicar efectivamente lo que dice la norma, en algunas ocasiones se justifica que deje de aplicarla si la considera inapropiada. Refiere Dworkin que *“Podemos conceder que en algunos casos excepcionales los jueces han de renegar o prescindir del derecho en el ejercicio de su tarea, pero debemos presuponer la vigencia de la expectativa de que no lo harán, que decidirán de acuerdo con aquello que entienden viene requerido o permitido por las proposiciones jurídicas verdaderas”*⁵⁹³. De acuerdo a esta doctrina, existe una obligación moral de obedecer el derecho (así es como funciona usualmente), pero también en algunos casos es moralmente mejor ignorar lo que dice la norma. Como una cuestión de moralidad política, los jueces deben normalmente aplicar el derecho, pero con igual coherencia se puede decir que en ningún caso deberían hacerlo a menos que de modo independiente entendieran que el derecho es justo o eficiente. En tal caso, el poder judicial es moralmente autónomo e independiente.

⁵⁹³ DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 29.

También Dworkin llama la atención en otro aspecto de la moral en la actuación de los jueces cuando no cuentan con una norma concreta que aplicar. En tal caso, la moral tendrá un papel importante para ellos cuando requieran diseñar una teoría jurídica a *nivel iusfilosófico*. Cuando los jueces son instados a hacer justicia en la práctica, se les pide que actúen con una visión de integridad de la práctica, de forma que requieren identificar cuál es el derecho aplicable conforme a su responsabilidad política. De ahí que la discusión no será si la teoría que ejerce introduce un precepto moral o no, sino si sus teorías moralmente aceptables ejercen una valoración política más completa de acuerdo a la teoría.

Dworkin crítica el pragmatismo jurídico, en su asunción como teoría de aplicación judicial del derecho que sostiene que los jueces siempre deben decidir los casos con la vista puesta en el futuro, a modo consecuencialista. De forma que deben dejar atrás el pasado de las prácticas y atender sólo a la mejor decisión de futuro de la comunidad. Se decide cuál es la mejor decisión en función de las consecuencias que produzca. En este sentido, es en cierto punto utilitarista. Dworkin entiende que el derecho como integridad pudiera identificarse con una visión pragmatista que buscará la mejor interpretación del derecho en cuanto al valor o consecuencia que ésta produzca en el futuro. Como la visión del análisis económico del derecho, que buscan maximizar la eficiencia económica prospectiva definida de algún modo

También otros pragmatistas más escépticos, denominados realistas jurídicos, podrían afirmar que las proposiciones jurídicas no son falsas o verdaderas, sino sólo la expresión de las preferencias subjetivas de los jueces, quienes considerarían que buscar las proposiciones de verdad en el derecho

es una pérdida de tiempo. Por lo que el concepto doctrinal del derecho es un concepto fraudulento.

La tercera visión del pragmatismo que expone Dworkin es la que considera más influyente a nivel académico, y que sostiene que *“Cualquiera que tenga poder político debe usarlo para intentar mejorar las cosas de cualquier manera que pueda dada su posición institucional y su grado de poder (...) cualquier preocupación que los jueces puedan mostrar acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas supone una despilfarradora distracción respecto de la meta que deberían estar persiguiendo de forma resuelta: la mejora de su comunidad política.(...) calculo prospectivo e instrumental medio-fines”*⁵⁹⁴.

Dworkin critica esta postura, que defienden juristas como Richard Posner, a quienes considera vacíos en su forma de pragmatismo, porque si los jueces deben decidir los casos de modo que produzcan las mejores consecuencias, no especifica cómo deben decidir cuáles son estas mejores consecuencias. Dworkin insiste en que sigue estando hueca la respuesta de Posner cuando dice que existe una amplia coincidencia entre los jueces estadounidenses respecto de cuáles son las metas apropiadas de su sociedad, de modo que la discusión y definición académicas de estas metas resulta innecesaria.

En este sentido coincido con Dworkin, la postura pragmática no explica mayor cosa, ni los abogados, ni los jueces, ni los académicos, ni la sociedad tiene claro por consenso cual es la mejor solución a los múltiples problemas jurídicos que enfrentamos actualmente.

⁵⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 35.

En conclusión, se puede entender por qué la visión de la interpretación jurídica de Dworkin es tan controvertida en diferentes niveles y no está exenta de críticas. Su explicación interpretativa de la práctica jurídica presupone valores que justifican su práctica, de forma variada y compleja. Refiere que asumen un todo integrado desde el nivel doctrinal y la práctica judicial. Esta postura es rechazada tanto por el positivismo político⁵⁹⁵, como por el positivismo analítico⁵⁹⁶, quienes sustentan diferentes posturas respecto al valor de la moral en el derecho. Se puede decir que rechazan la idea de que el concepto de derecho sea interpretativo y, por tanto, rechazan la teoría jurídica de Dworkin de derecho como integridad.

Dworkin afirma que se pueden hacer mejor las cosas si consiguiéramos entender que el derecho no es algo distinto de la moral, sino parte de ésta. Vista desde la teoría política: *“La moral entendida en términos más amplios, pero distinguible y con su propio fundamento porque es aplicable a unas estructuras institucionales específicas. Podríamos pensar en la teoría del derecho como una parte especial de la moralidad política, caracterizada por un ulterior refinamiento de las estructuras institucionales”*⁵⁹⁷. Por lo que la justicia es determinante para entender el concepto de derecho, es la guía para resolver

⁵⁹⁵ Se puede entender como una teoría de cómo debe interpretarse la constitución. Los *originalistas* refieren que las cláusulas abstractas y aparentemente morales deben interpretarse en el sentido de prohibir sólo aquella legislación u otro tipo de actos que aquellos que la escribieron (padres fundadores) considerarían que habrían de ser prohibidos. Sólo los datos históricos aportan condiciones de verdad a las proposiciones de derecho constitucional. No porque contengan un aspecto moral, sino porque así lo hicieron los hombres blancos muertos. DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 38.

⁵⁹⁶ Éste afirma la independencia del derecho respecto a la moral, por lo que no aceptan ninguna interpretación o justificación moral o política, ni a nivel doctrinal ni a nivel de la práctica, sino que sólo el análisis directo y correcto del propio derecho. Otra variante del positivismo analítico es la del positivismo incluyente, que afirma que la moral es relevante en el razonamiento jurídico sólo cuando las normas de derecho pasan la regla de reconocimiento e incorporan la moral como parte de la norma válida. DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 40 y 43.

⁵⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. op. cit. p. 45.

los problemas iusfilosóficos desde la perspectiva moral, pero también es la forma correcta de interpretar en la práctica, cual es la mejor respuesta que podemos ofrecer en la sociedad.

1.2.2.3. *La dimensión de los principios*

Un aspecto esencial en la teoría del Derecho como integridad de Dworkin es la crítica al positivismo por la asunción de la regla de reconocimiento como única fuente de obligaciones⁵⁹⁸. Dworkin postula que los principios jurídicos importan y tienen una dimensión mucho más amplia, que incluye la moral⁵⁹⁹, tienen un mayor peso y que operan en sustitución de las normas. Su postura parte del análisis de las sentencias que emiten los jueces. Los jueces indagan sobre los principios que subyacen a las normas y los consideran para resolver los casos difíciles. Los principios son máximas morales que se encuentran en el sistema jurídico y en las resoluciones, son parte de la historia de la comunidad.

En la teoría del Derecho como integridad los principios son un conjunto de estándares que, si bien son distintos a las normas, también son derecho y son fuente de obligaciones y deberes. El juez, ante un caso difícil, debe *ponderarlos*, en lugar ejercitar una libre o acotada discreción. La guía del contenido moral y jurídico que se encuentran en los principios permite desarrollar un contenido más sólido en la justificación de la resolución. La gran diferencia entre los principios y las normas es que los principios jurídicos son

⁵⁹⁸ Refiere que los positivistas asumen que “*El conjunto de estas normas jurídicas válidas agotan el concepto de “derecho”*” DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 65.

⁵⁹⁹ Dworkin utiliza un término muy general de concepto de los principios en los que abarca los estándares que han de ser observados en exigencia con la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 72.

generales y, por tanto, no tienen una aplicación automática o mejor dicho no es factible subsumir el hecho en un principio⁶⁰⁰, como se realizaría con las normas. Esta circunstancia nos lleva a la objeción de que es difícil establecer un sentido vinculante de un principio en un caso concreto. Por otro lado, el conjunto de principios no está exento de contraposiciones que orienten una respuesta diferente al aplicar uno u otro⁶⁰¹.

Y, precisamente, por este aspecto de que el juez debe construir un razonamiento integral y coherente tanto entre el conjunto de normas y los principios que subyacen en éstas, como en el análisis de los precedentes emitidos en el pasado, si el juez realmente mantiene su compromiso de considerar que los seres humanos tienen derechos, deberá escudriñar en los principios que existen y dan sentido a la existencia de las normas en un sistema jurídico. Debe razonar respecto a la mejor forma de proteger los derechos ciudadanos conforme a la responsabilidad política que desempeña y conforme a la teoría de la función judicial⁶⁰².

Si bien resolver los casos aplicando los principios no está exento de crítica, el juez debe tratar de advertir tanto la autoridad, el peso y la naturaleza del contenido que postula el principio. Si bien éste no es una fuente

⁶⁰⁰ Refiere Dworkin que: *“Ni siquiera los (principios) que más se asemejan a las normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente”*. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 75.

⁶⁰¹ Dado que no es posible sostener una teoría fuerte sobre el orden de importancia de los principios, podría delinearse una teoría débil que permita al juez un criterio de corrección útil en la ponderación de los mismos. *“Si bien –como se ha dicho- no es posible construir una teoría de los principios que establezca una jerarquía estricta entre ellos, si cabe establecer un orden débil entre los mismos que permita su aplicación ponderada (de manera que sirvan como fundamento para las decisiones jurídicas) y no un uso de los mismos puramente arbitrario”* ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra. Lima. 2006. p. 263.

⁶⁰² Señala Dworkin que: *(El principio) más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular”*. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 76.

evidentemente obligatoria como lo serían las normas, pudiera encontrar argumentos para establecer una dirección que, en su conjunto, pueda ser vinculante y orientar mejor la resolución. Los jueces, al considerar a los principios como derecho, tendrán una ventaja adicional en la justificación de su resolución, sobre los jueces que asuman que las normas no les ayudan para dar una respuesta, y que su discreción es el mejor parámetro de orientación.

Los argumentos jurídicos que se basan en los principios no son cualquier argumento. Se parte de la percepción del juez de que tanto las normas como los precedentes no son útiles para resolver el caso concreto, debe encontrar argumentos de mayor peso. Los principios tanto morales como jurídicos son estándares que, a lo largo de la historia, han sido cambiantes, de forma que se ha de prestar atención especial a la evolución de los mismos, así como la interacción con la moral social y la pertinencia de la vigencia. El juez tiene una responsabilidad institucional de declarar el derecho. Debe encontrar sus mejores argumentos a través de la identificación de los diversos tipos de principios existentes subyacentes en las normas en su conjunto y también los establecidos en los precedentes, para apreciar la fuerza persuasiva que mantienen y su vigencia jurídico-moral. De ahí que sea en el razonamiento conjunto, en el que encontrará la mejor justificación. El juez ha de ser consciente de que los principios no funcionan como normas, ni tampoco ofrecen una regla con una indicación afirmativa y concluyente. No obstante, a pesar de lo controvertido que pueda ser, ha de valorar los principios e

incluirlos⁶⁰³, y no contentarse con restringir su resolución a la aplicación de normas positivas.

Los principios, a diferencia de las normas jurídicas, no establecen deberes específicos o una obligación especial, ni tampoco dicen qué derecho se adquiere, incluso algunos principios ni siquiera se parecen a las normas. Son un estándar mucho más elevado, son orientativos en contra de prácticas injustas, que se deben hacer valer mediante la razón.

También el juez ha de considerar que los principios, al ser generales, mantienen cierta tensión al establecer contenidos que entran en conflicto. Este problema jurídico encontrará solución si se evalúan los principios contradictorios sólo a la luz del caso concreto, atendiendo a la dimensión de peso e importancia⁶⁰⁴, sin pretender obtener una regla general de aplicación⁶⁰⁵. Por lo que el juez, considerando el peso relativo de los principios jurídicos utilizados en los precedentes, deberá en cada caso de manera coherente encontrar el mejor equilibrio existente, sin preconcebir que un principio prevalece sobre el otro de manera automática. Por ello, tendrá que atender al argumento y a su compromiso con la existencia de los derechos como guía en la elaboración de su teoría.

En este punto se debe considerar que la fuerza de los precedentes radica en la doctrina de la equidad, para tratar a los casos similares con una

⁶⁰³ Refiere Dworkin que: *“Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio les determine a inclinarse en uno u otro sentido”*. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 77.

⁶⁰⁴ Considera Dworkin que: *“Los principios tienen una dimensión que falta a en las normas: La dimensión de peso e importancia”*. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 77.

⁶⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 78.

respuesta similar, pero sólo es útil el precedente si utilizó argumentos de principio jurídico y no políticos, de oportunidad, o de eficiencia económica. Porque estos principios jurídicos argumentados en la sentencia deben de mantener coherencia con los tratados, la Constitución y otras disposiciones legislativas.

Los principios subyacen a las normas⁶⁰⁶, por lo que si las normas entran en contradicción entre sí, una de ellas no será válida y se tenderá a preferir aquélla que esté fundada en un principio más importante⁶⁰⁷. De igual forma, si una norma entra en contradicción con un principio la norma no será aplicada. En su conjunto, el Juez ha de atender a la coherencia de los principios en el sistema para resolver los casos difíciles. Refiere Dworkin que *“Mediante este análisis el concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas”*⁶⁰⁸.

La propuesta de Dworkin implica tratar el contenido de los principios como estándares superiores que guíen la resolución del juez de forma que encuentre argumentos de mayor peso para resolver la controversia. Los principios, refiere Dworkin, son vinculantes⁶⁰⁹, y los jueces han de aplicarlos con el enfoque de cumplimiento de deberes y obligaciones. Ésta es la respuesta correcta que estará conforme a los principios de moralidad política que corresponden a una comunidad y alejarse de la discreción judicial.

⁶⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 79

⁶⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 78.

⁶⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 80.

⁶⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. op. cit. p. 82.

2. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN: TEORÍA DEL DERECHO DE ROBERT ALEXY

Listado de símbolos utilizados

\neg	=	no (negación).
\wedge	=	y (conjunción)
\vee	=	o (disyunción)
\rightarrow	=	si ... entonces ... (condicional)
\leftrightarrow	=	si y sólo si ... entonces... (bicondicional)
(x)	=	para todo x (cuantificador universal)
O	=	es obligatorio que... (operador deóntico)

2.1. Cuestiones previas

2.1.1. CRÍTICA A LA SUBSUNCIÓN LÓGICA

La Teoría de la argumentación surge como resultado del problema de fundamentación de las decisiones jurídicas⁶¹⁰. Esta teoría cuestiona que la lógica de la subsunción sea un método jurídico⁶¹¹ que fundamente la decisión jurídica que ponga fin a las disputas⁶¹². Alexy refiere cuatro razones: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el

⁶¹⁰“Como paso previo para la construcción de una teoría de la argumentación jurídica, Alexy utiliza fuentes muy variadas: diversas teorías de la ética analítica (especialmente las de HARE, TOULMIN, BAIER), la teoría del discurso de HABERMAS, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Éarange y la teoría de la argumentación de PERELMAN”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 229.

⁶¹¹ GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. p. 327.

⁶¹² Visión no positivista. VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*. op. cit. pp. 291-296.

hecho de que existan casos que no tengan una norma que permita su regulación jurídica; y d) el hecho de que existan casos especiales que han de decidirse en contra del tenor literal de una norma⁶¹³. En todos estos casos planteados por Alexy, se advierte la existencia de la participación en la decisión jurídica de los principios⁶¹⁴ que subyacen en el sistema constitucional del Estado, los cuales también serán susceptibles de ser aplicados, como veremos más adelante.

Para este autor, el problema de esta metodología jurídica se encuentra en que se supone que la fundamentación jurídica parte de que existan normas y enunciados jurídicos que le sigan. Si existen casos que no lo hacen, entonces no estarían fundamentados. Se plantea si en tal sentido sería un problema de interpretación. Para ello se han discutido varios cánones –gramatical, lógico, histórico, sistemático, sentido literal, de significado de la ley en su contexto, las intenciones, las metas e ideas normativas del legislador histórico, criterios teleológica, el mandato de interpretación conforme a la constitución, comparativa, genética, etc.-. Sin embargo, además del gran número de métodos, no existe una ordenación jerárquica, por lo que utilizar cualquiera de ellos puede dar diferentes resultados jurídicos. Alexy refiere que *“atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su*

⁶¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007. pp. 23-24 y 274.

⁶¹⁴ *“Los derechos fundamentales deben aplicarse por medio del principio de proporcionalidad, en razón del carácter de principio –es decir, mandatos de optimización- que tienen las normas constitucionales que los establecen”*. BERNAL, Carlos. “Estudio introductorio”. En ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2008. p. XXIX.

*ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado (...) hasta hoy*⁶¹⁵. A este problema añade que puede existir indeterminación en la interpretación del uso del canon de interpretación, es decir, dos personas, usando el mismo método de interpretación, pueden llegar a resultados contrapuestos si lo utilizan de forma diversa. Por ello, si bien les concede valor a estos cánones, duda que puedan usarse como “reglas” que sean suficientes para fundamentar las decisiones jurídicas⁶¹⁶.

Considera Alexy que quizás no sea un problema de tener un *mejor sistema de reglas de fundamentación*, sino de establecer un *sistema de enunciados* del que puedan extraerse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación⁶¹⁷⁶¹⁸. Ello puede ser útil si se considera que hay casos en que no se pueden seguir lógicamente las normas, ni los enunciados, ni las reglas de los cánones de interpretación⁶¹⁹. Ante ello, el juez ha de arreglárselas para determinar qué es lo que está ordenado, prohibido o

⁶¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 25.

⁶¹⁶En el fondo, es un cuestionamiento al sistema positivista Kelseniano, que es antagónico a un modelo argumentativo. Las razones son que el sistema positivista pone énfasis en que el derecho es una técnica de control social y, por ello, considera la ciencia del Derecho como normativa y estructural; las normas de validez del derecho es una cadena de autoridad que legitima su aplicación; considera que el derecho es algo que debe ser conocido y no una actividad dinámica; entiende la justicia algo separado del derecho; no considera que se deba justificar racionalmente las normas; en síntesis, pone su confianza en el contenido de las normas como algo a aplicar, como si se pudiera acudir a una interpretación auténtica de estas. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. pp. 27-30. La premisa es que las decisiones jurídicas deben ser justificadas. Por lo que se opone al determinismo metodológico, como al decisionismo metodológico. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 34-35.

⁶¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 26.

⁶¹⁸ Esto será parte de la teoría que desarrolla Alexy.

⁶¹⁹“Cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas propuestas, ni de los enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (...), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas, y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 27,

permitido⁶²⁰; debe de resolver si tales comportamientos o acciones han de ser preferidas a otras y fundamentar su alternativa, esto es, el juez ha de *valorar*⁶²¹.

2.1.2. VALORACIÓN Y SU CONTENIDO MORAL

La valoración de los jueces está presente en la jurisprudencia. Los jueces no hacen un simple ejercicio de subsunción, sino que expresan su visión a través de la motivación, especialmente en las sentencias problemáticas. En la práctica, los jueces autónomamente, al justipreciar los hechos, expresan valoraciones y establecen precedentes que sean considerados valiosos para la solución de los casos en el futuro. Alexy, sin embargo, considera que el problema no está resuelto. Refiere que: *“La cuestión es, dónde y en qué medida son necesarias las valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de ésta con los métodos de interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones”*⁶²². Estas respuestas son importantes, si se considera que ha de fundamentarse de forma racional la jurisprudencia y entender legítimas las decisiones de los tribunales.

La valoración puede considerarse una cuestión moral⁶²³, o mejor dicho ético-moral, en el sentido de que a través de una sentencia se afecta los

⁶²⁰ Considera que la idea de textura abierta (*open texture*) del derecho positivo, es un caso dudoso. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa Editorial. España. 1994. 74.

⁶²¹ Es precisamente ante la aparición de los casos difíciles relativos a la interpretación del derecho, en que es necesario prestar más importancia a las formas de valoración de los jueces. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p.29.

⁶²² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 28.

⁶²³ VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*. op. cit. pp. 296-299.

intereses de las personas; esto es moralmente relevante⁶²⁴. Por ello, refiere Alexy que el decisor -el juez- se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con las valoraciones moralmente correctas.

La cuestión es saber ¿Cuáles son las valoraciones moralmente correctas? Si bien el juez tiene sus propias convicciones éticas y morales, habla en *nombre del pueblo* en sus sentencias, por lo que no le deben ser indiferentes las convicciones de quienes a nombre habla; por otro lado, tampoco puede prescindir de la discusión jurídica entre sus pares. Alexy propone una teoría procedimental⁶²⁵, es decir, un modelo que toma en cuenta tanto las convicciones extendidas, los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y que ofrece espacio a los criterios de lo correcto⁶²⁶.

Por último, antes de dar paso a su teoría de la Argumentación, vale decir que Alexy crítica “el sistema interno de valoraciones del ordenamiento jurídico” o “sentido total del ordenamiento jurídico”, al que si bien considera correcto, lo ve insuficiente. Sostiene que el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija que sujete al juez a decidir con una determinada valoración. Las normas a veces establecen valores diferentes e incluso totalmente divergentes; puede ser que tampoco se tenga clara qué valoraciones contiene la norma; por lo que significa que se debe decidir qué peso se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos. Por ello concluye que, si bien no puede dudarse de que los puntos de vista valorativos

⁶²⁴ “Esto último no se puede negar, al menos si se admite que: (1) con cualquier decisión jurídica resultan afectados los intereses de, por lo menos una persona, y (2) la cuestión de si está justificada la limitación de los intereses de una persona también puede plantearse como cuestión moral”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 30.

⁶²⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 235.

⁶²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 31.

de las normas (sea la Constitución, otras leyes, o decisiones, etc.) son relevantes; no se puede fundamentar la decisión jurídica estrictamente en estas valoraciones del sistema jurídico.

2.2. Camino a la construcción de una argumentación jurídica

Refiere Alexy que la argumentación jurídica se concibe como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones diferentes, vr.gr.: como el proceso y la discusión jurídica; de lo que trata esta actividad es de la corrección de los enunciados normativos⁶²⁷. Esta actividad es un discurso práctico⁶²⁸. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general⁶²⁹.

Este discurso jurídico puede ser observado desde la perspectiva empírica⁶³⁰, analítica⁶³¹ y normativa⁶³². El trabajo de Alexy se puede considerar desde las perspectivas analítico-normativas, porque incluye un análisis de la

⁶²⁷ “Prácticamente en todas las facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción el Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el legislador...” ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 11. ATIENZA, Manuel. “El derecho como argumentación”. En *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2003*. VÁZQUEZ, Rodolfo, ZIMMERLING, Ruth (coord.). Fontamara. México. D.F. 2005. p. 67.

⁶²⁸ GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. p. 328.

⁶²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 34.

⁶³⁰ “Es empírica si en ella se describen o se explican, por citar sólo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos, la correlación de determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría de actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de ciencias sociales”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 35.

⁶³¹ “Es analítica si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 35.

⁶³² “Es normativa si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 35.

estructura de las fundamentaciones; siendo su teoría un desarrollo analítico-normativo del discurso jurídico⁶³³.

Su idea es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general y trata sobre la corrección de los enunciados normativos o, por lo menos, tiene la pretensión de la corrección. El discurso jurídico –refiere– es un caso especial, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras, entre ellas, la sujeción a la ley, la consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática de la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como las limitaciones de las reglas del ordenamiento procesal⁶³⁴⁶³⁵. Se pretende que el enunciado jurídico esté racionalmente fundamentado bajo estas limitaciones. Por lo que una vez que analiza todas las teorías al respecto, hace una teoría general del discurso práctico racional, clasifica las reglas y hace un listado de formas de argumentos, con el fin de analizar sus defectos.

El resultado es obtener un estatus lógico diferente que permita plantear la pretensión de corrección. Sin embargo, no es su intención plantear reglas que determinen el resultado de la argumentación, sólo evidenciar los enunciados normativos posibles y discursivamente necesarios. Por ello, -explica- es evidente que las reglas del discurso racional no prescriben de qué premisas deben partir los participantes del discurso⁶³⁶. El punto de partida del

⁶³³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 35.

⁶³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 35-36.

⁶³⁵ “El discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada, en pocas palabras por la ley, el precedente, la dogmática, y –en el caso del proceso– por las leyes procedimentales”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 38.

⁶³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 37.

discurso lo forman las convicciones normativas, interpretaciones de las necesidades fácticas, informaciones empíricas de los participantes. Por lo que considera que se puede llegar a enunciados normativos fundamentados a partir de este punto de partida, pero sin determinar cada paso. Lo dice de esta manera más claramente: *“Se podría decir que las reglas del discurso definen un proceso de decisión en el que no esté determinado qué debe tomarse como base de la decisión, y en el que no todos los pasos están prescritos”*⁶³⁷.

En definitiva, la cuestión es centrarse en las reglas del discurso que, por un lado, han de ser débiles, para que todos los participantes estén de acuerdo con ellas (al contener muy poco contenido normativo); y, por otro lado, deben ser lo suficientemente fuertes para que la discusión desarrollada pueda considerarse racional. Las reglas del discurso, al ser débiles, sólo pueden cumplirse de forma aproximada, pero seguirlas permite tener una pretensión de corrección. Ello es un criterio de la corrección de los enunciados normativos, que a la vez critican los fundamentos no racionales.

Esta forma de análisis de teoría del discurso puede ser un punto de partida para el análisis de la jurisprudencia. Puede, por ello, que se tienda a identificar la teoría de la argumentación jurídica con la tópica jurídica⁶³⁸⁶³⁹ y, por

⁶³⁷ *“Esto es, por una parte, un defecto y, por otra, una ventaja. El defecto es evidente. La ventaja consiste en que la base de la decisión y una serie de pasos concretos de ésta no son determinados por cualquier teórico de la decisión, que a su vez tendría que partir de sus propias concepciones, sino que queda encomendada al afectado”*. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 37.

⁶³⁸ *“Puede entenderse como tópica tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica”*. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 40.

⁶³⁹ La tópica habría sido el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica del Derecho romano habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del racionalismo. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 14. No es objeto del presente documento realizar un análisis sobre el contenido de la tópica. Sin embargo, un amplio estudio

ende, a trasladar las objeciones a la misma a la teoría de la argumentación jurídica. Esto puede ser problemático y vago, dado que en ella se registran todos los puntos de vista que puedan tenerse en cuenta; sin embargo, lo que interesa a la argumentación jurídica son sólo los puntos de vista que estén relacionados con la idea de fundamentación racional y la discusión racional.

Alexy considera necesario desarrollar una argumentación jurídica racional en la discusión metodológica actual, en la que el juez actúe sin arbitrariedad y resuelva justamente una laguna con criterios de razón, de corrección, de coherencia, de consenso, comprensibles, etc. Ello lleva a cuestionar qué significa cada uno de estos criterios, los cuales revisten cierta complejidad. Es esto el objeto de su investigación teórico-jurídica. Por una parte, analiza las formas de discusión para llegar a una teoría general del discurso práctico racional, y finalmente hace una teoría del discurso jurídico práctico racional que lleva a las líneas de fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional. Ésta ya no es sólo útil al juez, sino a todos los participantes de la práctica jurídica⁶⁴⁰.

sobre el origen, características, desarrollo de la tópica; así como su relación con la jurisprudencia, la lógica, la justicia y la argumentación jurídica desde el punto de vista crítico, puede consultarse en ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 67-85.

⁶⁴⁰Entre las muchas razones por las que ha surgido la argumentación jurídica como una postura crítica ante las formas tradicionales de concepción del Derecho, Atienza apunta a cinco factores, que se mencionan aquí de forma sintética: 1) De naturaleza teórica, es decir, un interés por construir teorías jurídicas más completas; 2) De orden práctico, refiriéndose a la práctica del Derecho en el Estado constitucional, o sistemas procesales basados en principios contradictorios, etc.; 3) El paso del Estado legislativo al Estado constitucional, en el que los derechos fundamentales se consideran dinámicos y condicionan la aplicación del derecho en la jurisdicción ordinaria, por lo que se incrementa su tarea justificativa; 4) De tipo pedagógico, en el que se asume una actitud crítica en el que se exige más que la enseñanza del Derecho ha de ser práctica y; 5) De tipo político, en el que se cuestiona la pérdida de legitimidad de la autoridad y basado en un principio democrático, en el que los ciudadanos exigen una argumentación racional y un criterio de corrección en las decisiones de la autoridad. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. pp. 15-19.

2.2.1. ÉTICA ANALÍTICA

Para fundamentar los enunciados normativos, parte de la teoría del lenguaje normativo, especialmente del lenguaje de la moral. Dado que la fundamentación de éstas son metaéticas, él sólo se interesa por aquéllas que son compatibles con el discurso racional. Plantea un ejemplo⁶⁴¹ sobre el discurso práctico, que consiste en la discusión entre dos personas sobre *si debes ser hecho o sobre si es bueno*. Las posibilidades del acuerdo son: a) Que uno demuestre, justifique o fundamente ante el otro que su afirmación es verdadera. b) Conseguir un acuerdo de alguna manera. Para ello se puede utilizar cualquier método de persuasión⁶⁴². Lo que es de interés de Alexy es analizar la justificación moral y las convicciones morales desde planteamientos lógicos⁶⁴³.

Analiza el naturalismo⁶⁴⁴, el intuicionismo⁶⁴⁵ y el emotivismo⁶⁴⁶. Considera que el naturalismo no puede ser aceptado, porque no coinciden las

⁶⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 52.

⁶⁴² Atienza hace una interesante reflexión sobre la diferencia entre la lógica jurídica y argumentación jurídica, conforme a la cual la primera podría basarse en la lógica formal que utiliza premisas que llegan a una conclusión, y la segunda como una técnica de persuasión tendiente a que otro cambie su opinión, o una interacción social como proceso comunicativo entre sujetos que se desarrolla bajo ciertas reglas. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 12. ATIENZA, Manuel. "El derecho como argumentación". op. cit. p. 68.

⁶⁴³ Atienza refiere que la concepción formal de la argumentación se puede encontrar en la lógica formal. Esta concepción formal es importante para la práctica jurídica, porque los argumentos jurídicos presentan su dimensión formal y el análisis lógico es, por ello, de interés; sin embargo, advierte que, aún entre los estudiosos de la materia, no hay un acuerdo en cuanto a su naturaleza, objeto o finalidades. Esto es fuente de polémica. No puede decirse que exista una sola lógica; enumera muchas como: *"la lógica tradicional; la lógica clásica (lógica deductiva estándar); lógicas que son una extensión de la anterior, como las lógicas modales, las lógicas deónticas o las lógicas temporales; lógicas que divergen de la lógica estándar, como las lógicas plurivalentes, paraconsistentes, intuicionistas, no monótonas o relevantes; lógicas inductivas; etc."*. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 109.

⁶⁴⁴ *"Son aquellas teorías en las que se parte de que las expresiones normativas como "bueno" y "debido" pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas. (...) La tarea de la ética se limitaría a la traducción de expresiones normativas en descriptivas"*. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 52-55.

descripciones normativas con las expresiones descriptivas. Alexy refiere que el discurso moral no puede ser reducido a un discurso puramente empírico. En relación al intuicionismo, expresa un argumento fuerte, en el sentido de que diferentes personas viven evidencias distintas. El intuicionismo no suministra ningún criterio para diferenciar las correctas de las falsas, por lo que no aporta ningún fundamento de saber objetivo o de verdad moral. Es el mismo resultado del subjetivismo ético; por lo que tampoco lo ve sostenible⁶⁴⁷. En relación al emotivismo, se advierte que son juicios éticos que tienen una mecánica de sugestión con influencia psíquica que mueven a las personas a cambiar sus actitudes y obtener su aprobación. Si bien estas argumentaciones pueden tener una parte descriptiva racional, por otra, tienen un componente no racional persuasivo, que sale de la lógica racional. La parte interesante de la propuesta es que se advierte que el discurso moral está guiado por reglas para obtener la validez o invalidez de los argumentos. Alexy refiere que esta teoría no puede aceptarse en sus puntos fundamentales, pero sí encontrar aspectos importantes⁶⁴⁸ como: que el lenguaje moral no se agota en la descripción, sino que sirve para dirigir comportamientos; el poner en cuestión el establecimiento de reglas que permitan diferenciar fundamentaciones válidas o inválidas; como método persuasivo es importante para la teoría del discurso; y, por último, el análisis y clasificación de las formas de argumento.

⁶⁴⁵ “Si expresiones como “bueno” o “debido” no pueden definirse mediante expresiones empíricas, puede suponerse que expresan otras propiedades o relaciones de tipo no empírico. Ésta es la tesis del intuicionismo. (...) estas entidades no empíricas no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, sino por alguna otra facultad. (...) un sexto sentido (...) capacidad de intelección apriorística”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 55.

⁶⁴⁶ El emotivismo no está centrado en describir objetos empíricamente, sino en provocar e influir en alguien. “Esta función consiste en expresar y/o provocar sentimientos y o actitudes” ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p.56.

⁶⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 56.

⁶⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 63.

Alexy afirma que el discurso moral es una actividad que ha de guiarse por reglas. Del conjunto de análisis sobre el discurso práctico como actividad guiada expresa algunas conclusiones parciales: *“(1) La función del lenguaje moral no se reduce como el naturalismo e intuicionismo suponen la descripción de objetos, propiedades o relaciones empíricas y no empíricas; (2) El discurso moral es, más bien una actividad guiada por reglas del tipo propio, en la que se trata del equilibrio racional de intereses. La tarea más importante de una teoría del discurso práctico racional es la elaboración de reglas que determinan esa actividad. A las reglas de juegos del lenguaje fácticamente existentes, y la justificación o fundamentación de tales reglas. Lo primero corresponde a la parte empírica o analítica de una teoría del discurso práctico; lo segundo, a su parte normativa; (3) De las reglas de argumentación práctica se deben diferenciar las distintas formas de argumento; (4) Las proposiciones normativas son universalizables (...); (5) La argumentación práctica obedece a reglas que no son, por ejemplo, las de la argumentación de las reglas naturales. Esto no es, sin embargo, una razón para negarle a la primera el carácter de actividad racional”*⁶⁴⁹.

2.3. Teoría del discurso práctico racional general

Realizamos aquí una síntesis del tema abordado por Alexy, en la medida en que permite obtener ciertos elementos del discurso práctico, para

⁶⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 109-110.

posteriormente tratar el tema del discurso jurídico⁶⁵⁰ como un caso especial del discurso práctico general⁶⁵¹.

Trata este autor los problemas de la fundamentación de las proposiciones normativas. Además de los juicios de valor o del deber se mantiene la pretensión de la corrección. Por lo que propone una serie de exigencias en la actividad de la fundamentación, esto es: reglas en la discusión racional. Ello le lleva más allá al proponer un comportamiento por parte de los que intervienen en la discusión racional. A esto le llama reglas pragmáticas. Con ello no garantizará, sin embargo, una certeza definitiva o absoluta en el resultado, pero sí un resultado racional.

El discurso puede partir de una teoría empírica, analítica y/o normativa. Es empírica -refiere- cuando en ella se describen y explican entre determinados grupos hablantes y el empleo de la validez determinados argumentos predominantes; es analítica, cuando se trata sobre la estructura lógica de los argumentos utilizados; y es normativa, cuando en ella se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso⁶⁵². Si bien existen relaciones entre ellas, Alexy está interesado en la normativa para su

⁶⁵⁰ “Podría decirse que lo que caracteriza esencialmente es el esfuerzo por integrar dos nociones distintas de la argumentación: la noción lógico-formal, vinculada a la racionalidad formal, y otra concepción ligada a lo que, en términos generales, podría llamarse racionalidad práctica; por ello, los (buenos) argumentos jurídicos deben cumplir los requisitos de la lógica formal (consistencia de las premisas, respeto de las reglas de inferencia en el paso de las premisas a la conclusión); este también es el sentido (...) la justificación interna (la de carácter lógico-deductivo: el paso de las premisas a la conclusión) y la justificación externa (la justificación de las premisas, que parece exigir algo más que ese tipo de lógica). ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*”. op. cit. pp. 67-68.

⁶⁵¹ “Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico, como se demostrará, puede concebirse como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente”. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 177.

⁶⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 178.

fundamentación de teoría racional de las reglas del discurso. Él denomina al conjunto de métodos utilizados para la obtención de las reglas como *discurso teórico discursivo*.

2.3.1. LAS REGLAS DEL DISCURSO

Explica Alexy que en el discurso práctico racional existen reglas de diferente tipo, existen obligaciones, prohibiciones y permisiones⁶⁵³. Algunas se deben cumplir de forma estricta y otras sólo son exigencias aproximadas. Algunas reglan el comportamiento dentro del discurso y otras determinan el paso a otras formas de discurso⁶⁵⁴.

Las reglas del discurso que se exponen a continuación, están clasificadas en: reglas fundamentales; reglas de razón; reglas sobre la carga de la argumentación; reglas de fundamentación y reglas de transición; además de establecer formas de los argumentos. Vale decir que en todas ellas existe una actitud crítica por parte del autor, que analiza sus ventajas y las desventajas. Éstas pueden ser consultadas detalladamente; sin embargo, por razones de síntesis enumero las reglas. Su idea es que al cumplirse las condiciones de la argumentación práctica, el resultado del discurso será correcto; por ello propone que las condiciones sean un sistema de reglas del discurso.: “*La razón*

⁶⁵³“*La idea básica de la teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos entiende problemas que conciernen a lo que es debido, prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo. Con esto intenta la teoría del discurso ir por un camino medio entre teorías objetivistas y cognotivistas, de una parte, y subjetivistas y no cognotivistas, de la otra. Su punto de partida es el discurso práctico general*”. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. p. 47.

⁶⁵⁴“*La noción de argumento se presenta como un encadenamiento de enunciados; argumentar consiste en pasar de unos enunciados a otros respetando ciertas reglas*”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 67.

*práctica puede definirse como la capacidad de alcanzar juicios conforme a ese sistema de reglas*⁶⁵⁵.

2.3.1.1. Reglas fundamentales

Este primer grupo establece la validez de las reglas como condición para cualquier comunicación en que se trate de la verdad como corrección⁶⁵⁶.

Refiere que:

“(1.1.) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2.) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3.) Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevantes.

De esta regla se desprende otra con ella relacionada, toda vez que se refiere a la coherencia del hablante. Alexy refiere que aplica a expresiones valorativas.

*(1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes*⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. p. 48.

⁶⁵⁶ “son reglas fundamentales (die Grundregeln), cuya validez es condición para cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad como corrección”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp.238-239.

⁶⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 187.

(1.4) *Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados*⁶⁵⁸.

2.3.1.2. Reglas de razón⁶⁵⁹

Éstas tratan de la justificación de los enunciados normativos; es decir, las aserciones son la forma de los discursos prácticos, de manera que una aserción puede ser refutada por otra, que nuevamente es una aserción, a refutar, etc. Alexy refiere que: *“Quien afirma algo, no sólo quiere expresar que cree en algo, sino pretende también que lo que él dice es fundamentable, que es verdadero o correcto*⁶⁶⁰. Ello implica que el hablante fundamente sus aserciones. Sin embargo, no significa que debe a cada momento fundamentar cada afirmación que hace. Por ello se parte de una regla general de fundamentación:

*“(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación*⁶⁶¹.

Esta regla implicar que en un diálogo ideal los hablantes en la fundamentación puedan ejercer los mismos derechos, por lo que no pueden ejercer coerción, ni aprovechar la ejercida por otros. De ahí, las siguientes reglas relacionadas:

⁶⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 184-187.

⁶⁵⁹ *“Estas reglas sólo se cumplen de manera aproximada, definen un ideal al que cabe aproximarse”*. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 239-240.

⁶⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 188.

⁶⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 188.

“(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2.) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y 2.2), mediante la coerción interna o externa al discurso⁶⁶²”.

2.3.1.3. Reglas sobre la carga de la argumentación

A efecto de poder evitar los eternos “*por qué*” que pueden posicionar a uno de los dialogantes en una posición cómoda de cuestionar sin dar razones, mientras el otro termina acabando con todos sus argumentos⁶⁶³, es razonable preguntarse sobre la extensión y distribución de la carga de la fundamentación. Estas preguntas están relacionadas con las reglas (2.2.a) en cuanto a la problematización; con el (1.3´) por el principio de universalidad y la regla general de fundamentación (2). Por lo que habría que establecer las siguientes reglas para probar sus afirmaciones:

“(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que una persona B está obligado a fundamentarlo.

(3.2) Quien ataca una posición o una norma que no es objeto de discusión, debe dar razón para ello.

⁶⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 189.

⁶⁶³ “Cuyo sentido es, precisamente, el facilitar la argumentación”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 240-241.

(3.3) *Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos.*

(3.4.) *Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre opiniones, deseos o necesidades que no se refieran como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación*⁶⁶⁴.

2.3.1.4. *Las formas de argumento*

Este cuarto grupo lo constituyen las formas de argumento⁶⁶⁵. Alexy explica sus formas y características en el discurso práctico. “*Objeto inmediato del discurso práctico son las proposiciones normativas singulares (N)*⁶⁶⁶. Hay dos maneras fundamentales de fundamentarla. En la primera se toma como referencia la regla (R) presupuesta como válida; en la segunda se señalan las consecuencias (F) de seguir el imperativo implicado en (N). Entre estas dos maneras existe una importante semejanza estructural. Quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esta regla. Estas condiciones de aplicación pueden ser las características de una persona, de una acción o de un objeto, la existencia de un determinado estado de cosas o el que suceda un determinado acontecimiento. Esto significa que quien aduce una regla como razón presupone como verdadero un enunciado (T) que describe tales características, estado de cosas o acontecimientos. Por otro lado, quien aduce

⁶⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 192-193.

⁶⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 241-243.

⁶⁶⁶ El subrayado no es parte del texto original.

una razón para *N* una aserción sobre consecuencias presupone una regla que expresa que la producción estas consecuencias es obligatoria o buena⁶⁶⁷.

Esto se expresaría así:

$$(4.1) \frac{T}{\frac{R.}{N}}$$

$$(4.2) \frac{F}{\frac{R.}{N}}$$

Estas dos subformas⁶⁶⁸ de una regla general tendrían como base al enunciado general. “La noción de una razón, como siempre, lleva consigo la noción de regla que afirma que algo es una razón para alguna otra cosa⁶⁶⁹”.

Su expresión sería:

$$(4) \frac{G}{\frac{R.}{N}}$$

Alexy refiere que sobre si T o F son realmente una consecuencia de la acción se puede teorizar, cualquiera puede comenzar un discurso y es parte de una regla. Lo que interesa es la discusión sobre R.

Explica que “*R* puede justificarse señalando que el estado de cosas se da si *R* tiene vigencia (Z_R). o señalando el estado de cosas futuro que se producirá si se sigue *R* (Z_F). (Z_R) y (Z_F) se distinguen entre sí porque para la descripción Z_R es necesario incluir una referencia a *R*, al lado de la indicación

⁶⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 193-194.

⁶⁶⁸ Atienza presenta un par de ejemplos para mostrar las formas que adquieren las fórmulas en lenguaje llano: ~~(4.1) A Elementillo Elementillo, A causa suficiente ha sucedido~~ el resultado en ambos es que A ha actuado mal. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 242.

⁶⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 194.

de las consecuencias que pueden describirse con independencia de R. Teniendo esta diferencia está justificado, sin embargo, por razones de simplificación, tanto en el caso Z_R como en el de Z_F , hablar de consecuencias de la R (F_R)”.

Explica que de igual forma si la justificación de R es mediante F_R la tesis es válida, pero para ello es necesario una aserción con una regla de segundo nivel (R'). De la misma manera, en la indicación F_R , también es posible indicar una regla R' que exija R bajo una condición T' que puede clasificarse como consecuencia de R. T' puede ser, por ejemplo, la indicación, de ningún modo irrelevante moralmente, de que una determinada regla fue establecida de una determinada manera. Estas formas de argumento serían subformas de argumento de la forma básica (4), serían de segundo nivel y se expresarían:

$$(4.3) \frac{F_R}{\frac{R'}{R}}$$

$$(4.4) \frac{T'}{\frac{R'}{R}}$$

Todas las anteriores explicaciones (4.1)-(4.4) se refieren a que la aplicación de una regla en cada caso lleva a un resultado. Aplicar reglas distintas lleva a resultados incompatibles entre sí en fundamentaciones. En tal caso se debe decidir cual lleva prioridad. A ello se le denomina *reglas de prioridad*, porque algunas reglas llevan preferencia frente a otras siempre (se denominarán con el símbolo P). Por otro lado, algunas reglas sólo llevan prioridad bajo determinadas condiciones (se denominará con el símbolo (C)). Éstas pueden tener dos formas:

$$(4.5) R_i P R_k \text{ o bien } R' P R' \kappa.$$

$$(4.6.) (R_i P R_k) C \text{ o bien } (R' P R' \kappa) C$$

La conclusión de Alexy en su análisis es que las distintas formas de argumentación son combinables y transitables a voluntad; estas combinaciones producen diferentes estructuras de argumento. Todas las reglas deben ser objeto de justificación, aunque no significa que lo deban ser a la vez, algunas deben de ser aceptadas para que sea posible la justificación⁶⁷⁰.

2.3.1.5. Reglas de fundamentación

Se refieren a las características de la argumentación práctica y regulan cómo llevar a cabo la fundamentación de las formas de los argumentos referidas con (4.1)-(4.6)⁶⁷¹, esto es un aumento de racionalidad, prescindiendo de adulaciones, acusaciones o amenazas. Mantienen un principio de *generalizabilidad*. Ello se puede entender de tres formas:

“(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

⁶⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 197.

⁶⁷¹ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 243-245.

(5.2.1) *Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:*

a) *si aunque originalmente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo ha perdido después su justificación, o*

b) *si originalmente no se pudo justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.*

(5.2.2) *Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de socialización no justificables.*

(5.3.) *hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados*⁶⁷².

2.3.1.6. *Las reglas de transición*

Estas reglas parten de la constatación de que en los discursos prácticos surgen problemas que no pueden ser resueltos por medio de la argumentación práctica, por ser cuestiones de hecho, de problemas lingüísticos o problemas de la misma discusión práctica⁶⁷³. Por lo que en tales situaciones se debe pasar a otras formas de discurso.

“(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico)

⁶⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 197-200.

⁶⁷³ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 245-246.

(6.2) *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.*

(6.3) *Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso*⁶⁷⁴.

Al concluir su análisis encuentra límites al discurso práctico general. Nada garantiza que se pueda alcanzar un acuerdo siguiendo las reglas⁶⁷⁵. Las razones –refiere Alexy– son que éste contiene formas de argumento que aumentan las probabilidades de un acuerdo en cuestiones prácticas, pero no garantizan que pueda obtenerse un acuerdo en cada cuestión, ni que los acuerdos alcanzados sean irrevocables⁶⁷⁶. Las reglas de la razón (2.1)-(2.3) sólo pueden cumplirse de forma parcial, no todos los pasos de la argumentación están determinados, los discursos parten de concepciones normativas que pueden mutar. Por ello, Alexy refiere que no se puede pretender una certeza definitiva, advierte que las posibilidades de alcanzar soluciones vinculantes del discurso práctico general son limitadas. El límite son las reglas jurídicas, por ello parte para construir una teoría de la argumentación jurídica.

En esta primera parte de las reglas del discurso, Alexy recomienda una división en dos grupos con el fin de clarificarlas. El primero, son las reglas que se refieren a la estructura de los argumentos y, el segundo, las que se refieren al proceso del discurso. En las primeras se encuentran: “ *las exigencias de no*

⁶⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 201.

⁶⁷⁵ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 246-248.

⁶⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. p. 51.

contradicción (1.1), de universalidad en el sentido de un uso consistente de los predicados empleados (1.3), de claridad lingüística-conceptual (6.2.), de verdad de las premisas empíricas utilizadas (6.1), de completud deductiva del argumento (4), (4.3), de ponderación (4.5), (4.6) y de análisis de la formación de convicciones morales (5.2.1), (5.2.2). Todas estas reglas son también aplicables monológicamente y habla mucho en su favor el que ninguna teoría práctica racional de argumentar y fundamentar puede renunciar a ellas. (...) En el segundo grupo (...) reglas específicas del discurso (...): 1. Todo el que pueda hablar puede formar parte en el discurso (2.1). 1.a. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación. b. todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso. c. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades (2.2). 3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de sus derechos fijados en (1) y (2), cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza (2.3)⁶⁷⁷.

2.4. Discurso jurídico como caso especial del discurso práctico

Existen muchas formas de discusión jurídica⁶⁷⁸, que pudiesen ser clasificadas en subcategorías; existen tanto en los medios de comunicación, como en los espacios más especializados –tribunales, académicos, órganos de gobierno, congreso, etc.-, y de ellas algunas están institucionalizadas y otras no. Algunas tienen que ajustarse a una forma y a un tiempo delimitado y otras no. De igual manera, algunas tienen carácter vinculante y otras sólo efectos

⁶⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. pp. 48-50 y 68.

⁶⁷⁸ VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas*. op. cit. pp. 312-315.

lúdicos. De ahí que se pueda pasar de la argumentación jurídica a la argumentación práctica⁶⁷⁹. En la discusión jurídica de alguna forma todos somos participantes.

Las características propias de la argumentación jurídica⁶⁸⁰ son que el debate se da bajo ciertas limitaciones, los roles están distribuidos, la participación puede ser involuntaria, el deber de veracidad está limitado, la duración del proceso está también limitada, la forma de participar atiende a reglas procesales, las partes se orientan por sus intereses. Explica Alexy que incluso: “Quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa”⁶⁸¹.

Por ello, plantea la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial⁶⁸² del discurso práctico general⁶⁸³. Alexy lo fundamenta en tres aspectos: a) las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, sobre lo que hay que hacer u omitir; b) las cuestiones son discutidas bajo la pretensión de corrección; y c) tienen lugar bajo condiciones de limitación⁶⁸⁴. Aunque todas estas cuestiones pueden ser rebatidas, Alexy las mantiene

⁶⁷⁹Menciona algunos modelos que consideró débiles una vez su análisis; como: el modelo deductivo, el modelo decisorio, el modelo hermenéutico y el modelo de coherencia. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. p. 36.

⁶⁸⁰ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. p. 25

⁶⁸¹VILLAR, Luis. “Nueva retórica y teorías de la argumentación”, en ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 206.

⁶⁸²GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. pp. 330-331.

⁶⁸³“Alexy (...) ha defendido la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general, y que se caracteriza porque en ella rigen reglas de discurso práctico general (no sólo reglas lógicas, sino también reglas de carácter semántico y pragmático) y reglas específicas del discurso jurídico en donde, a su vez, distingue entre las que se refieren a la justificación interna (lógico-deductivas) y las de justificación externa (que no tienen naturaleza lógica, aunque algunas de ellas las formule recurriendo a la anotación lógica)”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 177.

⁶⁸⁴ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 207. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 248-249.

dando paso a su teoría de la argumentación jurídica. Afirma que: “*El núcleo central de la tesis del caso especial consiste (...) en sostener que la pretensión de corrección, también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas*”⁶⁸⁵. Considera que existe la necesidad de incluirle en una teoría del Estado y del Derecho por razones filosóficas, jurídicas y políticas⁶⁸⁶.

2.4.1. REGLAS Y FORMAS DE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Dado que como afirma Alexy en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas de las decisiones jurídicas, entonces propone dos aspectos de la justificación: *la justificación interna* y *la justificación externa*. La primera, trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que refiere en la fundamentación; mientras que en la segunda, se trata de ver la corrección de tales premisas⁶⁸⁷. Vamos a analizar cada una de ellas.

2.4.1.1. Justificación interna

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 213.

⁶⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. pp. 52-54.

⁶⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 214.

La justificación interna la presenta mediante la forma de silogismo jurídico, y la representa⁶⁸⁸ de la siguiente manera:

El ejemplo:

(1) El soldado debe decir la verdad en asuntos de servicio en aplicación a la Ley aplicable. Artículo 1. De la ley del soldado.

(2) El señor M es un soldado.

(3) el señor M. debe decir la verdad en asuntos de servicio. (1), (2).

La forma mediante el silogismo se expresa así:

(J.1.1.) (1) $(x) (x \rightarrow ORx)$
 (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)⁶⁸⁹⁶⁹⁰

Alexy explica que (J.1.1) satisface la justificación mediante reglas universales requerida por el principio de universalidad (1.3')⁶⁹¹. El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal exige *observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres*

⁶⁸⁸ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 249.

⁶⁸⁹ « x » es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, « a » una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio « T » un predicado tan complejo como se quiera representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y « R » un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma». ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 214-215.

⁶⁹⁰ Atienza, en este mismo sitio, hace una precisión a pie de página respecto a la fórmula que considero importante y correcta: “el punto a la izquierda de una línea indica que se trata de una premisa. A la derecha de la línea de la conclusión se indica, entre paréntesis, el número de las premisas de las que deriva”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 249. nota 18.

⁶⁹¹ El principio dice: “(1.3') Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmaré que son iguales en todos los aspectos relevantes”.

de una misma categoría. Para observar una regla en una fundamentación jurídica se exige que, como en (J.1.1.), la decisión jurídica se siga lógicamente de esta regla⁶⁹². Refiere, como concreción del principio de universalidad, las siguientes reglas de justificación interna:

“(J.2.1.) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones”.

Lo anterior no implica que la norma universal no pueda ser cambiada, con alguna excepción. Sin embargo, refiere que en tal caso la excepción también tiene que valer universalmente. Deduce que estas reglas (J.2.1.) y (J.2.2.) valen tanto en los casos en los que para la fundamentación haya que usarse una norma de derecho positivo, como también en los casos en que no haya tal norma positiva. Afirma que *“si no se puede extraer ninguna regla de ley entonces hay que construirla”*⁶⁹³.

Sin embargo, este esquema (J.1.1) no es suficiente cuando los casos son más complicados⁶⁹⁴. Pone el siguiente ejemplo⁶⁹⁵:

⁶⁹² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 215.

⁶⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 215.

⁶⁹⁴ Entiende por casos complicados: *“(1) cuando una norma,(...) contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto del hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas, extensivas, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones”.* ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 416.

⁶⁹⁵ Todo el ejemplo que veremos a continuación se encuentra desarrollado en ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 216-218.

“Es un hecho que «a» ha matado a su mujer mientras ésta dormía y que no existe ni circunstancias ni razones especiales que justifiquen este hecho o que excluyan o disminuyan la culpa”.

El juez, que es un científico del derecho, debe probar si se aplica la ley que dice: *“el asesino será castigado con la pena de cadena perpetua”.*

La norma se expresa así de forma lógica:

$$(1) \quad (x) (Tx \longrightarrow ORx)$$

(T) está definido en el artículo 2 de la ley por medio de nueve características:

$$(2) \quad (x) (M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \longleftarrow Tx).$$

De (1) y (2) se sigue:

$$(3) \quad (x) (M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \longleftarrow ORx).$$

(3) dice que si se da al menos una de las propiedades, se produce la consecuencia jurídica ORx . « M_5^1 » significa «... ha matado a un hombre con alevosía». De (3) se sigue ahora:

$$(4) \quad (x) (M_5^1 x \longleftarrow ORx).$$

Según la definición usada por los tribunales, mata alevosamente quien «se aprovecha conscientemente de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla»(M_5^2).

Por tanto vale:

$$(5) \quad (M_5^2 \text{ x } \langle \text{---} \rangle M_5^1).$$

« M_5^2 » por su lado se da si el autor mata a alguien que no espera ser atacado y que sólo tiene una reducida posibilidad de defenderse del ataque (M_5^3).

$$(6) \quad (M_5^3 \text{ x } \langle \text{---} \rangle M_5^2).$$

Resulta ahora obvio que alguien que mata a una persona dormida, sin que existan especiales circunstancias, como medidas de seguridad de la víctima (S), debe considerarse como alguien que cumple « M_5^3 » y, por tanto, hay que aceptar

$$(7) \quad (x) (Sx \text{ ---} M_5^3).$$

Establecido como presupuesto

$$(8) \quad Sa$$

De (1)-(8) se sigue:

$$(9) \quad ORa.$$

Alexy sólo presta atención a la estructura de la justificación interna para la mejor comprensión del ejemplo. El desarrollo de las premisas (2), (5), (6) y (7) sirve para el desarrollo de la norma que se aplica (1) y, se puede obtener una norma más concreta. Esta cadena de normas más concretas la expresa:

$$(3) \quad (x) (M_1^1 \text{ x } \vee M_2^1 \text{ x } \vee \dots M_9^1 \text{ x } \langle \text{---} \rangle ORx) \quad (\text{de [1] y [2]})$$

$$(4) \quad (x) (M_5^1 \text{ x } \text{---} ORx). \quad (\text{de [3]})$$

- (5') (x) (M₅² x → ORx). (de [3] y [5])
 (6') (x) (M₅³ x → ORx). (de [5'] y [6])
 (7') (x) (Sx → ORx). (de [6] y [7])⁶⁹⁶

Alexy refiere que cada una de estas normas, junto con las condiciones dadas en el antecedente, es suficiente para fundamentar la decisión jurídica (5), (6), y (7). Estas premisas pueden entenderse como reglas de uso de las expresiones utilizadas en los anteriores pasos de fundamentación. Las denomina “*reglas de uso de palabras*”; pueden tener una forma fuerte (x) Fx ← →Gx) y una forma débil (x) Fx →Gx). La forma débil puede verse como una forma estándar.

Refiere que si no es seguro si a es un T al que no le es aplicable sin más la forma simple de justificación interna, entonces hay que aducir reglas de justificación estándar. Esto es, si no se tiene claro que a a se le puede aducir una regla como razón verdadera en un enunciado, entonces se debe de cambiar por la regla de uso de las palabras la forma estándar, es decir, la forma débil. De lo contrario podría ocurrir que a dos individuos a y b iguales en todos los aspectos relevantes, se les tratara algunas veces como T y algunas otras como no T. Lo que contravendría el principio de universalidad, y se plantearían dudas en otros niveles de fundamentación⁶⁹⁷.

Por lo anterior, plantea la siguiente regla de fundamentación interna:

⁶⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 418.

⁶⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 418.

(J.2.3.) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M¹, hay que aducir una regla que decida la cuestión. (J.2.3. proporciona, junto con (J.2.2.), la siguiente forma de justificación interna que es, rudimentaria y general⁶⁹⁸:

- “(J.1.2) (1.) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
 (2) $(x) (M^1 x, \rightarrow Tx)$
 (3) $(x) (M^2 x, \rightarrow M^1 x)$
 (4) $(x) (Sx \rightarrow M^n x)$
 (5) $(x) Sa$
 (6) ORa (1)-(5)⁶⁹⁹.

Para responder a la duda de cuantos pasos de desarrollo son necesarios, Alexy, para que no sean fácilmente atacados por su oscuridad, plantea dos reglas más:

“(J.2.4) *Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.*

(J.2.5.) *Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo”.*

Como estas explicaciones se refiere a la estructura formal de la fundamentación jurídica y el punto decisivo es la seguridad y la universalidad.

Propone que sean denominadas como “Reglas y formas de la justicia formal”.

⁶⁹⁸“(J.1.2.) es rudimentaria porque no tiene en cuenta la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. (...) es general porque aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica siguiendo la descripción de hechos (Sa)” ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 419.

⁶⁹⁹ Atienza hace un desarrollo argumental de contenido tomando el esquema de (J.1.2) como ejemplo: “1) Quien comete un asesinato debe ser castigado con pena de reclusión mayor. 2) Quien mata alevosamente, comete asesinato. 3) Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente. 4) Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión. 5) X mató a Y mientras este último estaba dormido. 6) A X se le debe imponer la pena de reclusión mayor”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 250-251. ATIENZA, Manuel. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Cevallos. Quito. 2009. pp. 25-26.

Alexy pretende evitar malentendidos, especialmente con la exigencia de deducibilidad lógica expresada el contenido de la justificación (J.2.2)⁷⁰⁰, en la que el error consistiría que sólo es posible la deducción a partir de normas previamente dadas. Esto no es así. En el ejemplo referido de los casos más complicados, se establecieron una serie de premisas como las expresadas en los puntos (5), (6) y (7)⁷⁰¹ –recordemos que en este ejemplo éstas son definiciones y deducciones lógicas argumentadas que no están en la ley-; éstas no pueden ser deducidas del derecho positivo. Precisamente lo que evidencian estas premisas es la parte creativa de la aplicación del derecho, por la exigencia de deducción. Esto es, que el aspecto más importante de la justificación interna es establecer premisas no extraídas del derecho positivo; pero ello es tarea de la justificación externa⁷⁰².

Otro error, explica Alexy, podría ser que el modelo de justificación interna no toma suficientemente en cuenta la interrelación entre el hecho y la norma; usando la metáfora de “*el ir y venir de la mirada*”⁷⁰³. Ante ello, este autor considera que es necesario fundamentar de forma profunda todo el nivel y desarrollo de las reglas y respecto de los hechos; esto ocurre en la

⁷⁰⁰ Recordemos que refiere que: “(J.2.2) *La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones*”.

⁷⁰¹ Si se observa (5) es una definición usada por los jueces: “Según la definición usada por los tribunales, mata alevosamente quien «se aprovecha conscientemente de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla» (M₅²). Por tanto vale: (5) (M₅² x \leftrightarrow M₅¹)”. Los siguientes (6) y (7) son deducciones basadas en el concepto y la lógica: “«M₅²» por su lado se da si el autor mata a alguien que no espera ser atacado y que sólo tiene una reducida posibilidad de defenderse del ataque (M₅³). (6) (M₅³ x \rightarrow M₅²). Resulta ahora obvio que alguien que mata a una persona dormida, sin que existan especiales circunstancias, como medidas de seguridad de la víctima (S), debe considerarse como alguien que cumple «M₅³» y por tanto hay que aceptar. (7) (x) (Sx \rightarrow M₅³)”.

⁷⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 420.

⁷⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 420-421.

fundamentación externa. Las reglas de justificación interna sólo pretenden tender un puente entre la norma y los hechos, esto podría considerarse como parte del proceso de ir y venir de la mirada.

Las normas de justificación interna sólo están interesadas en las deliberaciones del decisor que correspondan a las formas señaladas, no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas por los órganos decisorios. Por lo que, aunque tienen incidencia en el proceso de descubrimiento⁷⁰⁴, las normas de justificación interna sólo están interesadas en las exigencias de descripción de la justificación.

Por último, el problema está en la dificultad de encontrar las premisas, las que deben ser formuladas explícitamente, lo que permitirá reconocer y criticar los errores. Alexy refiere que las reglas universales facilitan la consistencia de la decisión y contribuyen a la justicia y a la seguridad jurídica. Las reglas de justificación aseguran una cierta medida de racionalidad en las premisas, y sobre la racionalidad de una decisión dependerá de la justificación externa.

2.4.1.2. La justificación externa

Es básico para la teoría de la justificación externa el análisis lógico de las formas de argumentación. El resultado del análisis es la comprensión de la necesidad y la posibilidad de su vinculación, las interconexiones entre los

⁷⁰⁴“La teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es, de las razones que ofrece como fundamento (el contexto de justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigiría tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.” ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 13. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 31-34.

argumentos. Por ello, el objeto de la justificación externa –explica Alexy- es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Distingue: “(1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo”⁷⁰⁵. Las primeras consisten en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico; en las segundas, se recurre a una escala de formas de proceder que van desde los métodos de ciencias empíricas que pasan por las máximas de presunción racional, o la carga de la prueba en el proceso; las últimas podrían designarse como argumentación jurídica. Aunque hay que saber distinguir cada una de ellas, todas están interrelacionadas y se aducen normalmente dentro de un proceso jurídico.

Alexy le presta especial atención en la justificación externa a las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Por ello forma seis grupos de reglas y formas de justificación externa. Éstos son: “reglas y formas (1) de interpretación, (2) argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos”⁷⁰⁶.

A) FORMAS DE ARGUMENTACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

⁷⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 222. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 251.

⁷⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 223. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 252.

a) Sobre la argumentación empírica

Todas las formas de argumentación jurídica –al igual que todas las formas de argumentación práctica general- incluyen enunciados empíricos⁷⁰⁷. La argumentación empírica es una forma de argumentación práctica general que se refiere a enunciados sobre hechos generales o singulares de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Se corresponden pues a enunciados que pueden corresponder a diversos campos científicos, de la medicina, la economía, la sociología, etc.

Dada la importancia que tiene para el mundo jurídico el conocimiento empírico en función de la teoría del discurso práctico general se acude a la regla de transición (6.1)⁷⁰⁸ para hablar de uno al otro dentro del discurso. Frecuentemente se tiene claro el fundamento normativo entre las partes, pero se discute respecto de los hechos; el conocimiento empírico puede no ofrecer una certeza deseable; sin embargo, se otorga una presunción racional en la disputa y ello tiene un papel importante, porque entonces, la decisión se adoptará en función de los hechos que se tomen como base.

Por lo que es evidente la interrelación que se tiene entre las formas de argumentación jurídica y las formas de argumentación práctica general, ante la relevancia de los argumentos empíricos.

b) Reglas y formas de interpretación

⁷⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 224.

⁷⁰⁸“(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico)”.

Dado que se discute sobre la jerarquía y el valor de las reglas y formas de interpretación –cánones⁷⁰⁹-, primero se plantea Alexy la forma de estructura lógica mediante un modelo sencillo de interpretación interna, utilizando la interpretación abreviada (J.1.2)

- (J.1.2´)
- (1) $(Tx \rightarrow ORx)$ (R)
 - (2) $(Mx \rightarrow Tx)$ (W)
 - (3) Ma
 - (4) ORa (1)-(2)

A partir de (1), la norma R, y de (2), la regla de las palabras, W, se sigue la norma concreta R´

$$(2´) (x) (Mx \rightarrow ORx)$$

R´ puede designarse como "interpretación de R a través de W" (Luis).

Los cánones cumplen una función importante y se utilizan para interpretar no sólo leyes, sino también otros enunciados jurídicos y normas no positivas. De la elección de utilización de unos sobre otros resultarán argumentos muy distintos. Alexy sólo pretende establecer la función de estos cánones en el discurso jurídico, no aclarar su valor u orden; por lo que describe algunas de sus características y los clasifica en seis grupos: "los de interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica⁷¹⁰"

⁷⁰⁹ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 252-255.

⁷¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 226.

Argumento semántico

Estos argumentos se utilizan como referente al uso del lenguaje, ya sea para criticarlo o para afirmar algo. Se utilizan para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible o no. Por ejemplo, una interpretación R' con respecto de R . Afirma Alexy que la regla W debe entenderse aquí como una *especificación* del lenguaje natural o del lenguaje técnico en particular de la jurisprudencia. Pero puede suponer en otro caso que W sea una *determinación* de la decisión. Entonces requerirá adicionalmente más argumentos.

Alexy distingue tres formas de argumentos semánticos:

“(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R , sobre la base de W_i .

(J.3.2.) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre W_k

(J.3.3.) Es posible aceptar R' como interpretación de R , y es posible no aceptar R' como interpretación de R , pues no rigen ni W_i ni W_k

Los argumentos (J.3.1) y (J.3.2.) son definitivos si cae R en alguna de estas formas; el argumento semántico será suficiente como fundamentación de una decisión. Si, por lo contrario, se encuentra en el supuesto de (J.3.3), no podrá llegarse a ninguna decisión con el argumento semántico. Explica Alexy que sólo se puede determinar que T^{711} es vago. Por tanto, T no puede

⁷¹¹ T , recordemos que es la forma de referirse a la expresión de “quien aduce la regla como razón presupone como verdaderos los enunciados”.

contestarse por medio de la especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación⁷¹²; por lo que se requerirán más argumentos para justificarle.

Argumento genético

Se refiere a que se justifica por la interpretación de la voluntad del legislador, es decir, R' de R . Alexy distingue dos formas: La primera es cuando se dice que $(W = R')$ era el objeto directo de la voluntad del legislador; la segunda, es si se afirma que el legislador persiguió con R los fines Z_1, Z_2, \dots, Z_n en la combinación con K ($[Z_1, Z_2, \dots, Z_n] K$), y la validez de R en la interpretación W ; es necesaria para la realización de $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K$. Esta es una variante de argumento teleológico. Si se describe $(Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K$ abreviadamente como Z , se da la siguiente estructura:

- “(J.4.1) (1) $R' (=W)$ es querido por el legislador.
 (2) R'
 (J.4.2) (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z
 (2) $\neg R' (=W) \rightarrow \neg Z$
 (3) R' ”

Alexy refiere que ni (J.4.1) ni (J.4.2) se siguen lógicamente de las premisas. Por lo que (J.4.1) necesitará una premisa o inferencia como la siguiente:

(a) *El que el legislador desee que R se interprete mediante W ($W = R'$) es una razón de validez de R' .*

⁷¹² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 227.

Le parece a Alexy más interesante las reglas de inferencia (J.4.2):

(b) El que el legislador persiga con R el fin Z es una razón para que en la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z.

(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización Z.

Considera débil las fórmulas (a) y (b), al ser la voluntad del legislador sólo una razón. Pero el esquema (c) se representaría:

(S) (1) OZ
 (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
 (3) OM

Alexy propone otra fórmula en lenguaje ordinario de (S)

(1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z

(2) Si no se da M, entonces no se logra tampoco Z (M es una condición de Z)

(3) Es obligatorio que se dé M.

Alexy afirma que (S) es una variante de silogismo práctico, podía considerarse tanto en la lógica deóntica, y también en la teoría de relación medio-fin, aunque necesitaría muchas precisiones; intuitivamente cree que con restricciones no afectaría la validez de (S), por lo que podría aceptarse, junto con (c) y (J.4.2).

Por último, considera a la interpretación semántica y a la genética como casos especiales de argumentación empírica. La primera depende de las

reglas semánticas y la segunda de enunciados sobre la voluntad del legislador o el fin de la norma; estos supuestos no permiten una interpretación expresamente clara. Por lo que Alexy recomienda que, para no considerarlos argumentos incompletos, habrá que completarlos con más enunciados válidos. Ello lo denomina como *“requisito de saturación”*⁷¹³.

Argumento histórico

Explica que se refiere a hechos de la historia del problema jurídico discutido, tanto a favor o en contra de tal interpretación. Para Alexy, son casos de aprendizaje de la historia, y lo expone de la siguiente manera: *“(1) ya una vez se practicó una determinada solución del problema discutido; (2) ésta condujo a la consecuencia F; (3) F es indeseable; (4) las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra hoy, y (5) por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable”*⁷¹⁴. Estos argumentos si bien implican un conocimiento histórico-sociológico, también en el punto (3) implican una premisa normativa que se debe fundamentar.

Argumentos comparativos

⁷¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 229.

⁷¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 230.

Estos se hacen en relación al estado jurídico anterior o en relación a otras sociedades. Este elemento incluirá tanto argumentos históricos como premisas empíricas normativas⁷¹⁵.

Argumento sistemático

Comprende tanto la referencia a la situación de una norma en un texto legal, refiriéndose a la lógica o teleología de ésta en relación a otras normas, fines y principios. Alexy refiere que se puede argumentar en sentido estricto en la contradicción normativa: “Si la interpretación de R_1 , por medio de W , R'_1 contradice la norma R_2 que debe reconocerse como válida, entonces tiene que abandonarse R_1 ”⁷¹⁶. Entiende que la interpretación de esa norma debe excluirse si choca con las demás interpretaciones.

Argumento teleológico

Estos argumentos implican un análisis detallado de los conceptos de fin y medio vinculados a la voluntad, intención y necesidad práctica. Ya se había planteado en la argumentación genética con respecto a la voluntad del legislador una interpretación que se puede denominar basada en argumentos “teleológico-objetivos” Estos se refieren a fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente⁷¹⁷. Supone hipótesis respecto de los fines establecidos, mediante criterios de corrección

⁷¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 230.

⁷¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 231.

⁷¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 232.

fundamentados en la argumentación racional. Estos no están caracterizados empíricamente, sino normativamente. Lo que significa que es un suceso prescrito.

Alexy explica que el suceso prescrito puede caracterizarse como “OZ”.

Que la interpretación $R = R'$ es necesaria para alcanzar Z (por tanto, que es un medio para Z), Una forma en que puede indicarse a través de la expresión normativa de: $\neg R' (= R) \rightarrow \neg Z$. Aunque la expresión más simple de un argumento teleológico-objetivo es:

$$(J.5) \quad \begin{array}{l} (1) OZ \\ (2) \neg R' (= R) \rightarrow \neg Z \\ (3) R' \end{array}$$

Afirma que (J.5) se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2) salvo que Z no es querido por el legislador, sino que debe ser afirmado como el objetivo. El esquema general es como en (J.4.2)

$$(S) \quad \begin{array}{l} (1) OZ \\ (2) \neg M \rightarrow \neg Z \\ (3) OM \end{array}$$

En esta forma de argumentación lo que realmente importa es tener fundamentado (1), porque es la causa de validez de R y ello está prescrito en el estado de las cosas Z. Se debe concluir entonces de forma lógica que está probado que es obligatorio alcanzar el fin Z o los fines Z (forma abreviada de $([Z_1, Z_2, \dots, Z_n])$)K.

Alexy explica que un caso límite es cuando Z puede dominarse de manera que se trata de un estado de cosas en el que rige la norma a fundamentar R'. Esto es más complejo, porque la referencia a Z sólo puede cumplir la función de aclarar qué significa la validez de R'⁷¹⁸. En tal caso, son necesarias normas de tipo general o principios P₁, P₂, ... P_n. Por lo que la interpretación teleológica se vuelve una argumentación a partir de principios. El problema es que la norma a fundamentar no se sigue a partir de los principios. Por lo que será necesario un ejercicio de concreción de los principios a partir de nuevos enunciados normativos.

c) Los cánones en el discurso jurídico

Alexy realiza la siguiente clasificación sobre el papel de los cánones en el discurso jurídico: *“(1) el campo de aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de la jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico”*⁷¹⁹.

Respecto a la primera (1), considera que la caracterización tradicional que se hace de los cánones de interpretación es demasiado estrecha, no obstante que los mismos pueden aplicarse en multitud de nuevos contextos que van desde el conflicto de normas, hasta el campo de aplicación de las normas o fundamentación de las normas que no pueden deducirse de la ley.

En cuanto a la segunda (2), advierte que los cánones no son en realidad reglas; él los considera esquemas o formas de argumentos, es decir,

⁷¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 234.

⁷¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 234.

enunciados que se siguen de una forma determinada; acepta que el estatus lógico es una cuestión discutida hasta hoy, y apunta a que podría ser posible hacer un análisis de todas las formas de argumentos posibles, una especie de gramática de la argumentación jurídica que podría permitir alcanzar un resultado racional.

En relación a la tercera (3), el requisito de saturación, refiere que un argumento sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma, esto es requisito de saturación. Dado que las premisas son de distinto tipo, ello corresponde a distintas formas de fundamentación; desde las empíricas, las de voluntad, las hipótesis sobre consecuencias, las normativas, las históricas, comparativas, teleológicas, etc. Por lo que propone una regla de corrección, a efecto de que no resulten vacías las discusiones:

“(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de interpretación”⁷²⁰.

En relación a la cuarta (4), refiere que distintas formas cumplen diferentes funciones. Las semánticas o genéticas están vinculadas a los órganos decisores; las históricas o comparativas, se refieren a otras experiencias del pasado o de sociedades; la sistemática, evidencia las contradicciones; por último, la teleológica está abierta al campo de la argumentación práctica.

Respecto a la quinta (5), no existe un catálogo de jerarquía que tenga el reconocimiento general. El punto anterior sólo respecto a las formas y

⁷²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 236.

funciones, sólo permite entender que utilizar unas en vez de otras, ofrecerá argumentaciones completamente distintas con resultados distintos.

Por lo que hace a la sexta (6), que refiere a la resolución de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico, Alexy reconoce que no tiene una solución al problema. Pero da cierta orientación para usar de manera oportuna las distintas formas de argumentos. Establece las siguientes reglas pragmáticas:

“(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos”⁷²¹.

Expone otra regla como variante del principio de universalidad:

“(J.8). La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según las reglas de ponderación”⁷²².

Por último, al tenor de tomar en consideración la exigencia de libertad de discusión y la admisibilidad de todos los argumentos (2.2.a) y (2.2.b) plantea esta última regla:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de interpretación”⁷²³.

⁷²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 239.

⁷²² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 240.

⁷²³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 240.

Concluye que, si bien los cánones no ofrecen una vía que garantice el único resultado correcto, si permiten fundamentar distintas maneras de legitimación. La argumentación jurídica tiene la pretensión de la corrección, especialmente con la vinculación a la ley.

B) ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA

Refiere Alexy que al preguntarse ¿qué es la dogmática jurídica? Responde: *“esto es cualquier cosa menos algo claro”*⁷²⁴. Por lo que es necesario, dentro de las diversas conceptualizaciones, precisar alguna propia, para posteriormente pasar a los argumentos dogmáticos y el papel que juegan en el discurso jurídico. Señala que: *“de las cinco condiciones resulta la siguiente definición: Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo”*⁷²⁵.

a) Enunciados de la dogmática jurídica

En una clasificación a groso modo, Alexy refiere que están:

⁷²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 240.

⁷²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 246. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 255.

(1) *“las definiciones de los genuinos conceptos jurídicos”*⁷²⁶, vr.g.: los conceptos de contrato, acto administrativo, legítima defensa, etc. Éstos están íntimamente relacionados con las normas jurídicas; por lo que existen mientras existan dichas reglas, por lo que son de contenido normativo.

(2) *“definiciones de otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas”*⁷²⁷. Alexy aclara que, respecto a éstos, se cuestiona si pertenecen efectivamente a la dogmática jurídica. Vr.gr.: son conceptos como cumplimiento de una operación, alevoso, área edificada coherentemente, etc. Podría pensarse que se corresponden a la interpretación sistemático-conceptual y no a la dogmática. Por lo que requerirían un análisis más detallado del concepto de enunciado dogmático.

(3) *“norma no extraída de la ley”*⁷²⁸. Alexy considera que esta interpretación es un punto límite sobre si pertenecen o no a la dogmática. El argumento de su inclusión es pragmático, toda vez que dependerá de que los juristas lo consideren como un enunciado aceptado como dogmático según sus convicciones, lo que lo vuelve problemático.

(4) *“descripciones y caracterizaciones de estados de las cosas”*⁷²⁹. Éstas sirven para la producción, eliminación o conservación de una norma o un grupo de normas.

(5) *“formulaciones de principios”*⁷³⁰. Éstos son enunciados normativos de alto nivel de generalidad, por lo que, en general, no se pueden aplicar sin

⁷²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 246.

⁷²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 247.

⁷²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 248,

⁷²⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 249.

añadir premisas normativas adicionales. Usualmente se encuentran limitados a su vez por otros principios. Los principios -sugiere Alexy- pueden ser introducidos en la discusión como descripciones de estados de las cosas, en lugar de enunciados normativos.

b) Uso de lenguaje dogmático

Alexy explica que existen dos formas de uso: los de fundamentación de dogmática pura, que sirven para fundamentar un enunciado, juntamente con enunciados empíricos formulaciones jurídico-positivas; y los de fundamentación de dogmática impura, que requieren premisas normativas adicionales⁷³¹.

Refiere que también pueden utilizarse sin necesidad de que ellos mismos sean fundamentados; a éstos se le llama *uso no justificatorio*, porque su contenido constituye una opinión dominante. Esto no les excluye, sin embargo, de su uso por motivos racionales. Si, por otro lado, se usan utilizando a su favor otros fundamentos, se le llama *uso justificatorio* de los enunciados dogmáticos.

c) Fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos

Para la fundamentación de los enunciados dogmáticos es posible usar otros enunciados dogmáticos, además de argumentos prácticos de tipo general; por lo que la fundamentación se deriva de otros enunciados. La

⁷³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 249.

⁷³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 250.

comprobación se da cuando se cuestiona si se pueden aceptar los enunciados, ya sea de forma aislada o conjuntamente con otros. Por tanto, todos los enunciados dogmáticos son candidatos a una fundamentación y a una comprobación.

Alexy propone dos formas sistemáticas: La primera es la “*comprobación sistemática en sentido estricto*”, son las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los enunciados dogmáticos, así como al resto de las formulaciones de las normas jurídicas que se suponen vigentes. La segunda es la “*comprobación sistemática en sentido amplio*”, que se refiere a la relación de los enunciados normativos con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse. En el primer caso se trata de encontrar contradicciones entre enunciados; y, en el segundo caso, ver si se corresponden las formulaciones con el discurso práctico general. Son, por así decirlo, un control de consistencia de compatibilidad.

Para la comprobación del enunciado dogmático, Alexy propone dos reglas:

“(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico general.

(J.11) todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto de sentido estricto como de sentido amplio⁷³².

⁷³² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 254.

d) Las funciones de la dogmática

Alexy valora positivamente seis funciones: “(1) de estabilización, (2) de progreso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de control, y (6) heurística”⁷³³.

(1) La función de estabilización se refiere a que con la ayuda de ciertos enunciados dogmáticos se fijan y se hacen reproducibles determinadas soluciones a cuestiones prácticas. Al operar la dogmática institucionalmente, se puede observar que durante periodos de tiempo se fijan determinadas formas de decisión. Ello es de gran valor, va de la mano con el principio de universalidad y es un aspecto básico del principio de justicia. Ello no implicará que, por mantener la tradición, se deba mantener la decisión siempre; lo que ocurre es que si se pretende una nueva solución, deberá de tener buenas razones y soportar la carga de la argumentación⁷³⁴ dada la inercia.

(2) La función de progreso está relacionada con la de estabilización. Es posible ver la evolución de la discusión de los enunciados dogmáticos en el transcurso del tiempo. En ello se advierte un progreso de la dogmática. Este proceso Alexy lo considera un fuerte argumento a favor del carácter científico de la dogmática jurídica⁷³⁵.

(3) La función de descarga implica para Alexy adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya probados y aceptados al menos provisionalmente; por lo que no es necesario hacer una nueva comprobación. Las ventajas se advierten por la presión de trabajo de los tribunales o en las

⁷³³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 255. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 256.

⁷³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 256.

⁷³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 256.

discusiones científico-jurídicas. Aunque ello no implica que pueda volver a discutirse⁷³⁶.

(4) La función técnica es considerada como una aportación a la visión de conjunto de manera general. Esta función, al encontrarse simplificada y sistematizada, ofrece mucha información panorámica, que es básica para la enseñanza, transmisión y aprendizaje de la ciencia jurídica. Aunque pudiera ponerse en duda la función didáctica de la dogmática, la capacidad que ella tiene de penetración analítico-conceptual de un objeto -para Alexy-⁷³⁷, es un medio para dominarlo.

(5) La función de control es importante. Los dos tipos de control mencionados por Alexy permiten distinguir dos formas de consistencia: la de comprobación sistemática en sentido estricto, permite observar la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos; y la comprobación sistemática en sentido amplio, la compatibilidad práctico general de las decisiones a fundamentar. Por ello, la dogmática permite fundamentar un conjunto de casos y no uno sólo de manera aislada. Acrecientan el principio de universalidad y en esa medida la justicia⁷³⁸.

(6) Respecto a la función heurística, refiere Alexy que: *“Un sistema dogmático puede, por ello, ser un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que*

⁷³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 357.

⁷³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 259.

⁷³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 260.

*no hubiesen ofrecido, ni menos aún prevalecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización*⁷³⁹.

Para concluir, Alexy hace referencia a la argumentación dogmática y a la argumentación práctica general. Refiere que la dogmática jurídica tiene claramente una visión instrumentalista que puede dar resultados que no son posibles con el discurso práctico general. La argumentación dogmática es racional en la medida en que no se pierda en la retroacción de la argumentación práctica general. Por lo que propone la siguiente regla:

*“(J.12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados”*⁷⁴⁰.

C) *SOBRE EL USO DE LOS PRECEDENTES*

La teoría de la argumentación jurídica contempla el uso de los precedentes como una parte central, con independencia de la valoración teórica y la discusión sobre si los mismos son fuente o no de Derecho. Alexy se centra sólo en el papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde su teoría del discurso jurídico, y la relación de los argumentos basados en precedentes junto con otros argumentos en el discurso jurídico⁷⁴¹.

a) La regla de la carga de la argumentación

Los precedentes van de la mano con el principio de universalidad, que exige que en justicia todos deban ser tratados de igual manera en una situación

⁷³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 260.

⁷⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 261.

⁷⁴¹ “La argumentación a partir de los precedentes tienen muchos puntos en común con la argumentación dogmática”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 257.

igual. De ahí el primer problema sobre si existen casos completamente iguales. Por ello, es de vital importancia determinar si las diferencias son en cada caso relevantes. Otro aspecto es que pueda darse el supuesto de que los casos sean considerados como iguales; pero, se tenga interés en dar una respuesta diferente, toda vez que han cambiado las formas de valoración de las circunstancias. De acuerdo al principio de universalidad ello no sería posible, salvo que también se argumente la pretensión de corrección, que es una parte del principio de universalidad. La cuestión es que, entonces, quien quiera apartarse en cumplimiento de tal pretensión de corrección deba justificarse, por lo que en tal caso se tiene lo que Alexy denomina *la carga de la argumentación*⁷⁴², con el fin de detener la inercia de los precedentes.

Ello va de la mano con el cumplimiento de la regla (3.1)⁷⁴³. Por lo que, siguiendo un principio de seguridad jurídica y la protección de la confianza que tiene los argumentos fundamentados en la dogmática jurídica que son utilizados frecuentemente al fundamentar los precedentes, Alexy formula dos reglas generales sobre el uso de los precedentes⁷⁴⁴:

(J.13) *“Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse”.*

(J.14) *“Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación”.*

⁷⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 263.

⁷⁴³ Recordemos que conforme a la misma: *“(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que una persona B está obligado a fundamentarlo”.*

⁷⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 265.

Estas reglas en la que se incluye *la carga de la argumentación* son compatibles y consistentes con el principio de universalidad de respeto a los precedentes, y con el argumento de corrección, que exige no seguir un precedente que se considera equivocado; debiendo hacerlo a través de un discurso racional.

D) SOBRE EL USO DE FORMAS DE ARGUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES

Respecto de las formas de argumentos jurídicos especiales⁷⁴⁵ en la metodología jurídica expone: “*la analogía, el argumentum e contrario, el argumentum a fortiori y el argumentum ad absurdum*”⁷⁴⁶.

Todos ellos los expone mediante un análisis lógico, es decir, mediante inferencias lógicas válidas⁷⁴⁷; lo considera de mejor comprensión y aclara el contenido.

a) *Argumentum e contrario*

Este consiste en expresar que sólo si “x” entonces es “F”, por lo que si no es “x” entonces no es “F”, dado que es obligatorio “x”.

La inferencia lógica es⁷⁴⁸:

$$(J.15) \quad \begin{array}{l} (1) (x) (OGx \rightarrow Fx) \\ (2) (x) (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) \quad (1) \end{array}$$

⁷⁴⁵ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 155. Se puede encontrar una ampliación de las formas de argumentos especiales en ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. 62-65.

⁷⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 266.

⁷⁴⁷ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 257-259.

⁷⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 267.

b) *Analogía*

Consiste en expresar que “F similar a x”, y significa que “x es semejante a F”

La inferencia lógica es⁷⁴⁹:

$$(J.16) \quad \begin{array}{l} (1) (x) (Fx \vee F \text{ sim. } x \rightarrow OGx) \\ (2) (x) (Hx \rightarrow F \text{ sim. } x) \\ (3) (x) (Hx \rightarrow OGx) \quad (1), (2). \end{array}$$

c) *Argumentum ad absurdum*

Una forma de ejemplo es cuando en la fundamentación de la tesis de que una determinada interpretación “I” de una norma “R” no es admisible a través de una regla de uso de las palabras W ($I_{W} = R'$), se refiere a que determinada interpretación es absurda. Este resultado inaceptable puede designarse como “Z” que interpretan como prohibido o es la peor de las variantes ($O \rightarrow Z$).

La inferencia lógica es⁷⁵⁰:

$$(J.17) \quad \begin{array}{l} (1) O \rightarrow Z \\ (2) R' \rightarrow Z \\ (3) \neg R' \end{array}$$

En todos los ejemplos expresados por Alexy señala que, si bien pueden expresarse por inferencias lógicas, es necesario fundamentar las premisas (1) para que se produzca la conexión con la forma de discurso lógico. Por lo que

⁷⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 268.

⁷⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 270.

se tiene que acudir a las formas de argumento práctico general y argumentos empíricos. *“(J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente, (J.16) es exigido el principio de universalidad y (J.17) es un caso que toma en consideración las consecuencias”*⁷⁵¹. Si estas formas pueden reducirse a reglas del discurso práctico general, su uso puede considerarse como racional; por ello, es necesario que resulten saturadas de enunciados fundamentados en el discurso jurídico. Expone la siguiente regla:

*“(J.18) Las formas de argumento jurídicos especiales tienen que resultar saturadas”*⁷⁵².

2.4.2. RECAPITULACIÓN ACERCA DEL DISCURSO JURÍDICO Y DEL DISCURSO PRÁCTICO

A) El papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico:

Alexy, en síntesis, refiere que *“la argumentación práctica general puede ser necesaria (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, (4) en la fundamentación de los distinguishing y*

⁷⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 270.

⁷⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 271.

*overruling*⁷⁵³ y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna⁷⁵⁴.

Como se advierte, la argumentación práctica juega distintos papeles dentro del discurso jurídico; van de la mano tanto de los argumentos dogmáticos, como dentro de los precedentes, sirven de soporte de la fundamentación de la elección de las distintas formas de argumentos y, por ello, llevan a resultados distintos.

Estos pueden ser desplazados parcialmente por los argumentos dogmáticos y de los precedentes, aunque no se puede prescindir de ellos cuando cumplen la función de saturación de una forma de argumento, especialmente en lo que se denominó fundamentación dogmática impura. Por otro lado, los enunciados dogmáticos no pueden ser siempre fundamentados por otros enunciados dogmáticos, por lo que, en última instancia, serán necesarios los argumentos prácticos, o incluso argumentos empíricos.

B) Discurso jurídico y discurso práctico:

Alexy considera que es evidente una unión del discurso jurídico y el discurso práctico general. La vinculación consiste en: *“(1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso*

⁷⁵³ Estos se refieren, según Alexy, al uso del precedente especialmente en la ciencia jurídica anglosajona: *“La técnica del distinguishing sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar como perspectiva del precedente (...). La técnica del overruling, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. (...) tienen que ser fundamentados (...) se necesitan razones jurídicas”*. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 265-266.

⁷⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 271.

*práctico general y (4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica*⁷⁵⁵.

C) La necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general:

Refiere la propia debilidad del discurso práctico general en relación al discurso jurídico, dado que el discurso práctico no prescribe reglas normativas de las cuales deban partir los participantes en el discurso, por lo cual parten de premisas distintas entre sí. Otra debilidad es que no todos los pasos de la argumentación están fijados; y otra más, es porque las reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, y existe la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo.

Refiere Alexy entonces que dada la necesidad inicial de decidir, es racional (es decir, fundamentable en el discurso práctico) ponerse de acuerdo en hacer un procedimiento que limite la manera más racional posible de discurrir. Por ello, considera Alexy que el discurso práctico general nunca podrá ser eliminado por completo del discurso jurídico y de hecho depende de él. La argumentación jurídica es un discurso reglado bajo condiciones que aumentan su rendimiento, de ahí que proponga su institucionalización como ciencia jurídica⁷⁵⁶.

D) La coincidencia parcial de la pretensión de corrección:

Tanto las argumentaciones jurídicas como el discurso práctico general tienen la pretensión de corrección. La diferencia se encuentra en que la primera

⁷⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 273.

⁷⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 273.

tiene la pretensión en los enunciados normativos, los cuales busca que sean absolutamente racionales y fundamentados racionalmente en el marco jurídico de Derecho positivo⁷⁵⁷; y el segundo, la racionalidad de cómo la sociedad resuelve sus cuestiones prácticas.

Vale decir que la argumentación jurídica está delimitada instrumentalmente a que los jueces decidan racionalmente sus casos, se asume la racionalidad de la ley y de la legislación.

E) La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general:

La conexión la establece Alexy de la siguiente forma⁷⁵⁸: “(1) Las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del principio de universalidad; (2) La argumentación empírica juega un papel importante; (3) algunos cánones de interpretación dan carácter vinculante racional a la argumentación; (4) La ciencia jurídica dogmática es una forma de institucionalización del discurso práctico bajo el ordenamiento jurídico; (5) el fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad y de inercia; (6) Las formas de argumentos jurídicos especiales son en algunos casos la aplicación de una regla lógica, en otros de aplicación del principio de universalidad y en otros una forma básica de argumento consecuencialista”.

F) La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación:

⁷⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 274.

⁷⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 275-277.

Dado que se encuentra demostrada la conexión entre el discurso práctico general y el discurso jurídico, es evidente que la argumentación jurídica depende de los argumentos de argumentación práctica, lo que la lleva a ser el fundamento de la argumentación jurídica.

Como se han expuesto las debilidades de la argumentación práctica general, para Alexy es evidente la necesidad de institucionalizar el discurso jurídico en la ciencia del Derecho. Por lo que es necesario establecer reglas y formas especiales que lleven a la consolidación de la argumentación y diferenciarla de la argumentación práctica general. Por ello, defiende que es una forma especial de argumentación práctica general. Aunque no por eso se pueda nunca prescindir de ella. Sólo es una forma de hacerla más eficaz⁷⁵⁹.

G) Los límites y la necesidad de la teoría del discurso racional:

Los fallos y las debilidades del discurso práctico general se trasladan de forma suavizada al discurso jurídico, pero no por ello los eliminan. Por lo que esta teoría de la argumentación jurídica no garantiza los resultados⁷⁶⁰. Sólo permite que la misma sea más racional bajo formas especiales de discurso como caso especial. El argumento de no garantizar la seguridad no es suficiente para rechazarla, al igual que no lo es en otras ciencias.

El interés de Alexy fue mostrar las condiciones, criterios y reglas y su pretensión de corrección en las que puede verse de forma sistemática el

⁷⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 278.

⁷⁶⁰ "las reglas no garantizan que en cada caso se pueda llegar a la única respuesta correcta". ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 259.

concepto de argumentación jurídica racional⁷⁶¹; por ello, analizó los presupuestos que consideró necesarios para su comprensión teórica. Concluye que: *“la teoría del discurso ofrece algo así como un criterio, en situaciones específicas, para la racionalidad de procesos de decisión, para la racionalidad de las decisiones producidas por ellos”*⁷⁶². Lo asume como un ideal que los juristas puedan contribuir a la realización de la razón y la justicia, pero no aisladamente, sino dentro de un orden social racional y justo.

2.5. Principios y reglas

Antes de abordar el tema de la ponderación es necesario hacer algunas puntualizaciones⁷⁶³ sobre lo que se entiende por principio⁷⁶⁴ y por regla o norma, así como sus diferencias y la forma en que lo trata Alexy en la teoría de la argumentación jurídica. Para este autor *“La distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”*⁷⁶⁵.

La distinción entre los mismos no es nueva⁷⁶⁶, aunque la multiplicidad de criterios utilizados a veces causa polémica, precisamente porque se emplea una diversidad de conceptos o términos. A veces se utiliza, en lugar de *regla* y

⁷⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 278.

⁷⁶² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 280.

⁷⁶³ Una exposición sobre la conexión sobre regla principio y moral. BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie “Constituzionalistiche” del Diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*. Clueb. Bologna. 2000. 78-98.

⁷⁶⁴ GARCIA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. op. cit. p. 383.

⁷⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. 63.

⁷⁶⁶ *“Ninguna de estas dos construcciones ha sido realizada de forma pura, representan empero ideas opuestas, de las cuales depende la solución de casi todos los problemas de la dogmática general de los derechos fundamentales”*. ALEXY, Robert. “La construcción de los derechos fundamentales”. En CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010. p. 1.

principio, el término *norma* y *principio*. Alexy refiere que tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos establecen lo que es debido. Pueden ser formulados en términos deónticos. Por lo que la distinción entre reglas y principios se trataría de la distinción entre dos tipos de normas⁷⁶⁷.

Otro criterio utilizado para diferenciar las reglas de los principios es la generalidad. Los principios serían normas con una alta generalidad, mientras las reglas serían de una generalidad baja. Por ello, se considera generalmente que los principios son fundamento de las reglas; aunque, también se discute lo contrario, si las reglas lo son de los principios, dada la forma de su génesis⁷⁶⁸.

Alexy señala tres tesis sobre la distinción de las reglas y los principios⁷⁶⁹:
La primera tesis, refiere que el intento de dividir las reglas y los principios en dos clases es vano por la pluralidad existente en la realidad. De manera que la diferencia entre estas normas sería de grado. Una de ellas –principio- por su alta generalidad no sería aplicable inmediatamente, pero sería por su forma – de alto contenido valorativo o de importancia en el sistema jurídico- el fundamento de otras reglas. Una especie de *parentesco de familia*. Ello nos llevaría a concepciones sobre los mismos bastante heterogéneas. *La segunda tesis*, señala que la distinción entre reglas y principios es *sólo de grado* como criterio decisivo, por lo que las reglas pueden distinguirse de forma relevante. *La tercera tesis* -a la que se adscribe Alexy-, refiere que la diferencia entre reglas y principios *no es sólo de grado*, sino también *cualitativa*. Por lo que en ella se fundamenta el desarrollo de los principios como mandatos de

⁷⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. pp. 64-65.

⁷⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. 66.

⁷⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. pp. 66-67.

optimización. ¿A qué se está refiriendo con la idea de principios como mandatos de optimización?

Alexy señala que “*el punto decisivo para la distinción entre las reglas y los principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la debida medida de su cumplimiento, no sólo depende de sus posibilidades reales sino también de las jurídicas*”⁷⁷⁰. Las posibilidades jurídicas entonces estarán interrelacionadas con las reglas y principios opuestos. En cambio, las reglas si son válidas pueden ser cumplidas o no, porque las reglas contienen determinaciones⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. pp. 67-68. Refiere Bernal Pulido que esta definición de los principios debe de ampliarse para el respeto de los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria; de ahí se evitaría cualquier confusión en su interpretación de supresión de todo margen legislativo para la toma de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación del derecho ordinario y la valoración de pruebas. Por lo que las variables del tribunal constitucional para conocer la magnitud de las variables de peso son limitadas por las premisas empíricas y normativas. La definición que propone es ésta: *Los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a con las posibilidades jurídicas, fácticas y –ahí viene la modificación- epistémicas existentes*. BERNAL, Carlos. “Estudio introductorio”. En ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. LII.

⁷⁷¹ Sostiene Sieckmann una interesante tesis que afirma que los principios tienen cierta autonomía de autolegislación, y por tanto, del fundamento normativo de la filosofía moral moderna y del Estado democrático. SIECKMANN, Jan-R. “Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales.”. En CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010. p. 71.

2.6. La ponderación

La ponderación es una operación utilizada como fórmula de peso⁷⁷² entre principios⁷⁷³. Es relativamente novedosa y vista con cierto recelo⁷⁷⁴, al estar menos investigada que la operación de la subsunción. Se mantiene cierto escepticismo desde el positivismo toda vez que, al argumentarse la necesidad del ejercicio de la misma para el tratamiento de los principios, desplaza la tradicional fórmula que se aplica a las reglas; es decir, las reglas se aplican o no se aplican, mientras que con los principios se discute si aplican en lugar de alguna regla, o si el principio es un argumento suficiente para dejar de aplicar las reglas⁷⁷⁵.

Lo anterior nos lleva a la pregunta de si es racional y legítimo incluir los principios⁷⁷⁶ en los casos de difícil aplicación de una regla clara que permita subsumir los hechos y realizar una operación lógica racional. Como se advierte, es parte de la discusión sobre si el derecho es algo que se deba conocer y

⁷⁷² PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. "Dilemas constitucionales y decisiones judiciales". Anuario de Filosofía del Derecho. No XXVI. 2010. pp. 447-449.

⁷⁷³ Esto implica que los principios no son ilimitados o que los mismos no otorgan derechos ilimitados. Para profundizar sobre el análisis de la limitación de derechos fundamentales, ver. PRIETO, Luis. *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra. Lima. 2002. pp. 45-108.

⁷⁷⁴ Para analizar detalladamente la defensa de la racionalidad de la ponderación y las objeciones en contra: la indeterminación, la inconmensurabilidad, la imposibilidad de predecir los resultados, sus límites. Ver BERNAL, Carlos. "La racionalidad en la ponderación". En CARBONELL, Miguel. (Coord) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. pp. 51-80.

⁷⁷⁵ Cuando los jueces tienen que resolver un caso no necesariamente aplican reglas. "No siempre tienen disponible una regla. Dicho de otra forma, los jueces no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente cuando no existe una regla aplicable a la situación (laguna normativa) o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema (laguna axiológica); o sea, se trata —en el segundo caso— de supuestos en los que la pretensión de la regla falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo". ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 168.

⁷⁷⁶ "Si la ponderación fuera necesariamente irracional, debería ser rechazada y, con ella, al mismo tiempo, los principios como normas que exigen algo irracional". ALEXY, Robert. "La construcción de los derechos fundamentales". op. cit. p. 7.

simplemente aplicar o el derecho es algo más en las sociedades democráticas, un ejercicio o una actividad que se deba construir de forma dialógica, de manera que el contenido de los argumentos que se esgriman sea valioso y la dialéctica permita al juez asumir un resultado suficientemente motivado, para determinar racionalmente en cada caso quién tiene derecho a ganar. Por lo que el derecho visto desde la óptica de los principios, es un derecho en actividad constitucional, en movimiento y vivo, con una difícil predicción en el resultado⁷⁷⁷. Se entiende que para el jurista formado en el clásico positivismo Kelseniano o Hartiano provoque cierto grado de ansiedad. El ejercicio de la ponderación no permite predecir ni asegurar el resultado y la pregunta que surge es si ello rompería el principio de seguridad jurídica. La respuesta es negativa desde mi punto de vista, en tanto se sustente la sentencia en la racionalidad y la legitimidad; de lo contrario estaríamos frente a un decisionismo⁷⁷⁸ de un juez, que de forma arbitraria elegiría el contenido de sus resoluciones⁷⁷⁹.

Alexy refiere que existen tres problemas básicos que debe asumir la ponderación: La estructura, la racionalidad y la legitimidad⁷⁸⁰. En la medida en

⁷⁷⁷ “Los argumentos de principio son de particular significación. En los estados constitucionales democráticos los argumentos de principio se apoyan esencialmente en los preceptos constitucionales. Su utilización incluye casos difíciles normalmente una ponderación, la cual indica que los principios tienen el carácter de preceptos de optimización”. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. p. 56.

⁷⁷⁸ “También hay decisiones (no necesariamente irracionales) en favor de las cuales el agente no puede (o no quiere) aducir ninguna razón que pueda resultar convincente; es estos últimos casos hablamos de “decisionismo” y contraponemos decidir a razonar o a argumentar (los actos de voluntad a los actos de razón). ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 64.

⁷⁷⁹ VILLAR, Luis. “Nueva retórica y teorías de la argumentación”, ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. op. cit. 26.

⁷⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª. Edición. Madrid. 2007. p. 349.

que sea más racional la ponderación⁷⁸¹, estará revestida de legitimidad; en caso contrario, la ponderación estaría incurriendo en la arbitrariedad y sería inútil para el ejercicio del derecho.

2.6.1. DE LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN

Es necesario entender la diferencia entre reglas y principios, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, a efectos de determinar si se hace ejercicio de la subsunción o, en su caso, de la ponderación. Las reglas, como hemos dicho, son mandatos definitivos que ordenan que algo se cumpla cuando se dan las circunstancias en ella determinadas; por lo que se ha de atender a si la regla es válida y, en tal caso, hacer lo que en la misma se exige. Alexy refiere que como consecuencia las reglas son normas que pueden cumplirse o no cumplirse⁷⁸². En tanto los principios son normas entendidas como mandatos de optimización; esto es, que los mismos ordenan que hayan de cumplirse en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas. Cuando las normas entran en conflicto entre sí, se determina cuál se aplica desplazando a la otra, lo que supone que una vence. En ello se diferencian de los principios, en los que no existe una fórmula que aplique como en la regla y que suponga que uno ha de imponerse al otro; por

⁷⁸¹ “La aplicación de principios para resolver casos concretos no puede tener lugar, sin embargo de manera directa, pues los principios suministran sólo (...) razones no perentorias, razones prima facie, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación en dos fases: en la primera, se convierte en el principio (o principios) en reglas: esto es a lo que en sentido estricto se puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los dos anteriores modelos: el subsuntivo o el finalista”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 168.

⁷⁸² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p.350.

el contrario, el resultado del conflicto entre principios dependerá de cada caso y de los argumentos esgrimidos.

Alexy ejemplifica las relaciones teórico-normativas entre reglas y principios mediante el principio de proporcionalidad constitucional, al que considera el más importante principio material. Este principio, a su vez, es desglosado en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁷⁸³. Para efectos del ejercicio del proceso de ponderación sólo considera útil tomar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que los otros subprincipios –idoneidad y necesidad- expresan mandatos de optimización de situaciones fácticas que tratan de impedir intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables⁷⁸⁴.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁸⁵, es un mandato de optimización de las posibilidades jurídicas en el campo de análisis de lo que denomina Ley de la ponderación: *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*⁷⁸⁶. Ello nos lleva a reflexionar acerca de que la ponderación ha de ser necesariamente una actividad dinámica y argumentativa que explique razonadamente las

⁷⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. . op. cit. p. 350.

⁷⁸⁴ ALEXY, Robert. “La teoría del discurso y los derechos fundamentales” En MENDEZ, Agustín. ODDVAR, Erik. (coord.) *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2010. p. 41.

⁷⁸⁵ “El mandato de ponderación es idéntico al tercer subprincipio de proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se trata del problema del margen para la ponderación, en definitiva todo se remite al papel del principio de proporcionalidad en la dogmática de la Constitución como marco”. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. p. 62.

⁷⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 351.

motivaciones de afectación de un principio sobre el otro⁷⁸⁷; de forma que permita adherir las voluntades y sirva de fuente de legitimidad en la sentencia y en la futura jurisprudencia o doctrina⁷⁸⁸.

Explica Alexy que, entonces, la ponderación ha de dividirse en tres pasos: a) definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios; b) definir la importancia de la satisfacción del principio contrario, y, c) definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o no satisfacción del otro⁷⁸⁹.

2.6.1.1. La escala triádica

Alexy elige una escala triádica para demostrar que la colisión entre principios puede establecerse de forma racional y despejar las reticencias respecto al carácter arbitrario de la misma⁷⁹⁰⁷⁹¹. Aunque este esquema triádico no es el único, pudiendo ser usado uno a partir de dos o más, considera que de forma intuitiva es el más adecuado.

Para explicar la estructura, establece rangos, que designa con expresiones de: “leve”, “medio”, y “grave”; y que simplifícadamente serían “I”,

⁷⁸⁷De la ley de la ponderación, Atienza refiere que la fórmula se concreta a través de tres variables de la fórmula de peso: “*primera, el grado de afectación de los principios en el caso concreto; segunda, el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominantes de la sociedad ...); tercera, la seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieran a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes*”. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 172.

⁷⁸⁸ PRIETO, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. En CARBONELL, Miguel. (Coord) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. pp. 118-119.

⁷⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 351.

⁷⁹⁰ ALEXY, Robert. “La teoría del discurso y los derechos fundamentales”. op. cit. pp. 43-45.

⁷⁹¹ “No creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación (...) Lo dicho tampoco significa que la ponderación sea meramente un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial”. PRIETO, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. op. cit. pp. 132-133.

“m” y “g”, las cuales pueden significar en el lenguaje coloquial “l” débil o reducido y “g” elevado o fuerte. Por lo que en función de la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la intervención de un principio y la importancia de la satisfacción del otro se valorarían como “l”, “m” o “g”. Explica que existe una dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección. Toda vez que la combinación entre la “no satisfacción” y la “afectación” conforman un doble concepto.

A) LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN

Para analizarla primero se debe recordar el contenido de la Ley de la ponderación: “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*”. Aquí se puede decir que por cuestiones de claridad en el lenguaje se puede plantear que el significado de los conceptos de *no satisfacción* o *restricción* se asimilan a la concepción de intensidad de la intervención⁷⁹² usada por Alexy.

Alexy utiliza el lenguaje de la lógica para representar de forma abstracta la fórmula y las operaciones que se realizan en la técnica de la ponderación en relación a la magnitud de valoración l, m o g.

Para explicar la primera magnitud, elige “Pi” para representar el principio cuya vulneración se examina. Si se hace referencia a la intensidad de la intervención propone utilizar “IPI”. Dado que la intensidad de la intervención

⁷⁹² Alexy se refiere a ello “Según la ley de ponderación, el grado de no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro...” ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 357.

siempre es concreta, se debe distinguir del peso abstracto de “Pi”; por ello, al peso abstracto de “Pi” propone llamarlo “GPI”⁷⁹³. Si el peso abstracto de los principios es el mismo, ésta puede eliminarse de la ponderación. En ese caso, la ley de la ponderación sólo tomará en cuenta las intensidades de la intervención. Ésta se debe referir en cada caso a si se trata de una magnitud abstracta o concreta.

a) La representación de la intensidad de la intervención en un principio en un caso concreto

En el caso de “IPI” –explica- no resulta necesario, porque las intensidades de intervención son necesariamente concretas. Para hacer explícito este carácter concreto de “IPI”, se agrega “C”, que expresa las circunstancias del caso relevantes en la decisión; por lo que el primer objeto de valoración como I, m o g es entonces la intensidad de la intervención que puede anotarse como “IPIc”⁷⁹⁴.

Por tanto, explica Alexy que “IPIc” manifiesta tres cosas: Pi es el principio. “I” la intensidad de la intervención en el principio “Pi” y “C” que se trata de un caso concreto. Propone que, para no representar siempre los tres aspectos en “IPIc”, se escriba “li”, por lo tanto li = a “IPIc” en una forma corta; si bien mantiene su mismo significado, que es la intensidad de la intervención en un principio en un caso concreto.

⁷⁹³ Existen principios que no se diferencian entre sí en cuanto a su peso abstracto; sin embargo, otros sí tienen un peso abstracto diferente en una Constitución. Por ejemplo, señala Alexy que el Derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor al Derecho de libertad general de acción. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 358.

⁷⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 358.

b) La representación de la intensidad de la intervención en un principio en un caso abstracto

De manera análoga a la anterior aconseja Alexy en los casos abstractos. Antes se refirió al peso abstracto de “Pi” como “GPi”. Para hacer explícito el carácter abstracto puede adicionarse “A”, de forma análoga a lo que se hizo con “C”. Por lo que la representación sería “GPiA”, que significa el peso abstracto del principio. La versión corta de este principio será “Gi”, de tal forma que “Gi” es = a “GPiA”. Esta sólo juega un papel en la ponderación, cuando los principios en colisión se diferencian en su peso abstracto⁷⁹⁵.

B) LA IMPORTANCIA DE LA SATISFACCIÓN

Nuevamente al referirnos a la Ley de la ponderación que dice: “*Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro*”.

Ésta es la segunda magnitud de valoración como *l, m o g* en la ley de ponderación, y hace referencia a la importancia de la satisfacción. Alexy refiere que es posible construir un concepto de importancia de satisfacción que esté integrada por una magnitud concreta o abstracta. Es evidente que existe una correlación entre la importancia de satisfacción de un principio y la intensidad de afectación del otro principio.

Para representar al principio de colisión con “Pi”, Alexy elige la representación de “Pj”. Por lo tanto, la satisfacción de “Pj”, se determina según los efectos que tenga sobre “Pj” la omisión de la intervención de “Pi.” Explica

⁷⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 359.

que la fórmula puede definirse como: *“la importancia concreta de Pj se mide según qué tan intensamente la no intervención en Pi interviene en Pj”*⁷⁹⁶.

Propone, por ello, al igual se hizo en “IPiC”, hacer una concreción. “W” significaría la importancia concreta del principio contrario en un caso concreto. Sería correcto representarla como “WPjC”. Sin embargo, dado que “Pj” está relacionado de forma idéntica con la intensidad de la intervención de “Pi”, por decirlo en palabras de Alexy: *“Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención”*⁷⁹⁷. Por ello, considera que esclarece mejor explicarlo con el signo “I”, de forma que “WPjC” se representará como “IPjC”. De forma corta será suficiente referirlo como “Ij”, por lo que “IPjC” = a “Ij”.

Las relaciones entre ambos principios en la ponderación podrían darse de la siguiente manera⁷⁹⁸:

- En esta primera forma, la intervención en Pi es más intensa que la intervención en Pj:

- (1) li: g, lj: l
- (2) li: g, lj: m
- (3) li: m, lj: l

Por lo que, en todos estos casos, Pi tiene precedencia sobre Pj. Ello se representaría como preferencia condicionada (Pi **P** Pj)C; tiene validez en el sentido de la ley de colisión.

⁷⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 360.

⁷⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 360.

⁷⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 352-363.

- En la siguiente representación tiene primacía Pj sobre Pi:

- (4) li: l, l: g
- (5) li: m, lj: g
- (6) li: l, lj: m

Adquiere pues validez la relación de preferencia condicionada (Pj **P** Pi)C.

- En esta última, se encuentran empatadas:

- (7) li: l, lj: l
- (8) li: m, lj: m
- (9) li: g, lj: g

Por lo que, en este caso, la ponderación no determina resultado alguno.

Estas representaciones del sistema triádico –explica Alexy- intentan sistematizar las valoraciones que existen en la práctica cotidiana, para hacerla más esclarecedora, útil y práctica. Plantea una fórmula que otorga valores a la Ley de la ponderación. Ejemplifica tanto una fórmula aritmética como una fórmula geométrica.

C) LAS FÓRMULAS

a) *Formula aritmética*⁷⁹⁹

Elige los valores aritméticos simples 1, 2, 3 para representar en resultados numéricos el peso de un principio bajo circunstancias del caso concreto, es decir, su peso concreto. La denomina fórmula diferencial:

$$G_{i,j} = l_i - l_j$$

⁷⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 364-365.

El signo “Gi,j” no se había introducido en la explicación. Refiere Alexy que “Gi,j” no debe confundirse con “Gi”. “Gi” se señaló que representa el peso abstracto de “Pi”. La anotación completa de éste es “GPiA”. Por el contrario, “Gi,j” representa el peso concreto de “Pi”, es decir, “Pi” bajo las circunstancias del caso concreto. Se representa:

“Gi,jC”

La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esto es que determina el peso concreto con la diferencia entre la intensidad de la intervención en el principio “Pi” y la importancia concreta del principio contrario “Pj”. Por decirlo de otra forma, en resumen consiste en la intensidad de la intervención hipotética en “Pj” mediante la omisión de la intervención en “Pi”. La no intervención de “Pi” se expresa mediante “Gi,j”; por ello, el peso concreto de “Pi” es el peso concreto de “Pi” relativo a “Pj”.

Utilizar en la fórmula diferencial las cifras 1, 2, 3 permite tenerlo más claro, porque permite hacer una suma.

- La primera representación de la escala triádica bajo la fórmula se representa así:

Recordemos que en ésta, Pi precede a Pj en el peso concreto, es decir,
“Pi P Pj”

- (1) g, l = 3 – 1 = 2
- (2) g, m = 3 – 2 = 1
- (3) m, l = 2 – 1 = 1

- En la siguiente representación, en la que “Pj P Pi”, adquiere valores negativos

- (4) l, g = 1 - 3 = - 2
- (5) m, g = 2 - 3 = - 1
- (6) l, m = 1 - 2 = - 1

- En los últimos casos, existe empate el peso concreto, por lo que Pi es 0.

- (7) l, l = 1 - 1 = 0
- (8) m, m = 2 - 2 = 0
- (9) g, g = 3 - 3 = 0

Explica Alexy que esta fórmula es ventajosa por su sencillez y por su plausibilidad intuitiva. Sin embargo, Alexy no ve las ventajas que tiene la representación de la fórmula geométrica, que permite incrementar las diferencias entre los grados y, por tanto, observar la intensidad de la intervención más claramente.

b) Fórmula geométrica⁸⁰⁰

La propuesta de Alexy es tomar como serie geométrica los valores 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir 1, 2 y 4^{801} . Considera que el carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de “Pi”, mediante una fórmula cociente:

$$P_{ij} = \frac{N_i}{N_j}$$

⁸⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 365-372.

⁸⁰¹ ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 173.

A esta fórmula la denomina “fórmula del peso”. Ésta -refiere- “en su versión más completa contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los supuestos empíricos acerca de la realización o la falta de realización de los principios en colisión”⁸⁰². Más adelante se expresará una fórmula de peso más extensa; por ahora, se representa la fórmula de peso en su forma más simple.

Esta fórmula de peso sólo será aceptable si los valores que “Gi,j” recibe en las diferentes constelaciones pueden reconstruir adecuadamente la ponderación.

A continuación se expresa la fórmula en los casos en que “Pi”, precede a “Pj”, Gi,j recibe un valor mayor a 1:

- (1) $g, l = 4/1 = 4$
- (2) $g, m = 4/2 = 2$
- (3) $m, l = 2/1 = 2$

En este otro caso, “Pj” tiene primacía, por lo que el peso concreto de “Pi” desciende por debajo de 1:

- (4) $l, g = 1/4 = \frac{1}{4}$
- (5) $m, g = 2/4 = \frac{1}{2}$
- (6) $l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$

En el caso de empate, el valor siempre es el mismo, es decir, 1:

- (7) $l, l = 1/1 = 1$
- (8) $m, m = 2/2 = 1$
- (9) $g, g = 4/4 = 1$

⁸⁰² ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 366.

Alexy refiere que, a primera vista, el sistema parece tener pocas ventajas en relación a la secuencia aritmética. Las distancias entre (g, l; l, g) tienen, en relación a las cortas (g, m; m, l; m, g; l, m) un valor doble o medio respectivamente. También podría pensarse que 0 ilustraría mejor los casos de empate⁸⁰³.

Pero, argumenta que el panorama cambia cuando el modelo triádico se extiende a un sistema triádico doble, la secuencia aritmética se extiende entonces hasta la serie 1-9, el paso de la serie geométrica lo hace hasta la serie 2⁰, 2⁸. Estas series expresan respectivamente los valores ll, lm, lg, lg, ml, mm, gl y gg, lo que quiere decir que ll corresponde a una intervención levemente leve, o muy leve, gg a una intensamente o muy intensa y ml a una intervención levemente media o, por decirlo en otras palabras, a una baja dentro de la media⁸⁰⁴.

Considera que la serie geométrica es mejor porque se adecua tanto a la estructura triádica, como a la fuerza creciente de resistencia de los derechos correspondiente a un aumento de intensidad de la intervención en ellos⁸⁰⁵. Como en la ponderación son relevantes no sólo las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos; esta situación se hace patente cuando los pesos de diferentes principios en colisión son diferentes, como los pesos son de diferente magnitud pueden sopesarse. Si, por el contrario son iguales, éstos se neutralizan.

⁸⁰³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 367.

⁸⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 367.

⁸⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 368.

Cuando las intensidades de la intervención y los pesos abstractos son diferentes estas posibilidades pueden expresarse con una variante extendida de la fórmula de peso:

$$G_{ij} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Con los productos de “ $I_i \cdot G_i$ ” y de “ $I_j \cdot G_j$ ” junto a “ $G_{i,j}$ ” la expresión de peso se vuelve ambigua. Aunque las ambigüedades no son nocivas en tanto se sepa el contexto, requiere la fórmula una clarificación conceptual. En la ponderación decide denominarlas *importancia* de “ P_i ”, por sobre la otra elección de denominarlas *peso concreto no relativo*. Por otro lado, aclara que cuando denomino “ I_i ” como importancia al formular la ley de la ponderación, no se hizo referencia a la inclusión de peso abstracto, pues en ese contexto los pesos abstractos se neutralizan.

Por ello para referirse al peso concreto no relativo, en términos de importancia, con el fin de diluir cualquier ambigüedad propone (W_i, W_j)⁸⁰⁶:

$$W_i = I_i \cdot G_i$$

$$W_j = I_j \cdot G_j$$

También refiere que cuando se refiera a “ G_i ” y a “ G_j ” se tenga en cuenta lo que se dijo respecto a “ I_i ” y “ I_j ”, toda vez que vale para ambas. De manera que al peso abstracto y a la intensidad de la intervención corresponde el mismo peso. Refiere que: “-este concepto es pertinente de nuevo en este metanivel de uso- en la determinación del peso concreto o relativo que se representa por

⁸⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 369.

medio de $G_{i,j}$. Esta aceptación de igual importancia posibilita llevar a cabo compensaciones plenas. Una intervención (li) leve (l) en un principio con elevado (g) peso abstracto (G_i) tiene una igual importancia (W_i) que una intervención (lj) grave (g), que se lleva a cabo a causa de su omisión, en un principio con escaso (l) peso abstracto⁸⁰⁷. Ello significa en otras palabras un empate.

Dado que el tribunal debe considerar la certeza de las medidas ordenadas, en relación a la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, lo que denominamos intensidad de la intervención y peso abstracto; Alexy propone una ley epistémica de la ponderación, paralela a la antes enunciada ley de la ponderación. Esta Ley de la ponderación epistémica paralela se formula de la siguiente manera: *cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención*⁸⁰⁸.

Propone, en relación a la ley epistémica de la ponderación, utilizar una escala triádica con tres grados de intensidad en el control: “control material intensivo”, “control de plausibilidad” y el “control de evidencia”. Ello corresponde a tres grados epistémicos de cierto o seguro (s), plausible (p) o no evidente falso (e). Usando “Si” y “Sj” que es igual a la forma completa “SPiC” y SPjC”, que está relacionado con la seguridad de los presupuestos empíricos, con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de “Pi” y la realización de “Pj”. Por lo que (s) debe valorarse como 2^0 , (p) debe valorarse como 2^{-1} , y (e) debe valorarse como 2^{-2} .

⁸⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 370.

⁸⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 370.

Por lo anterior, la escala triádica doble adquiere la fórmula de peso completa de la siguiente manera⁸⁰⁹:

$$G_{IJ} = \frac{II \cdot G_I \cdot S_I}{II \cdot G_I \cdot S_I}$$

La fórmula completa sería:

$$G_{IJ} = \frac{IPIC \cdot GPJA \cdot SPIC}{WPIC \cdot GPJA \cdot SPIC}$$

Para ejemplificar la fórmula anterior, propone ejercitarla con los siguientes datos: (Gi, Gj) son iguales en pesos abstractos. El caso es que se trata de una intervención intensa (g), que se lleva a cabo mediante la adopción de la medida en “Pi” y mediante su omisión en Pj. La intervención intensa en “Pi” es segura (s), y en “Pj” es sólo plausible (p), de este modo “Gi,j” se determina de la forma siguiente:

$$G_{IJ} = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 1/2} = 2$$

En consecuencia, “Pi” debe proceder.

También ha de suponerse que la intervención en “Pi” es segura (g) y el daño en “Pj” es plausible (p).

D) LA FÓRMULA EXTENDIDA⁸¹⁰

⁸⁰⁹ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 371. ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. op. cit. p. 173.

⁸¹⁰ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. pp. 372-374.

Esta fórmula está contemplada para los casos en que entran en colisión más de dos principios. Alexy afirma que pueden comprenderse dentro de la fórmula de peso. Se pregunta si ello puede suceder con la introducción del efecto acumulativo en la fórmula de peso.

A esta fórmula la denomina “fórmula de peso extendida”

$$GLJ = \frac{I_1 \cdot G_1 \cdot S_1}{I_1 \cdot G_1 \cdot S_1 + \dots + I_n \cdot G_n \cdot S_n}$$

La considera una situación compleja, pero posible; y un ejemplo es cuando existe una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Siempre existe la posibilidad de una redundancia sustancial, de tal forma que no es una garantía cuando se habla de bienes colectivos de heterogeneidad. Sería una cuestión simple si la heterogeneidad fuera una cuestión de todo o nada⁸¹¹.

⁸¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 373-274.

**CAPITULO SEXTO. EXAMEN DE CASOS
CONFORME A LAS TEORÍAS DEL DERECHO
PROPUESTAS**

1. EL CASO MAYAGNA AWAS TIGNI

El caso planteado por la Comisión IDH ante la Corte IDH en defensa de la Comunidad indígena Awas Tingni contra el Gobierno de Nicaragua⁸¹², es particularmente interesante toda vez que las partes estaban de acuerdo en los hechos y estaban claros los fundamentos de derecho que aplicarían al caso. Sin embargo, en lo que no había acuerdo es precisamente en lo que dice el derecho. Tanto en su alcance como en su interpretación “*evidente*”, dejaban fuera de posibilidades a los reclamos de lo que significan sus derechos indígenas, por lo que es particularmente importante la interpretación de la Corte, así como el precedente que sentó para futuras controversias ante el Tribunal.

La sentencia Awas Tigni, es quizás la más importante resolución americana a favor de los pueblos indígenas. Entre otras razones, resalto tres aspectos significativos: 1) Es la primera resolución de la Corte tocante a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre el territorio que han ocupado; 2) La Corte hace una reinterpretación del contenido de una norma de derechos humanos que, ampliándolo, incorpora una dimensión colectiva; 3) Se interpreta el derecho de propiedad como principio dinámico apartándose de una visión estática del contenido del derecho. Por todo ello, se ha acercado más a teorías del Derecho muy próximas a *el derecho como integridad* o *el derecho como argumentación*, las cuales incorporan un lenguaje de

⁸¹²Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

interpretación de los principios que existen en un sistema jurídico, que les permite no sujetarse de forma estricta al contenido de las normas, ni hacer un ejercicio de subsunción para encontrar la respuesta correcta.

El contenido esencial de la argumentación de la Corte Interamericana sobre el derecho de propiedad indígena, ha sido un valioso precedente para dirimir los conflictos sobre derechos al territorio, la tierra y la propiedad indígena, en contra del Estado. Todos los subsiguientes casos presentados ante la Corte hacen referencia al mismo. Por lo que se ha consolidado como un canon a seguir en disputas de esta naturaleza.

Sin embargo, independientemente del análisis más detallado que realizaremos sobre el contenido de la sentencia, vale decir que, a su vez, ha dejado abiertas varias dudas de contenido filosófico. Por un lado, en materia de derechos humanos, las preguntas son respecto a: ¿Cuál es el contenido de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos?, ¿Los derechos humanos siguen siendo individuales?, ¿Los derechos humanos son ampliables?, entre otras. Por otro lado, con respecto a las atribuciones que tiene la Corte Interamericana de interpretar los derechos humanos establecidos en la Declaración Americana, surgen otras preguntas, tales como: ¿Puede la Corte dotar de un contenido más amplio o mayor a los derechos humanos establecidos por los países que suscribieron el tratado?, es decir, ¿Es correcto que la Corte vaya más allá de lo que materialmente establece la Convención Americana?, ¿La Corte impone nuevas formas de responsabilidad internacional al Estado, al hacer una reinterpretación del contenido de la Convención?, ¿La Corte se ha atribuido deberes más allá de su función de interpretación, sustituyendo a los Estados como *legisladores* del

tratado?, ¿la Corte tiene límites de interpretación en cuanto a dotar de nuevas dimensiones o contenidos a los derechos humanos establecidos en la Convención?, etc. En fin, éstas son algunas dudas filosóficas respecto al contenido y alcance de la Convención Americana en relación a esta sentencia. Encontrar unas respuestas fundamentadas en el derecho es de especial relevancia para los pueblos indígenas; por eso, considero es interesante analizar, entre otras, racionalmente sus argumentos, mediante la Teoría de Argumentación.

Vamos a recordar a continuación brevemente los elementos esenciales del caso, para pasar después a analizarlo desde el punto de vista de distintas teorías del Derecho, en particular, de las estudiadas en el capítulo anterior.

La Comunidad Mayagna de Awas Tingni es una comunidad indígena Mayagna o Sumo de la Costa Atlántica o Caribeña de Nicaragua. Con 142 familias aproximadamente, la Comunidad tiene una población de alrededor de 630 individuos y su aldea principal se encuentra sobre el río Wawa, dentro del Municipio de Waspan, en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN)⁸¹³.

Nicaragua en 1995 otorgó a una empresa trasnacional⁸¹⁴ una concesión forestal en territorios que la Comunidad indígena Awas Tingni usaba como suyos. Nicaragua estaba haciendo un ejercicio de uso de territorios considerados nacionales y el pueblo indígena entendía que esos territorios eran sus tierras ancestrales. La Comunidad indígena no contaba con un título

⁸¹³ Vease contenidos en la Sentencia de la Corte Interamericana de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia sobre excepciones preliminares de 1 de febrero 2000, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 67 (2000) http://www.cidh.org/indigenas/jurisprudencia/corte/serie_c_66_esp.doc

⁸¹⁴ Solcarsa. S.A.

de propiedad respecto de esas tierras y tampoco tenía una demarcación exacta de la extensión. Aun así, inició sin éxito diferentes procesos jurisdiccionales ante el gobierno de Nicaragua para oponerse a esta operación forestal, por lo que acudió ante las instancias internacionales para detener la concesión de explotación de la empresa trasnacional dentro de sus territorios.

Así las cosas, la Comunidad Indígena Mayagna de Awas Tingni acudió ante la CIDH en 1995 para denunciar la falta de protección de Nicaragua. Dentro del procedimiento y después de distintas reuniones amistosas, no se llegó a solucionar el conflicto, por lo que en 1998 la Comisión demanda a Nicaragua ante la Corte IDH.

En su demanda, la Comisión invocó en lo sustantivo los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos), 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, debido a que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales, así como por haber otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad sin su consentimiento y no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad.

La Corte tomó para su análisis el contenido del artículo 21 de la Convención Americana, mismo que refiere concretamente el derecho de propiedad. Éste establece literalmente que:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes.

La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

1.1. El camino positivista

En este punto, la Corte tendría que hacerse la siguiente pregunta: ¿Los indígenas tienen razón al demandar conforme al contenido de la Convención Americana un derecho de propiedad sobre las tierras que ocupan?

Por el camino de la teoría del derecho positivista, tendría que conocer las normas y alcance, encontrar que algunas son las que mejor contienen la solución, realizar un ejercicio de subsunción al caso concreto. El problema que surge entonces es que, conforme al contenido del artículo 21, no es evidente la respuesta. Dicho precepto sólo habla de que las personas tienen derecho al uso y goce de sus bienes. De ello no se desprenden tipos, modalidades, características de la propiedad, ni mucho menos algo que aplicar a los casos de las personas indígenas. Por lo que se encuentra ante un caso difícil.

Es un caso difícil, en tanto que se encuentra en una zona de penumbra respecto a cómo aplicar el derecho o, específicamente, en cuanto al alcance y

los efectos de la norma sobre propiedad. El tratado guarda silencio en cuanto a el derecho de propiedad comunal indígena, no refiere nada respecto de la forma que tienen los indígenas de considerar algunos territorios como suyos por hacer un uso ancestral de los mismos. La norma no se pronuncia respecto de las costumbres, que deben ser consideradas como si fueran Derecho, especialmente para la minoría indígena. De manera que el Derecho, como hecho evidente, al no contener ninguna referencia sobre cómo deben de ser tratados estos casos, dejaría a la discreción del juez resolverlo; por lo que podrían existir diferentes respuestas conforme el criterio positivista.

Hart refiere que el Derecho no debe aspirar a prever todas las posibilidades de solución, en tanto que no somos dioses, de manera que un Juez positivista podría tomar distintos caminos. Por ejemplo, podría decir que desde el punto de vista utilitarista lo más conveniente sería conceder la razón a Nicaragua, toda vez que el Estado está haciendo uso debido de los recursos naturales de la nación, propiciando una actividad que a la postre generaría empleos, y actividad económica que se derramaría entre los habitantes de la zona, y esto implica que en alguna medida mejoraría las condiciones de vida de los ciudadanos.

Por otro lado, también desde el punto de vista liberal, el Estado tiene derecho a utilizar y explotar sus recursos de la mejor manera que desee, sin mayores restricciones. No estaba claro que los indígenas poseyeran algún derecho de propiedad, de hecho el Estado de Nicaragua afirmaba que no habían demostrado poseerlo de acuerdo con las disposiciones de derecho interno.

De ahí que desde el punto de vista positivista, conforme a las normas que regulan la forma de acceder a un derecho de propiedad según el Derecho de Nicaragua, los indígenas no tenían derecho a reclamar la propiedad de una tierra que no habían adquirido conforme a los procedimientos y las normas de derecho positivo. Otro argumento positivista sería que el derecho indígena no estaba expresamente reconocido como una fuente de derechos que se pudiera incorporar de alguna manera a la estructura jurídico política de Nicaragua, sólo dice que *deberá ser tenido en cuenta*, pero no establece expresamente cómo. Por tanto, los indígenas no podrían legítimamente argumentar que esa fuente de derecho basada en sus costumbres estableciera algún tipo de limitación al derecho positivo válido y vigente en su derecho interno.

Vistas así las cosas, y dado que no existían precedentes sobre propiedad indígena que pudieran citarse como jurisprudencia, de acuerdo con el positivismo, el juez debía conforme a su arbitrio decidir el caso. Por lo que, con fundamento en los argumentos anteriormente planteados, sería muy difícil que los indígenas tuvieran buenas noticias sobre la protección de sus tierras basados en la Convención Americana.

1.2. El camino interpretativo del Derecho como Integridad

1.2.1. LOS ARGUMENTOS DE LA CORTE Y SU CORRELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

El camino elegido por la Corte Interamericana, por el contrario, fue un concepto interpretativo del derecho y concretamente del artículo 21 de la Convención sobre el concepto de *“propiedad”* y de *“bienes”*. No consideró los

conceptos como “hecho evidente” de lo que convencionalmente deberíamos entender como derecho; y, adicionalmente, buscó una interpretación integral del contenido de la Convención Americana, propició una interpretación más coherente respecto al mejor sentido de la interpretación de la norma.

La Corte reflexionó de la siguiente manera: *“Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”*. La Corte, al definir que los tratados internacionales tienen un sentido “autónomo”, tomó distancia respecto a anteriores formas tradicionales de interpretar lo que es el derecho.

De ahí que optara por una nueva valoración que la Corte llama “evolutiva”. Esto es similar a lo que haría un Juez Hércules, al recoger inicialmente en una etapa preinterpretativa los conceptos y concepciones de “propiedad” y “bienes”, para posteriormente en una etapa interpretativa fijar una nueva concepción y de ahí apoyar una justificación apropiada para la mejor interpretación posible de lo que dice de acuerdo a los principios la Convención Americana del derecho a la propiedad para los indígenas.

El concepto preinterpretativo tomado por la Corte fue la concepción de bienes: *“Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial*

susceptible de tener un valor". De ahí se apoyó extensivamente al concepto de bienes comunales que es ampliado para incorporar el concepto de propiedad que armoniza más con las costumbres indígenas: *"Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua"*.

Esto es, que de acuerdo con las propias reglas del tratado, la Corte puede buscar incorporar una nueva interpretación de la concepción de *"bienes"*, para ampliar la misma a la concepción de *"bienes comunales"*. Por lo que la Corte encuentra que la Convención Americana también se extiende a esta modalidad del derecho de propiedad, no sólo a lo que literalmente refería como *"el derecho de toda persona al uso y goce de sus bienes"*; ahora, de manera interpretativa, la propiedad privada implicaría: *"el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a la propiedad comunal"*.

La Corte hace una reflexión respecto al alcance del concepto interpretativo de la propiedad, para evidenciar las diferencias que existen entre el concepto de propiedad para los indígenas y para los no indígenas. Esta precisión es importante para poner en relieve la trascendencia del reconocimiento de una mejor protección de los bienes comunales cuando se refiere a los indígenas. Para un no indígena ser propietario de una casa o de un

terreno implica tener riqueza, seguridad, patrimonio o estatus social, y que en caso necesario estos son objeto de comercio e intercambio por otros, sin que implique necesariamente el menoscabo de ninguna parte de su personalidad o percepción de una vida buena, llegando al caso que para un no indígena los bienes sirven para resolver los males, por lo que podría desprenderse perfectamente de los mismos a simple voluntad.

En cambio, para los pueblos indígenas la propiedad de la tierra, territorios y recursos tiene un significado totalmente distinto, de mayor profundidad y estrechamente vinculado con su cultura y su visión de vida buena. La Corte refiere que: *“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*. Por lo que es evidente que para los indígenas el apego a la tierra es en cierto modo un apego a su propia identidad cultural como seres humanos; de forma que

tiene mucho mayores implicaciones y trascendencia su vinculación con la misma.

Una vez fijada la mejor interpretación de lo que dice la Convención Americana en una interpretación contextual de la concepción de la propiedad comunal para los pueblos indígenas, la Corte se adentra en el análisis de si los indígenas tienen un derecho legítimo a la propiedad de las tierras en cuestión. Para ello encontró la Corte que en el derecho interno de Nicaragua sí se contemplaba como modalidad de la propiedad la “*propiedad comunal indígena*”⁸¹⁵, y de ahí partió para equiparar la práctica de las costumbres indígenas de esta forma de uso de la tierra como un derecho legítimo para obtener un título de la misma.

En este sentido, señala la Corte que: “*El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”. Aquí la Corte utiliza la frase “*El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta*”, es decir, nuevamente hace una ampliación interpretativa de lo que es derecho, y no solamente toma en cuenta las normas conforme a las tradicionales fuentes sociales del derecho, según sostiene Hart conforme a la *regla de reconocimiento*, sino que contempla que una fuente de derecho es el derecho consuetudinario indígena, y no simplemente la costumbre en general.

⁸¹⁵“Art. 36. La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica (...)”.Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua.

Le imprime una modalidad especial distinta que tiene que ver con las particularidades del caso.

Las singulares características de ocupación de la tierra por los indígenas de acuerdo con sus costumbres, permiten el reconocimiento de la existencia de un derecho, que se considera legítimo ejercer para reclamar la titulación de la tierra en propiedad al Estado de Nicaragua. La propia Constitución de Nicaragua reconoce en su artículo 5º la modalidad de propiedad comunitaria, por lo que la Corte resolvió que si las normas de Nicaragua reconocen esta modalidad de propiedad, pero no ha regulado el procedimiento específico del reconocimiento a las Comunidades Indígenas, existe por principio un derecho a que la Comunidad Awas Tingni sea declarada propietaria de las tierras que actualmente habitan y que se discuta la extensión del área que ésta reclama, toda vez que conforme al derecho consuetudinario y las leyes internas tienen un derecho de propiedad comunal. Con este razonamiento justificó la resolución en el sentido de que: *“la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”*.

La resolución de la Corte es más comprensible desde la óptica Dworkiana en su teoría de Derecho como integridad, sobre todo porque, por un lado, se tomó la libertad de extraer concepciones interpretativas de lo que es el derecho de propiedad y de los bienes; y, por el otro, identificó otras fuentes de derecho como es el derecho consuetudinario indígena, mismo que fue utilizado para determinar la existencia y el alcance de un derecho que estaba parcialmente reconocido por el derecho positivo nicaragüense. Sin embargo,

quisiera extenderme un poco más respecto de la teoría de Dworkin en aplicación a este caso en particular, desde la perspectiva de un principio con implicaciones morales que subyace en la Convención Americana, como es el de *la equidad*, y la trascendencia para los pueblos indígenas.

1.2.2. LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO

La Convención, sin mencionar en ninguna parte del tratado especialmente a los pueblos indígenas, sí refiere en su artículo primero lineamientos básicos, en relación con la obligación de respetar derechos en general, aspectos que bien podrían identificar a los miembros de las comunidades indígenas. Este precepto dice:

“Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Cuando este artículo establece obligaciones desde un punto de vista negativo a los Estados, en el sentido de que deben restringir el ejercicio de cualquier potestad del Estado para no producir ninguna discriminación en su

jurisdicción por aspectos de raza, color, idioma, religión, origen nacional o social, nacimiento o cualquier otra condición social, abre la puerta, en sentido interpretativo, y sin decirlo expresamente, a considerar que no debe existir ninguna discriminación tampoco por razones étnicas.

Para ejemplificar lo trascendente del principio de no discriminación en el contexto latinoamericano, presento este ejemplo: nacer dentro de la etnia "Tzotzil" (Maya Quiché en el sur de México), implica tener generalmente características físicas determinadas -ser moreno en piel y en cabello, bajo de estatura promedio, nariz prominente, etc.-. Si bien, en primera instancia, el conjunto de los rasgos físicos llevaría a cualquier persona a diferenciarlo del resto de la población, ello no es tan simple, dado que por el proceso de aculturación y mestizaje a lo largo de tantos siglos, muchas personas que tienen esos rasgos son ahora culturalmente mestizos y, por tanto, están desvinculados de la cultura indígena. Por lo que, para conocer quién es indígena y quien no, no basta apreciar las características físicas, sino también culturales, religiosas, lingüísticas, económicas y de condición social. Usualmente todos estos componentes le juegan socialmente en contra a un "Tzotzil" dentro de las sociedades en las que se encuentra inmerso, dado el profundo desprecio inculcado con respecto al valor de la cultura indígena. Por lo que dentro de este contexto, nacer dentro de una etnia podría ser socialmente considerado como una fuente de discriminación debido al trato minusvalizante, expreso o tácito al que es sometido en México. Por principio, es injusto pensar que por el hecho del nacimiento en un determinado sitio tienes menos oportunidades que los demás. Esto es un hecho que no es posible evitar, porque nadie elige en donde nacer. Sin embargo, el derecho no

puede ser ciego y considerar que estas diferencias no deben de ser tomadas en cuenta, toda vez que actualmente esta discriminación de hecho se mantiene y también tiene consecuencias jurídicas.

El derecho positivo ha mostrado inicialmente desprecio y falta de reconocimiento al valor de las costumbres y derecho consuetudinario indígena; de forma que es extraordinario que en una sentencia de la Corte IDH se tome como una fuente de derecho válida para poder demostrar la vinculación de un pueblo indígena con su territorio; su posesión ancestral basta para reivindicar un derecho a la propiedad comunal indígena. Ello se corresponde con el concepto de igualdad defendido por la teoría del derecho como integridad de Dworkin, que implica que las personas deben de ser tratadas “*como iguales*”, es decir, no de forma igual, sino que tomando en cuenta estas diferencias se debe buscar una igualación en la interpretación del concepto de derecho en equidad. Y esta interpretación tiene su origen en una concepción moral del derecho dentro de la teoría del derecho como integridad.

En este caso, tratar a los miembros de la comunidad indígena Awas Tigni como iguales implica entender sus diferencias sustantivas. Aplicar directamente el artículo 21 en su forma literal, desprovisto de principios, implicaría una injusticia mayor que dejar a la buena intención y arbitrio del juez positivista discrecional. Tanto la Convención Interamericana de los Derechos Humanos de 1969, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, tienen su sustento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En todos estos tratados internacionales, particularmente en el preámbulo, se hace referencia a los principios morales que preceden al cuerpo del tratado, en especial la dignidad humana. En este

sentido, los principios preceden a las propias normas del tratado, de manera que los principios morales subyacen y guían el sentido de interpretación de las propias cláusulas. De forma que para un Juez que se encuentra frente a estos tratados ajustándose a los principios encontraría que, no obstante no contemple derechos específicos para las minorías étnicas, no encontraría dificultades en entender que puede ser motivo de discriminación el ser miembro de alguna de ellas. Por tanto, extendería la protección en el sentido de no permitir que un Estado violara sus obligaciones de respeto a las minorías indígenas, en cuanto a sus tradiciones y usos culturales. En consecuencia, el Estado debe de tomarlas en cuenta en el momento de estar ante la posibilidad de violar los derechos de los miembros de los pueblos indígenas. Como principio rector, es un límite moral al derecho que guía lo que puede crear y ejercer el gobierno de Nicaragua. De ahí que, al revisar los actos positivos de autoridad, se debe observar si las proposiciones jurídicas cumplen con las limitaciones morales autoimpuestas por el Estado al suscribir los tratados internacionales y determinar si las mismas son ciertas y, por tanto, válidas.

Los jueces de la Corte estarán en mejor posición para determinar la mejor respuesta en los casos difíciles indígenas al concretar los principios que subyacen a las normas del tratado y explicar de forma integral la intención de los Estados al suscribirlos de acuerdo a los principios de justicia, equidad y debido proceso. Pueden construir mejor su teoría de la respuesta correcta si justifican correctamente la resolución en los principios jurídicos y dejan claro que no es su intención hacer política o intervenir en los asuntos internos de los Estados con un ánimo distinto que el llanamente planteado por las partes en el

proceso. De forma que no entran a cuestiones utilitaristas o de ponderación de argumentos con directrices políticas.

1.2.3. JUSTICIA FORMAL O JUSTICIA SUSTANTIVA

¿Tiene sentido tener normas que digan que existen derechos, pero, no un camino eficaz para defenderlos? La Constitución de Nicaragua contempla la propiedad comunal y la norma secundaria no logra un solo metro cuadrado titulado para los Awas Tigni. La Corte evidencia la tensión que existe en torno a lo que es el derecho o el sentido de la existencia de las normas, cuando reflexiona al respecto del alcance del artículo 25 de la Convención Americana. El precepto, relativo a la protección judicial, dice lo siguiente:

“Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

La Corte estima que el artículo 25 de la Convención en términos amplios establece la obligación de los Estados de ofrecer a todas las personas de su jurisdicción el derecho a *un recurso judicial efectivo* contra actos violatorios de sus derechos. De ahí que se exprese que debe ser sencillo y rápido, dado que su efectividad es un pilar básico del Estado de Derecho y de una sociedad democrática. La Corte se decanta, por tanto, por la justicia sustantiva y no meramente formal, puesto que considera que, aunque los recursos existan previstos por la Constitución o la ley, los mismos deben ser realmente idóneos para remediar las violaciones de los derechos. De no lograr esto, la efectividad es inexistente. Por lo que la Corte señala que: *“Este Tribunal ha afirmado, asimismo, que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad”*⁸¹⁶. Esta postura de la Corte es más compatible con la interpretación del derecho como integridad, en tanto que realza el sentido de la existencia de las normas; por lo que las normas no sólo deben ser válidas, como lo refiere la teoría positivista.

La Corte identificó claramente el derecho interno de Nicaragua, tanto a nivel constitucional como legislativo. Pero advirtió que existía una omisión legislativa en cuanto al camino claro que debían seguir las comunidades indígenas para la efectividad de los derechos que amparan las normas, tanto internas como las obligaciones que nacen de la suscripción de los tratados

⁸¹⁶ Párrafo 114 de la sentencia y cit.a más casos entre otros *cf. Caso del Tribunal Constitucional, supra* nota 10, párr. 90; *Caso Bámaca Velásquez, supra* nota 47, párr. 191; y *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56, párr. 125.

internacionales (concretamente en el artículo 1 y 2 de la Convención Americana, que refieren los principios que guían el tratado y la obligación de los Estados de desarrollar las normas internas para hacer efectivos los derechos y libertades que contienen).

De ahí se sigue la obligación de Nicaragua de desarrollar las normas, pero acotada al cumplimiento del sentido de los principios pactados en el tratado. Por ello, cuando en los hechos se niegue la protección de los derechos que se reclaman, a pesar de existir los recursos constitucionales, procedimientos judiciales y administrativos correspondientes (porque no existe un camino jurídico que efectivamente garantice la protección de los derechos de la comunidad), existirá una justicia formal, pero no la justicia sustantiva que es la pretensión de la Corte y de la Comisión IDH. Con base en lo anterior, la Corte concluyó que el Estado violó el artículo 25 en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y esta determinación se encuentra en concordancia con los principios de justicia, equidad y debido proceso de la teoría de del Derecho como integridad de Dworkin.

1.2.4. CONCLUSIÓN

Desde el punto de vista del derecho como integridad, desde la igualdad formal, se debe aspirar a que el derecho mantenga una coherencia lógica, y exige fidelidad no sólo entre las reglas, sino también a las teorías de equidad y justicia que estas reglas suponen por medio de la justificación.

El ideal es que el soberano hable como si tuviera una sola voz, coherente con los principios y se espera que en esa misma tesitura el poder

judicial resuelva como si fuera un solo juez. De ahí que la interpretación de la Corte al sostener que las obligaciones del Estado de mantener una coherencia tanto a nivel internacional, como constitucional y mediante leyes sustantivas y procedimentales que permitan hacer efectivos los derechos que amparan a los miembros de las comunidades indígenas, se vea reflejada en su resolución⁸¹⁷:

“La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”.

La visión del Derecho como integridad propone para los casos de los pueblos indígenas mejores alternativas de solución que las que se obtendrían a través de la visión positivista del Derecho. Los casos indígenas son a la luz de los derechos humanos casos difíciles, porque se ha de tomar en cuenta las características propias de los pueblos, así como las particularidades de sus demandas. El juez ha de hacer un gran esfuerzo interpretativo para encontrar los argumentos de principio que integren tales demandas. Quizás, uno de los aspectos más controvertidos respecto de la Teoría del Derecho como Integridad es que no explica el cómo, sólo exige que sea coherente el juez con los precedentes y con el conjunto de los principios que se encuentran o

⁸¹⁷ Punto 138 de la resolución.

subyacen en el sistema jurídico, para que no incurra en respuestas diferentes. Este esfuerzo de fundamentación puede tener una vinculación con la Teoría del Derecho como Argumentación que propone Alexy, en vista de que la misma es una teoría instrumental de cómo ha de fundamentarse la resolución de manera racional. Las reglas del discurso práctico y las del caso especial pueden desarrollarse de manera fonológica. En este sentido pueden ser atractivo complementar las mismas. Vamos a adentrarnos en la aplicación de esta teoría en el siguiente apartado.

1.3. Análisis del caso Awas Tigni desde la Teoría del Derecho como Argumentación

Los Estados latinoamericanos, en su mayoría, han adoptado cambios constitucionales en el sentido de reconocer su multiculturalidad o pluralidad cultural. Esto los lleva a recorrer un camino de revisión del contenido de lo que dice tanto su norma fundamental, como el resto de su derecho interno positivo. Más allá de la polémica sobre derechos colectivos que reclaman los pueblos indígenas, la Corte puede ayudar a dotar de significado estas incorporaciones constitucionales. Ello sólo puede ser posible si en el contenido de las resoluciones de la Corte se encuentran no sólo los fundamentos, sino también la motivación razonada y correcta que las sustente. Por tanto, es esencial intentar comprender, desde el punto de vista racional, la forma en que la Corte fundamenta sus resoluciones.

La Corte Interamericana, al resolver el caso de Aguas Tigni contra Nicaragua, ha hecho una reinterpretación del contenido del artículo 21 de la Convención Americana, que protege la propiedad colectiva indígena. Ello

ofreció a la comunidad jurídica un gran soporte a favor de las naciones indígenas para hacer efectivo su derecho de propiedad basado en sus tradiciones y costumbres ancestrales. Dada la novedad de la fundamentación de la Corte respecto del Derecho de propiedad, es valioso intentar comprender el contenido, la estructura, los razonamientos de las partes contendientes, así como los fundamentos que esgrimió la Corte a la luz de la Teoría del Derecho como Argumentación, que utiliza tanto argumentos de razón práctica, como argumentos para el caso especial, expresados en gran parte con lenguaje lógico formal como forma de corrección moral y de justicia.

Es menester decir que la resolución de Awas Tigni ha tocado otro aspecto sobre el derecho a la protección judicial para los pueblos indígenas, contenido en el artículo 25 de la Convención Americana. No me centraré en el mismo en este apartado, por no ser tan relevante para el análisis del presente caso. También he de decir que la Comisión IDH incluyó alegaciones finales sobre la violación de otros artículos de la Convención Americana⁸¹⁸. Éstos fueron desestimados por falta de fundamentación, por lo que no los consideraremos tampoco en el presente análisis.

⁸¹⁸156.En su escrito de alegatos finales, la Comisión alegó que, dada la naturaleza de la relación que tiene la Comunidad Awas Tigni con su tierra tradicional y los recursos naturales, el Estado es responsable por la violación de otros derechos protegidos por la Convención Americana. La Comisión manifestó que, al ignorar y rechazar la demanda territorial de la Comunidad y al otorgar una concesión para aprovechamiento forestal dentro de la tierra tradicional de la Comunidad sin consultar su opinión, “el Estado violó una combinación” de los siguientes artículos consagrados en la Convención: 4 (Derecho a la Vida), 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión), 16 (Libertad de Asociación); 17 (Protección a la Familia); 22 (Derecho de Circulación y de Residencia); y 23 (Derechos Políticos).

1.3.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS ARGUMENTOS SOBRE LA PROPIEDAD

Los antecedentes del caso Awas Tigni ya se encuentran detallados en otro apartado, por lo que sólo me centraré en los puntos esenciales, que son los argumentos básicos de la Comisión Interamericana, los argumentos por parte del Estado y los fundamentos de la Corte, en cuanto a estructura y contenido de la sentencia.

A) Por parte de la Comisión:

Al analizar los planteamientos de la Comisión IDH ante la Corte Interamericana⁸¹⁹, se puede observar que se apoyó en distintos tipos de

⁸¹⁹ Alegatos de la Comisión. 140. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que: a) la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral. Estos derechos “existen aún sin actos estatales que los precisen”. La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación; b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención; c) la Constitución Política de Nicaragua y el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua reconocen derechos de propiedad cuyo origen se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de tierra que ha existido tradicionalmente en las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Además, los derechos de la Comunidad se encuentran protegidos por la Convención Americana y por disposiciones de otras convenciones internacionales en las cuales Nicaragua es parte; d) existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales; e) el Estado no ha demarcado ni titulado las tierras comunales de la Comunidad AwasTingni ni ha tomado otras medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales; f) la vida de los miembros de la Comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca que realizan en áreas cercanas a sus aldeas. La relación que la Comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia; g) la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica, creada con el fin de elaborar un “Proyecto de

argumentos: normas internacionales, principios, normas constitucionales, normas positivas de derecho interno del Estado de Nicaragua, enunciados lógicos, enunciados lógicos-deductivos, inferencias, enunciados empíricos e históricos. De ellos, destacaré en su momento un argumento de principio basado en el principio de igualdad relacionado con el de no discriminación, alegado en el inciso b) punto 140 de la Resolución de la Corte; sin embargo, la sentencia no recoge las razones que presentó para sustentarlo.

Demarcación”, no ha contribuido a la creación de un mecanismo para la demarcación de tierras de los indígenas que cuente con una participación plena de estos; h) la mayoría de los pobladores de Awás Tingni llegaron en la década de 1940 al lugar en donde actualmente tienen su asentamiento principal, provenientes de su lugar ancestral antiguo: Tuburús. Se dio un movimiento de un lugar a otro dentro de su territorio ancestral; los ancestros Mayagnas estuvieron ahí desde tiempos inmemoriales; i) existen tierras que son compartidas tradicionalmente por Awás Tingni y otras comunidades. El concepto de la propiedad puede consistir en un dominio compartido o en derechos de acceso y uso, de acuerdo con las costumbres de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica; j) el Estado violó el artículo 21 de la Convención al otorgarle a la compañía SOLCARSA la concesión para el corte de madera en tierras tradicionalmente ocupadas por la Comunidad, concesión que puso en peligro el goce de los derechos de las comunidades indígenas, al considerar como tierras estatales todas aquellas que no se encuentran registradas bajo un título formal de dominio; k) los miembros de la Comunidad “ocupan y utilizan una parte substancial del área de la concesión”. La concesión otorgada a la compañía SOLCARSA puso en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de la Comunidad y sus miembros. “[L]as operaciones forestales de SOLCARSA [...] al llegar a las tierras usadas y ocupadas por la Comunidad Awás Tingni, en particular, podrían haber causado daño a los bosques de esta Comunidad”. La concesión y los actos estatales relacionados con ésta constituyen una violación del derecho a la propiedad; l) la complejidad del asunto no es excusa para que el Estado no cumpla con sus obligaciones, y para que administre las tierras indígenas no tituladas como tierras estatales; m) el artículo 181 de la Constitución Política de Nicaragua se refiere a la aprobación de concesiones por el Estado con respecto a tierras bajo su dominio, y no al aprovechamiento de recursos en tierras comunales. Con base en este artículo, el MARENA y el Consejo Regional de la RAAN no se encuentran facultados para autorizar el corte de madera en tierras privadas o comunales sin el consentimiento del propietario; n) el Estado debe adoptar medidas adecuadas para demarcar la propiedad de la Comunidad y garantizar plenamente los derechos de ésta sobre sus tierras y recursos; ñ) en el presente caso se debe interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 de la Convención; y o) el otorgamiento de la concesión a SOLCARSA y la omisión del Estado consistente en no tomar medidas que permitan garantizar los derechos de la Comunidad Awás Tingni sobre la tierra y los recursos naturales, de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación, violó los artículos 1 y 2 de la Convención”. Punto 140 de la Resolución.

Todos los argumentos presentados por la Comisión se orientaron a demostrar: a) la existencia de la comunidad indígena; b) el uso ancestral del territorio reclamado; c) las dificultades dentro del derecho interno de Nicaragua para lograr la titulación en propiedad de su territorio; d) la violación del derecho de propiedad por parte del Estado al otorgar en concesión una parte de su territorio para la explotación maderera a un tercero y; e) las afectaciones y consecuencias sufridas por el pueblo indígena por las acciones y omisiones del Estado.

B) Por parte del Estado:

Del análisis de los alegatos del Estado⁸²⁰ ante la Corte IDH se aprecia que se limitó a referir argumentos: Normativos de derecho positivo interno,

⁸²⁰“Alegatos del Estado. 141.En cuanto al artículo 21 de la Convención, el Estado alegó que: existen “circunstancias particularizantes que sitúan el presente reclamo fuera del ámbito ordinario del derecho indigenista”. La Comunidad es un grupo reducido de indígenas resultante de una segregación comunal y de desplazamientos geográficos sucesivos; su presencia en la región no ha sido suficientemente documentada; se encuentra en posesión de tierras que no tienen carácter ancestral y que han sido tituladas parcialmente a terceras comunidades indígenas, o bien otras comunidades afirman tener un derecho de posesión ancestral anterior al derecho alegado por Awas Tingni. Los reclamos de tierras de diferentes grupos étnicos ha causado la existencia de un complejo conflicto de intereses, que requiere de un cuidadoso examen de parte de las autoridades nacionales y un delicado proceso de solución de esos conflictos que genere seguridad jurídica. La Comunidad admitió que dentro de su población se encuentran personas procedentes de la comunidad indígena de Tilba-Lupia, la cual fue titulada por el Estado; b) mediante la Ley No. 14 conocida como “Reforma a la Ley de Reforma Agraria”, se estableció un marco legal para conducir la titulación de la propiedad comunal indígena. Al amparo de esta ley “se efectuaron numerosas titulaciones de tierras comunales indígenas”. Sin embargo, la Comunidad no ha dirigido petición alguna de demarcación y titulación a las autoridades gubernamentales competentes; c) la Comunidad ha reconocido en diferentes ocasiones haber sido titulada y lo señaló expresamente en el contrato que celebró con la empresa MADENSA; d) la Comisión no logró probar la presencia de Awas Tingni en las tierras reclamadas con anterioridad al año 1945; la misma Comunidad ha reconocido que la posesión de las tierras que reclama se remonta a dicho año. El Estado considera que se trata de un grupo que se desprendió de una comunidad indígena “madre”, pero que reclama para sí una titulación separada e independiente sobre tierras que no ha poseído en forma ancestral; e) en este caso no opera la prescripción adquisitiva ya que la Comunidad Mayagna ejerció una posesión “precaria”; f) el proceso de titulación indígena de las comunidades de la Costa Atlántica se caracteriza por ser complejo, debido a las siguientes circunstancias: a) el fenómeno de proliferación de las comunidades indígenas, como consecuencia de la desmembración de grupos de éstas; b) el fenómeno de agrupación y reagrupación de comunidades indígenas tituladas y no tituladas; c) el fenómeno del desplazamiento de las comunidades indígenas para ocupar tierras que no son ancestrales; d) el fenómeno de comunidades indígenas tituladas que reclaman tierras ancestrales como si nunca hubieran sido

tanto de justicia ordinaria como de la constitucional, enunciados lógicos, enunciados lógicos deductivos, inferencias, enunciados empíricos e históricos. El más destacable de sus argumentos se refirió al derecho positivo interno, en el sentido de que no cumple la Comunidad Indígena con los requisitos para promover la prescripción adquisitiva. Sin embargo, ni expuso el contenido de la norma, ni razonó los motivos por los que el pueblo indígena no los reunía, por lo que es más un anuncio de la norma⁸²¹, que un argumento de peso.

tituladas, y e) grupos humanos que reclaman títulos indígenas sin haber acreditado formalmente su condición de comunidad indígena conforme a la ley; g) la extensión superficial de las tierras reclamadas por la Comunidad no guarda proporción con el número de miembros de la Comunidad, por lo cual a ésta no le asiste el derecho en los términos planteados en su reclamo. La Comunidad Mayagna dice estar conformada por aproximadamente 600 personas e irracionalmente pretende el otorgamiento de una extensión de alrededor de 150,000 hectáreas, pretensión que excede las necesidades de subsistencia de sus miembros. La biodiversidad de la zona no justifica los grandes desplazamientos para la caza y la pesca que parece ser un argumento que está utilizando la Comunidad para acrecer la superficie que está reclamando. Además, un censo de 1995 indica que el número de miembros de la Comunidad es de 576 personas, de las cuales solamente un 43% son mayagnas; h) mediante las peticiones que la Comunidad Awas Tingni presentó a autoridades incompetentes fue aumentando la superficie reclamada, lo cual evidenció la mala fe de sus actuaciones y obstaculizó que se lograra “un arreglo expedito”; i) la concesión forestal otorgada a la compañía SOLCARSA se limitó a áreas consideradas como tierras nacionales. Desde que se inició el proceso de titulación en la Costa Atlántica el Estado ha dejado “corredores” o “zonas de bienes nacionales” entre las comunidades indígenas cuyas tierras ya han sido tituladas. Las autoridades nacionales del MARENA otorgaron una concesión forestal en una fracción de un área tenida como “corredor de tierras nacionales”, y ninguna de las comunidades la impugnó “por estar conscientes [de] que la misma recaía sobre una fracción del corredor de tierras nacionales existente entre ellas”. Sin embargo, la Comunidad Mayagna reclama la totalidad de la superficie; j) la concesión forestal otorgada a la empresa SOLCARSA no produjo ningún daño a la Comunidad Mayagna y esta empresa no inició actividades de explotación forestal derivadas de la concesión; k) el “Convenio de Aprovechamiento Forestal” suscrito por la Comunidad, la empresa MADENSA y las autoridades del MARENA, “no constituye un precedente válido que prejuzgue la legitimidad del reclamo de propiedad comunal” de la Comunidad Mayagna. Las actuaciones del MARENA –por su falta de competencia en la materia- no pueden ser alegadas para pretender un reconocimiento de la legitimidad de reclamos de titulación indígena, en virtud de que el órgano competente para recibir y resolver tales reclamos es el INRA, actualmente dependencia del Ministerio Agropecuario y Forestal (MAF). La misma Comisión acepta que en dicho documento “Nicaragua no reconoció posesión ancestral, [sino que] simplemente se comprometió a facilitar la titulación de tierras ancestrales, lo cual presupone la presentación de un reclamo, en sede administrativa, en sede jurisdiccional, y la demostración efectiva de la ancestralidad”; y l) existe un marco legal y una autoridad competente para conducir la titulación de las comunidades indígenas. Nicaragua ha impulsado iniciativas importantes en materia de titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica”. Punto 141 de la Resolución.

⁸²¹ Refiere que: “e) en este caso no opera la prescripción adquisitiva ya que la Comunidad Mayagna ejerció una posesión “precaria”. Inciso e) punto 141 de la Resolución.

Todos estos argumentos del Estado se orientaron a demostrar: a) que el asunto Aguas Tigni es un caso complejo, porque existen otras comunidades indígenas que reclaman el mismo territorio; b) que existe un procedimiento interno para solicitar la titulación de tierras a las comunidades indígenas; c) que el pueblo indígena no tiene una posesión ancestral sobre el territorio que reclama; d) que el pueblo indígena no hizo la solicitud de tierras a las autoridades competentes; e) que el territorio solicitado por la comunidad es excesivo y; f) que la concesión forestal no causo daño alguno a la comunidad indígena.

El procedimiento seguido ante la Corte no fue del tipo contradictorio, sino expositivo, tendiente a influir en el criterio del juzgador. Los argumentos tienen una estructura de tipo monológico, por lo cual no se tiende a debilitar o desacreditar las afirmaciones de la contraparte; se observa que no se estableció un diálogo en relación a los puntos a tratar en el conflicto. La Comisión Interamericana presentó una variada y diversa forma de argumentos, tocando aspectos de principios y normas internacionales, de teoría y filosofía del derecho, de pluralismo cultural, de derecho constitucional, etc. Por el contrario, el Estado limitó sus argumentos al derecho interno y razonamientos básicos a manera de enunciados justificativos. Por último, el Estado mantuvo una ambigua postura de reconocer o no personalidad jurídica al pueblo indígena, lo que causa cierta confusión respecto a su postura definitiva.

C) Del razonamiento de la Corte:

De manera más concisa sólo citaré algunos extractos esenciales de los argumentos de la Corte, a efecto de no incurrir en una sobreexposición de su resolución.

La Corte, al analizar el contenido del artículo 21⁸²², refiere que éste tiene las siguientes cualidades:

143. “El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización”⁸²³.

La Corte introduce un concepto de *dogmática jurídica*⁸²⁴ sobre “bienes”⁸²⁵. Los define como todas aquellas cosas materiales apropiables, así como los derechos que puedan formar parte del patrimonio de las personas. El concepto comprende bienes muebles e inmuebles, incluye los elementos corporales e incorporeales, así como cualquier objeto inmaterial susceptible de valor.

Posteriormente la Corte hace expresa mención a un argumento de tipo *genético*, sobre los trabajos preparatorios a la Convención Americana,

⁸²²“El artículo 21 de la Convención Americana establece que: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley. Punto 142. de la sentencia”.

⁸²³ Punto 143 de la Resolución.

⁸²⁴ Tal concepto no se encuentra en el cuerpo de la Convención Americana.

⁸²⁵“Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”. Punto 144 de la Resolución.

refiriéndose a que en dichos trabajos preparatorios este artículo expresaba que⁸²⁶:

“[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público”

Quedando finalmente aprobado el enunciado normativo, como:

“[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”

Resalta que se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes”, en lugar del de propiedad privada.

En éste punto vale referir que los argumentos de tipo genético son utilizados en la fundamentación externa para interpretar la voluntad del legislador, en este caso, la voluntad de los redactores de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La Corte no motiva la introducción del presente argumento, ni tampoco hace algún análisis profundo sobre por qué prefirieron la utilización del enunciado “uso y goce de sus bienes” querido por los redactores de la Convención; sólo refiere que fue uno de los puntos más debatidos. Por lo que el sentido de este argumento en su sentencia es cuando menos poco claro⁸²⁷.

⁸²⁶“Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”. Punto 145 de la Sentencia.

⁸²⁷ Infiero que la razón podría ser que el enunciado “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, permite utilizarse en términos más amplios que el de “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada”. Sobre todo, porque pueden darse más supuestos, como el

La Corte refiere que los tratados internacionales de derechos humanos tienen un sentido autónomo, por lo que no pueden equipararse al que le se atribuye en el derecho interno. A la vez que considera que son instrumentos vivos, que su interpretación evoluciona⁸²⁸.

Para la Corte, el artículo 29 b de la Convención no puede interpretarse en el sentido de que limite el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad, que pueda estar ya reconocido por el Estado⁸²⁹. Refiere que, mediante la interpretación evolutiva de los derechos humanos, la limitación establecida en el artículo 29 b de la Convención, considera que el artículo 21 protege la propiedad comunal indígena; misma que está reconocida en la Constitución de Nicaragua⁸³⁰.

La Corte explica que para los pueblos indígenas, conforme a su tradición comunitaria, la propiedad de la tierra es colectiva, ella no pertenece a un individuo, sino a la comunidad. Los indígenas tienen derecho a vivir libremente en sus territorios. Tienen una estrecha relación con la tierra que es reconocida como base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica. Ello va más allá de una mera posesión y producción de la tierra. Es un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente⁸³¹. Además, señala que el derecho interno de Nicaragua reconoce la propiedad comunal indígena⁸³².

que una persona tenga derecho a un bien colectivo, a una propiedad colectiva, a un derecho de uso, a bienes inmateriales, etc.

⁸²⁸ Punto 146 de la Sentencia.

⁸²⁹ Punto 147 de la Sentencia.

⁸³⁰ Punto 148 de la Sentencia.

⁸³¹ *“Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe*

La Corte reconoce que conforme al derecho consuetudinario indígena, -la costumbre-, la posesión de la tierra debería bastar para acceder a un derecho de propiedad de la tierra y registro por parte del Estado⁸³³. Señala que Nicaragua reconoce la propiedad comunal indígena, aunque actualmente no ha regulado un procedimiento específico –tituló tierras comunales hasta 1990-. Que el Estado no se opone a la pretensión de la comunidad indígena de ser propietaria, pero discute la extensión del área que reclama⁸³⁴.

La Corte establece que, conforme el artículo 5º de la Constitución de Nicaragua, el pueblo indígena tiene un derecho de propiedad comunal sobre las tierras que actualmente habita, por lo que ordena que delimite y titule la propiedad que reclaman los indígenas y que se abstenga de realizar actos que afecten el valor, uso o goce de los bienes en dónde habita la Comunidad indígena⁸³⁵.

Por ello, conforme los anteriores criterios, en aplicación del artículo 29 b de la Convención, la Corte establece que el Estado ha violado el derecho al

una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras". Punto 149 de la sentencia.

⁸³² Punto 150 de la sentencia.

⁸³³ Punto 151 de la sentencia.

⁸³⁴ Punto 152 de la sentencia.

⁸³⁵ Punto 153 de la Sentencia.

uso y goce de bienes de los miembros de la comunidad a la luz del artículo 21 de la Convención Americana⁸³⁶.

Como se desprende del contenido de la sentencia, la Corte hace un reconocimiento de la propiedad comunal como un derecho amparado por el derecho interno de Nicaragua y por el artículo 21 de la Convención Americana. Es innegable el valor de la sentencia para los Awas Tigni, pero a la vez, es muy trascendente para el resto de los pueblos indígenas de América Latina. La piedra angular del argumento de la Corte es la interpretación evolutiva de la Convención Americana. Por el valor de la sentencia y lo llamativo de los argumentos, procedo a analizar los aspectos más importantes de la resolución, conforme la Teoría del Derecho a la Argumentación.

1.3.2. ESTRUCTURA DE LOS RAZONAMIENTOS DE LA CORTE

La Corte esencialmente estructuró los fundamentos de la sentencia de la forma siguiente⁸³⁷:

- a) Análisis sobre el Derecho de propiedad de la Convención;
- b) Argumento de dogmática jurídica de definición de bienes;
- c) Argumento genético sobre el uso de las palabras bienes y propiedad privada;
- d) Argumento de una afirmación de dogmática jurídica, que establece que los tratados internacionales de derechos humanos tienen un sentido

⁸³⁶ Punto 153 de la Sentencia.

⁸³⁷ Se sigue el orden de los argumentos de la Corte en la sentencia del punto 142 al 148; que son los puntos centrales de protección a la propiedad comunal indígena.

autónomo⁸³⁸ Refiere que los mismos son instrumentos vivos y evolucionan.

- e) Argumento deontológico del artículo 29 b⁸³⁹ de la Convención, que le prohíbe limitar los derechos humanos que un Estado parte reconoce⁸⁴⁰.
- f) Interpretación evolutiva del contenido del artículo 21 de la Convención Americana, fundamentado en los puntos anteriores a), b), c), d) y e).
- g) Resolución en la que otorga a la propiedad comunal indígena la protección que establece el artículo 21 de la Convención Americana⁸⁴¹.
- h) Argumento de derecho interno de Nicaragua, en el que advierte que también sus leyes reconocen el derecho a la propiedad comunal a los indígenas⁸⁴².

Conforme la Teoría del Derecho como Argumentación, la fundamentación de la Corte se representaría de la forma siguiente:

⁸³⁸Punto 146 de la Sentencia.

⁸³⁹Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) 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.

⁸⁴⁰ Punto 147 de la Sentencia.

⁸⁴¹“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”. Punto 148 de la Sentencia.

⁸⁴²“Al respecto, la Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en La Gaceta No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua, que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, señala en su artículo 36 que: La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica, y están sujetas a las siguientes disposiciones: 1. Las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles. 2. Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado”. Punto 150 de la Sentencia.

El primer enunciado del artículo 21 dice: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, por lo que de forma lógica se expresa así:

$$(1) \quad (x) (Tx \rightarrow ORx)$$

La Corte refirió un argumento de dogmática jurídica sobre el concepto de “bienes”, lo que represento de esta manera:

$$(2) \quad (x) (M_1 \leftrightarrow Tx)$$

La Corte refiere un argumento de genético sobre la preferencia de los redactores de la Convención Americana del concepto de *bienes* por sobre el concepto de *propiedad privada*:

$$(3) \quad (x) (M_1 \rightarrow \neg M_1')$$

Aunque ello también pudiera representarse de otra forma si se enunciara de una manera diferente, por ejemplo: “*La interpretación del redactor de la Convención y del concepto bienes (Tx) realmente es (Tx’); se dice entonces que la interpretación “I” de la del concepto “bienes” (Tx) por el motivo o razón “W” es (Tx’) que se representa como (I_W) = Tx’. Conforme a la regla del caso especial (J.4.1) ésta se correspondería a (1) Tx’ (=I_W) es querido por el legislador por tanto (2) Tx”*. Por lo que la voluntad del legislador sería representada de la forma forma siguiente:

$$(3') \quad (a) \quad (x) (Tx = (I_{W}))$$

$$(b) \quad (x) (M_1 \rightarrow = (I \wedge W))$$

(c) (x) M₁. (a) y (b)

Sin embargo, la anterior forma es menos intuitiva y no tan clara, por lo que, considero más atractiva la forma (3).

La representación siguiente significa que el artículo 29. b. de la Convención Americana que: *“prohíbe limitar los derechos humanos que un Estado reconoce”*. “O” es el operador deóntico –obligado-, R₁ es el artículo 29b, y R₂ el derecho interno de Nicaragua. Puede representarse:

(4) (x) ((OR₁→ R₂) ^ ¬ R₂→ ¬ R₁)

Aunque también podría representarte en función de las consecuencias que se producirían: “F” son las consecuencias que produce el artículo 29b. “N” es un enunciado que refiere que respeto a los derechos humanos. Puede representarse:

(4´) (x) (F ^ OR₁→ N) ¬ N ^ F → ¬ OR₁)

La forma teleológica sería representada de la siguiente manera:

(4´´) (x) (1) OR₂

(2) ¬ R₁→ ¬ R₂

(3) OR₁

La Corte afirma que el derecho interno de Nicaragua reconoce la propiedad comunal indígena (Sx):

$$(5) \quad (x) (R_2 Sx) \leftrightarrow (Tx \rightarrow ORx)$$

La Corte, por tanto, con base a los anteriores argumentos, considera que la propiedad comunal indígena está protegida por el contenido del artículo 21 de la Convención Americana.

Realiza una interpretación evolutiva del contenido del artículo 21 de la Convención Americana fundamentado en los puntos anteriores (1)-(5), respecto a la propiedad comunal indígena (Sx), y otorga la protección que establece el artículo 21 de la Convención Americana al Pueblo Awas Tigni (a)

$$(6) \quad (x) Sa$$

$$(7) \quad (x) ORa.$$

El esquema completo sin enunciados se representaría, mediante el lenguaje lógico formal, de esta forma:

$$(1) \quad (x) (Tx \rightarrow ORx)$$

$$(2) \quad (x) (M_1 \leftrightarrow Tx) \quad (1)$$

$$(3) \quad (x) (M_1 \rightarrow \neg M_1') \quad (2)$$

$$(4) \quad (x) ((OR_1 \rightarrow R_2) \wedge \neg R_2 \rightarrow \neg R_1)$$

$$(5) \quad (x) (R_2 Sx) \leftrightarrow (Tx \rightarrow ORx) \quad (4)$$

$$(6) \quad Sa \quad (5)$$

$$(7) \quad ORa. \quad (1), (2), (3), (4) \text{ y } (5)$$

Es necesario decir que Alexy refiere, conforme a las regla J.2.4., que se han de dar la mayor cantidad de pasos posibles en el desarrollo del caso en cuestión para que ya no sea discutible, y en la regla. A este respecto aclaro que en el desarrollo anteriormente expuesto, omití presentar otros argumentos empíricos aducidos por la Corte con respecto a las pruebas, la valoración del contenido de la concepción indígena sobre su territorio, el valor del derecho consuetudinario indígena, etc., porque advertí que esta estructura refleja fielmente el procedimiento básico seguido por la Corte, y que me permite ejercitar las características relevantes del caso conforme la Teoría del Derecho como Argumentación.

Por otro lado si se observa el punto (4) del desarrollo, en él no establece ninguna articulación con respecto a los otros pasos -tal cual lo ordena Alexy en la regla (J.2.5.)- como aparecen en el resto de los argumentos de la Corte. La razón es que es un argumento normativo relacionado con el artículo 29b de la Convención Americana y el derecho interno de Nicaragua, por lo que intenté articular la mayor cantidad de pasos de la secuencia, pero al ser un argumento nuevo y sólido no lo requirió.

1.3.3. CONCLUSIÓN DEL CASO

Como referí anteriormente, la forma de desarrollo del proceso no permite aplicar exactamente las reglas del discurso práctico, ni las reglas del caso especial de la Teoría del Derecho de Argumentación, aunque si es factible a través de las reglas del discurso reconocer el valor, el peso, la forma, la estructura, entre otros aspectos, de la forma de los argumentos.

Esto, por un lado, es de interés para los que de una u otra manera participamos en el mundo jurídico, porque no da tanto perspectiva, como profundidad en la forma de razonar, analizar y comprender las normas y los sistemas normativos. Nos deja entrever que la forma en que construyamos los enunciados normativos tendrá a la larga un desenvolvimiento en el mundo fáctico, tanto en las normas generales, como en las individuales. También nos permite entrever los principios que subyacen tras las reglas, los enunciados normativos que contienen tanto reglas generales, como principios; y, además, los posibles conflictos que se presentan tanto entre reglas, como en principios y su posible forma de solución.

En cuanto a la estructura de la sentencia, se pueden seguir claramente los pasos realizados por el tribunal para fundamentar y motivar sus argumentos; casi se puede hacer una radiografía lógica de la forma y del fondo de la sentencia. Ello permitirá analizar y comprender los fallos de los argumentos seleccionados y la forma en que se presentaron los mismos.

A través del Derecho como Argumentación, es más fácilmente reconocible la forma del discurso asumido por las partes. Como se advierte, la Comisión Interamericana utilizó múltiples argumentos de diferente peso y calado, lo que permitía enriquecer por mucho los argumentos a favor del pueblo Awas Tigni con relación a sus derechos de territorio. Quizás, uno de los más importantes desde la percepción de la teoría de los derechos humanos fue el tocante al principio de igualdad relacionado con el de no discriminación. El argumento fue el siguiente:

“Alegatos de la Comisión

140. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que:

(...)

b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención⁸⁴³.

Este argumento subrayado es muy interesante porque tiene varias dimensiones filosóficas y jurídicas. Cabe advertir que en el cuerpo de la sentencia no se discutió ni por las partes, ni por los jueces que intervinieron en el proceso. Sin embargo, no deseo pasar por alto el texto en cuestión, porque al argumentar que *“El no reconocer la igualdad de los derechos basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención”*, entran en cuestión varios aspectos de tensión en cuanto a la forma y construcción histórica de los derechos humanos, su pretensión de universalidad y neutralidad. También pone de manifiesto una forma de discusión sobre la justicia igualitaria y la justicia como demanda de reconocimiento; que, a su vez, centran la discusión sobre derechos individuales y derechos colectivos y de las diferentes teorías expuestas en capítulos anteriores sobre el tema.

El argumento puso en la mesa la discusión de principios de derechos humanos, como la “igualdad” y el de “no discriminación”, establecidos en la

⁸⁴³ El subrayado es mío.

Convención Americana. La discusión de estos argumentos en el fondo es la sustancia de los reclamos de los pueblos indígenas al interior del Estado y a nivel internacional. Los pueblos indígenas han padecido duramente la discriminación, por lo cual tiene sentido prohibir la misma; pero, a la vez, la igualación al resto de la sociedad sin considerar su identidad, tiene graves consecuencias para ellos como pueblo. Haber tenido la oportunidad de encontrar un contenido al respecto por parte de la Corte hubiese sido importante, para poder tener un criterio dogmático en relación al tratamiento adecuado desde la perspectiva de los derechos humanos.

Por otro lado, en relación con los argumentos del Estado, se observó que éstos fueron poco variados y centrados en su derecho interno, con algunos argumentos empíricos. Es muy cómodo desde mi perspectiva académica hacer esta crítica que supongo injusta, al no tener el peso del proceso, ni la representación del Estado. Sin embargo, parece que un argumento de peso por parte del Estado, sería proponer el tema desde fondo; es decir, plantearlo desde una perspectiva de mayor peso, como es el cumplimiento de una política pública de interés colectivo. Tal política es el desarrollo de un programa con la intención de alcanzar ciertos fines como nación. Ello hubiese podido plantear un conflicto entre la propiedad colectiva contra un interés colectivo, y daría lugar a otro tipo de argumentos y, por supuesto, de respuesta por parte de la Comisión Interamericana. La Corte hubiese empleado una técnica de peso, es decir, la ponderación; desarrollando una escala triádica y conocer la intensidad de la intervención, conforme a la Ley de la Ponderación desarrollada por Alexy en su Teoría del Derecho como Argumentación.

En relación a las preguntas filosóficas iniciales, me temo que aunque es mucho más clara la identificación del tipo de argumento empleado por las partes y la forma en que la Corte estructuró el caso a través del recorrido del derecho como argumentación, sólo se encuentran parcialmente respondidas.

Respecto al contenido y alcance de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana, vale decir que éstos no están limitados a una interpretación estricta, ni a la subsunción lógica como principal técnica que permita conocer y analizar el alcance. La Corte ha mostrado que se puede argumentar formas que denomina como *evolutivas*, que van de la mano con las necesidades del mundo real. Los derechos humanos, al tener la pretensión de ser universales, no están vinculados ni con una teoría del derecho en particular, ni con una teoría política dominante; por el contrario, independientemente de los contenidos, el lenguaje de los derechos humanos puede abarcar formas muy distintas de vida y estar en un permanente proceso de adaptación a las nuevas realidades que se presenten mediante casos. Los derechos humanos, si bien son de contenido individual, también pueden proteger e incluir las demandas de los pueblos indígenas, sin que por ello entren en conflicto las diversas teorías individualistas o colectivas de los derechos. Por lo que preveo que seguiremos encontrando casos difíciles que lleven a los derechos humanos a dotarse de un mayor y más amplio contenido.

Con respecto a la forma en que la Corte realizó la interpretación de los derechos establecidos en la Convención, es evidente que tras la expectativa que causa el argumento de *interpretación evolutiva*, lo que utilizó como soporte fue apoyarse en los derechos que ya contenía la Constitución de Nicaragua respecto al reconocimiento del derecho de propiedad comunal. Por lo que, de

la mano con el mandato o deber deóntico que ella expresó como prohibición de limitar derechos ya reconocidos por el Estado, sirvió de punto de apoyo para la palanca de su interpretación para imponerle responsabilidad internacional al Estado por el incumplimiento de su propio derecho interno y a su vez, incorporar tal contenido al artículo 21 de la Convención Americana, el cual encontró compatible con los derechos humanos.

Esta vía de interpretación está reconocida en el propio cuerpo del tratado internacional, por lo que se encontraba debidamente fundamentada su resolución. Aunque incorporar contenido significativo para los pueblos indígenas al artículo 21 no era *prima facie* evidente, el razonamiento de la Corte permitió la compatibilidad y otorgar su protección. Se ha de puntualizar que durante el desarrollo del proceso no se discutió si el concepto indígena sobre la propiedad comunal era similar al concepto de propiedad establecido en la Convención Americana; por el contrario, el punto angular fue el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen un derecho humano de propiedad y que ellos conforme a sus tradiciones ancestrales lo viven colectivamente, no adscrito al individuo sino a la comunidad.

Uno de mis dudas con respecto a si la Corte imponía obligaciones o fincaba responsabilidad al Estado de Nicaragua al incorporar la propiedad comunal indígena a la Convención Americana, ha quedado esclarecida. La respuesta es negativa, por las razones expresadas. Nicaragua ya incorporaba en su derecho interno tal derecho colectivo indígena a la tierra, de forma que la responsabilidad por su incumplimiento fue debidamente justificada. Sin embargo, este precedente ha tenido un accidentado recorrido con respecto a otros países que no lo tienen debidamente reconocido. Por lo que la

consolidación del mismo se ha hecho muy gradualmente en función de las características de cada caso que se ha presentado.

La Corte tiene límites materiales, jurídicos y epistémicos de interpretación del Contenido de la Convención Americana. Estos límites están marcado en el cuerpo del propio tratado internacional, que es el que principalmente ordena cual ha de ser su campo de acción; aunque muchas veces tales límites deban de ser puestos a prueba y ello lo seguiremos viendo en las subsecuentes resoluciones sobre los casos presentados por los pueblos indígenas.

Uno de los aspectos atractivos de la resolución de la Corte fue tomar en serio los derechos de propiedad establecidos en la Constitución de Nicaragua y en su derecho interno. Ello es una buena noticia para todos los latinoamericanos, porque frecuentemente encontramos preceptos constitucionales prístinos y claros que otorgan derechos a sus ciudadanos, que en la realidad fáctica se incumplen; al punto de que dejamos de reclamarlos, porque consideramos que la Constitución no es un instrumento vivo de derecho que nos prescriban verdaderas obligaciones al Estado o a los ciudadanos, sino una especie de marco del deber ser, o una especie de prosa declarativa a manera de programa de acción o línea a seguir pero no un auténtico instrumento oponible. La Corte nos vino a recordar que los contenidos constitucionales no son meros preceptos, vacíos de contenido, si no que los interpretó como una serie de preceptos deónticos que sujetan a Nicaragua a sus propias normas, y a la responsabilidad internacional del Estado en el incumplimiento de sus deberes para con sus ciudadanos.

2. EL CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA

2.1. Análisis del caso desde el derecho como integridad

Este caso se planteó por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos contra el Estado de Paraguay⁸⁴⁴, en representación de la Comunidad indígena Yakye Axa. Tiene una especial conexión con la resolución de Awas Tigni analizada en el punto anterior. La Corte ha seguido el precedente planteado respecto al concepto interpretativo sobre los bienes y la propiedad comunal indígena, así como al trato equitativo y especial a los pueblos indígenas, en relación con los principios de justicia que deben guiar la interpretación, tanto del derecho interno como del derecho internacional cuando estos casos son planteados.

El centro de la discusión es la ocupación ancestral del pueblo indígena Yakye Axa en el Chaco paraguayo, territorio en el cual siguen su forma tradicional de vida como cazadores recolectores. La parte neurálgica es que, en el pasado, el Estado Paraguayo vendió grandes extensiones de la tierra del Chaco paraguayo a través de la bolsa de valores de Londres. En su visión monocultural de entonces, el Estado Paraguayo consideró dichas tierras como bienes vacantes; que estaban a su disposición para financiarse. Ello implicó, como consecuencia, la adquisición de la tierra por parte de empresarios británicos, y la instalación de varias misiones de la Iglesia Anglicana en la zona. Con el tiempo, miembros de la iglesia desarrollaron actividades económicas como estancias ganaderas, y los que entonces habitaban la tierra y a los que

⁸⁴⁴ Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005.

no se les reconocía la propiedad de la misma, pasaron a las estancias ganaderas en calidad de empleados en esas actividades. Gradualmente tomaron conciencia de tal situación y, posteriormente, los miembros de la Comunidad indígena decidieron iniciar actos de resistencia, de presión y de ocupación de los caminos que llevan a los territorios reivindicados, a la par que los trámites jurídicos para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional. Todo ello ha causado un deterioro progresivo de condiciones de vida digna de los miembros.

El gobierno paraguayo reconoció la personalidad de la comunidad Indígena, así como sus reclamos de la tierra que ancestralmente ha ocupado; pero no entregó los territorios, a pesar de que la comunidad indígena ha solicitado en diferentes ocasiones la expropiación de éstos a las empresas que actualmente ocupan las tierras en calidad de propietarios. Los propietarios se han opuesto al interés de la comunidad indígena y del gobierno paraguayo en sus distintas instancias, tanto administrativas como jurisdiccionales, y no han concretado de manera eficaz la entrega de la tierra que reclaman los miembros de la comunidad indígena.

Por lo anterior, la CIDH alega ante la Corte, que Paraguay violó los artículos 4 (Derecho a la Vida); 8 (Garantías Judiciales); 21 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de la Comunidad indígena y sus miembros. La Comisión alegó que el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros. De acuerdo

con lo manifestado por la Comisión en su demanda, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio y ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza de forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

2.1.1. EL ARGUMENTO DE LA CORTE: POR LO INTERPRETATIVO Y LA JUSTICIA SUSTANTIVA

La Corte, para identificar el alcance de las violaciones de la Convención Americana, hizo una interpretación integral y conjunta del sentido de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención, desde el punto de vista de los principios que subyacen a las normas, para determinar si el Estado de Paraguay se apegó al sentido último de dichos artículos en la búsqueda de una justicia efectiva y sustantiva para las partes en conflicto. El artículo 8⁸⁴⁵ establece distintas garantías judiciales, en el sentido de los mínimos que el Estado debe

⁸⁴⁵“Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho 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 sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

respetar, para estar acorde con los principios de justicia y debido proceso que subyacen en este precepto de la Convención.

Por otra parte, el artículo 25 se refiere al alcance de la protección judicial, ratificando que el sentido de este artículo debe entenderse en términos amplios. Es menester para la justicia sustantiva que los recursos judiciales sean efectivos contra actos violatorios de los derechos que tutela el tratado, por lo que los mismos deben ser sencillos y rápidos como sustento del Estado de Derecho. En este sentido, la Corte señala que *“Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*⁸⁴⁶. De ahí que la Corte tome una interpretación más amplia de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, que refieren los principios que guían el tratado y la obligación de los Estados de desarrollar las normas internas para hacer efectivos los derechos y libertades.

La Corte analiza el caso desde la óptica de la reivindicación planteada en la vía administrativa. Examina, en primer término, la existencia *formal* del recurso entendido como norma y, en segundo término, analiza la efectividad

⁸⁴⁶ Punto 52 de la Resolución.

del mencionado recurso respecto del *principio de plazo razonable*⁸⁴⁷, tomando como parámetros 3 elementos objetivos: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. Todo ello para establecer la *efectividad* con parámetros objetivos. Al concluir su análisis, la Corte consideró que la complejidad del procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la demora y, en consecuencia, consideró que la misma era desproporcionada, toda vez que desde la fecha de inicio del procedimiento hasta el momento de la sentencia transcurrieron 11 años, 8 meses y 12 días, sin que se haya dado todavía una solución definitiva al reclamo de la comunidad indígena Yakve Axa. Por tanto, a pesar de existir formalmente el procedimiento adecuadamente regulado y mecanismos de tutela formal en el derecho interno de Paraguay, no se ha alcanzado la justicia sustantiva conforme a la Convención, al no apegarse al principio de plazo razonable, por lo que el procedimiento es abiertamente inefectivo.

Posteriormente la Corte consideró el alcance del artículo 21 de la Convención Americana. Si bien es cierto que utiliza la base de la interpretación del Asunto Awastigni, es importante identificar las diferencias que mantiene, porque en este supuesto la comunidad indígena Yakve Axa no tiene ni la propiedad ni la posesión de las tierras que reclama, toda vez que los mismos se mantuvieron en el territorio en calidad de “*peones*”, es decir, trabajadores de las distintas explotaciones ganaderas. Además, el procedimiento ejercitado por la Comunidad indígena fue solicitar la expropiación de las tierras ancestrales a los actuales propietarios, es decir, particulares que tienen un derecho real

⁸⁴⁷ Punto 65 de la Resolución.

reconocido por parte del Estado. Por tanto, en este caso existen formalmente particulares que demuestran la adquisición legítima de la propiedad.

2.1.2. CONCEPCIÓN INTERPRETATIVA DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNAL

La Corte nuevamente al analizar el derecho de propiedad que ampara el artículo 21⁸⁴⁸ de la Convención Americana, asume una concepción interpretativa de acuerdo con los precedentes que ella misma estableció en el pasado⁸⁴⁹. Refiere que el artículo 21 no debe de ser tomado aisladamente o desde el hecho evidente literal, sino en conjunto con el artículo 29⁸⁵⁰ de la Convención, que insta a interpretar de manera que se amplíen los derechos y no se restrinjan. Mediante este método reitera que en una interpretación *evolutiva* del artículo y de acuerdo con las condiciones actuales de los tiempos, el artículo 21 también protege la propiedad como un derecho, tal como lo consideran los pueblos indígenas, es decir la *propiedad comunal*.

⁸⁴⁸“Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

⁸⁴⁹Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni, punto 148.

⁸⁵⁰“Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) 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; b) 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; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) 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”.

La mejor justificación del criterio de la Corte, es más clara desde la perspectiva de la búsqueda de la congruencia y aplicación de la teoría del derecho como integridad de Dworkin, porque al apoyarse en las facultades establecidas en los artículos 31⁸⁵¹ y 29 de la Convención, atrae el contenido del Acuerdo 169 de la OIT, al que considera parte del sistema y permite ampliar el contenido interpretativo de los derechos. En este sentido sostiene 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 contemporáneo⁸⁵²”*. Por lo anterior, es evidente que para la Corte las normas de derecho internacional deben de ser entendidas como obra de un solo legislador, *como un todo* que debe ser coherente e integral, es decir, como un sistema único de derecho internacional que exprese el verdadero sentido del contenido de los derechos desde su mejor perspectiva. De ahí que asuma el compromiso de resolver aplicando un criterio similar al Juez Hércules, que sigue la hipotética novela en cadena del derecho.

⁸⁵¹ *“Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos. Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”*.

⁸⁵² *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y *cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra* nota 191, párr. 115.

El convenio 169 de la OIT⁸⁵³ contiene diversas disposiciones que guardan relación con la propiedad comunal de las comunidades indígenas, particularmente el artículo 13 del Convenio⁸⁵⁴, que pueden ilustrar mejor el contenido del artículo 21 de la Convención Americana⁸⁵⁵. Al ratificar Paraguay dicho convenio, adquirió obligaciones de incorporar el contenido de este concepto al marco de derecho interno.

Por lo que, si se parte de la concepción indígena del derecho de propiedad, se evidencia una estrecha relación con la tierra que debe ser reconocida y comprendida conforme sus costumbres, en el sentido de que la relación que mantienen con la tierra es mucho más significativa para su cultura, su vida espiritual, su integridad, supervivencia económica y preservación para las generaciones futuras de los pueblos indígenas⁸⁵⁶. En consecuencia, la estrecha vinculación sobre los territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura son elementos que se desprenden de ella salvaguardados por el artículo 21 de la Convención.

El derecho interno de Paraguay, particularmente su Constitución, sí incorpora diversas disposiciones que amparan a los pueblos indígenas en su

⁸⁵³ Convenio 169 OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes. 1989. suscrito por Paraguay.

⁸⁵⁴ *Artículo 13. 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.* Convenio 169 OIT.

⁸⁵⁵ El Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”. Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*,

⁸⁵⁶ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*,

territorio, como la identidad étnica, la propiedad comunitaria, el derecho a la participación y a su educación y asistencia. Por ello, no es controvertido el concepto de propiedad comunal en el derecho interno, sino *los efectos* y su alcance para lograr que los miembros de la comunidad indígena accedan nuevamente a la propiedad de sus territorios ancestrales.

El principal argumento de Paraguay es lo que él considera una colisión de derecho entre la pretensión de la Comunidad indígena a recuperar “esas tierras”, que son sus tierras comunales ancestrales, y el derecho de propiedad de los particulares que las adquirieron en origen del propio Estado Paraguayo. Refiere en el inciso l) del punto 68 de sus alegatos respecto al artículo 21 de la Convención que:

“las instituciones administrativas internas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de la Comunidad Yakye Axa, debido a la compleja situación de colisión de derechos, entre los institutos del derecho a la propiedad privada y a la propiedad comunitaria de tierras indígenas, ambos amparados constitucionalmente y por las normas del derecho internacional⁸⁵⁷ de los derechos humanos”

El razonamiento del Estado de Paraguay es el siguiente: Tengo normas de derecho positivo vigente y obligaciones internacionales que entran en colisión respecto al derecho de propiedad y ambos están debidamente amparados como un derecho humano fundamental. Por lo tanto, desposeer de su propiedad al particular que está explotando la tierra de manera racional

⁸⁵⁷ El subrayado es mío.

implicaría violar su derecho humano a la propiedad que refiere el artículo 21; por otro lado, si no restituyó a la comunidad indígena esas tierras comunitarias que son ancestralmente suyas, violó el artículo 21 de la Convención Americana.

Este escollo en el que aparentemente se encuentra Paraguay, parece más un entuerto desde el punto de vista de lo que se entiende por derecho a la propiedad en la teoría del derecho positivo y no en lo que respecta a la teoría del derecho como integridad. Precisamente por eso es útil tratar de comprender la teoría de Dworkin, al establecer una concepción interpretativa del derecho y tratar de encontrar la respuesta correcta desde la coherencia e integridad del sistema jurídico, visto desde la óptica de los principios.

Los jueces que siguen las convenciones de tradición positivista, utilitarista en Paraguay o en la Corte Interamericana pensarían de la siguiente manera: “El artículo 21 de la convención ampara un derecho individual de la propiedad, la propiedad se demuestra a través del justo título que ampara la adquisición de la misma mediante cualquiera de los contratos que amparan la correcta enajenación y apropiación de la misma. Los indígenas pretenden que el Estado les reconozca un derecho histórico, originario y pre-colonial de esas tierras, en la actualidad los indígenas no mantienen ni la propiedad ni la posesión sobre la tierra. Sino que la tierra se encuentra reconocida y debidamente registrada a nombre de un particular que hace una explotación racional de la misma”. El derecho histórico originario argumentado por los indígenas no es un derecho evidente, toda vez que el derecho positivo de Paraguay no reconoce ese argumento como válido y, por tanto, no tiene fuerza, conforme a la regla de reconocimiento de Hart o la teoría del derecho positivo

de Kelsen, porque ese derecho no se encuentra respaldado por las fuentes sociales formales. Por lo tanto, las normas de derecho positivo vigente del Paraguay no conceden razón a los indígenas y, en consecuencia, no pueden pretender que se les reconozca derecho alguno sobre esas tierras. En todo caso, Paraguay puede adquirir cualquiera otras tierras por la vía de expropiación para cumplir discrecionalmente con su deber de dotar de tierras a las comunidades indígenas, de acuerdo a lo que marque la Constitución y las normas validas reconocidas como positivas.

Como advertí, resolver el conflicto aplicando únicamente lo que nos muestra el derecho positivo como hecho evidente, podrá implicar que se obtenga una justicia formal, pero no sustantiva, porque no consideré en ningún momento el concepto de propiedad comunal conforme lo ha entendido la Corte en el pasado desde la perspectiva de los usos y costumbres de las comunidades indígenas. Resolver de esta manera implicaría que el sentido de las normas sin el contexto se pierde. Si no se considera la integridad del sistema jurídico internacional, se empobrecen los razonamientos y no se obtiene una verdadera justicia.

Si en el caso *Awas Tingni* el mismo juez resolvió en un sentido distinto, ¿por qué en este caso el juez vació de contenido su resolución y dejó de justificar en los principios su argumentación?

Desde el punto de vista positivista los casos, cuando son planteados por los indígenas en la Corte Interamericana, son usualmente casos difíciles. Por lo tanto, caen en una zona de penumbra en la que los jueces tienen una acotada discreción para resolver los casos.

Pero el argumento de un Dworkiano cuestionaría la autoridad del juez para emitir respuestas diferentes. El tribunal se deslegitimaría al utilizar distintos argumentos para casos similares, rompería con el sentido de su deber de emitir respuestas coherentes y con el principio de equidad y debido proceso dentro de un juicio justo. Por lo que esta resolución podría considerarse un error. Los miembros de las comunidades indígenas se sentirían profundamente discriminados porque el derecho positivo no diría nada sustantivo para ellos, no sería útil iniciar procedimientos internacionales para alcanzar la solución a sus conflictos.

Dworkin propone que existe una respuesta correcta para cada caso, aunque éste sea un caso difícil. Se debe aspirar a que el juez resuelva construyendo una nueva teoría aunque sea controvertida, como si fuera un mismo juez que buscara la mejor respuesta que el derecho pueda ofrecer de una manera justificadamente creativa.

Pues bien, la Corte Interamericana se parece más en este caso al Juez Hércules que se afanó en encontrar una respuesta correcta. La Corte razonó de la siguiente manera. Parte de reconocer que tanto el derecho de propiedad comunitaria como el de propiedad privada tienen sustento en el artículo 21 de la Convención Americana. De forma que cuando dichas calidades de propiedad entran en contradicciones reales o aparentes, es menester seguir las pautas para definir las restricciones admisibles en el goce y ejercicio de estos derechos, siendo las siguientes: *“a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de*

*lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*⁸⁵⁸”. La Corte utiliza, por tanto, argumentos de principio de derecho y no argumentos de fines, utilitaristas o de oportunidad, o de política social.

El artículo 21.1 de la Convención, tal y como señala la Corte, dispone que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social. Esta restricción legalmente contemplada dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, refiere la Corte que las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que por su importancia preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.

Para ponderar los intereses en conflicto, la Corte analiza el alcance del derecho de la propiedad comunal a las tierras ancestrales, teniendo en cuenta en este caso de manera amplia el significado que ésta adquiere para la supervivencia dentro de éste hábitat de la cultura indígena. El reconocimiento del derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios implica afectar positivamente otros derechos básicos como el derecho a existencia de la identidad cultural de los miembros. De forma que las restricciones a la propiedad privada se justifican en el objetivo colectivo de preservación de las identidades culturales de una sociedad democrática pluralista. Esto es más acorde con el sentido de la Convención Americana. Por ello, el particular no se verá gravemente perjudicado si de manera proporcional se le cubre el pago de una justa indemnización conforme el artículo 21.2 de la

⁸⁵⁸ Punto 90 de la Resolución.

Convención, toda vez que es imperativo proteger el patrimonio cultural de la Humanidad.

Ante el anterior criterio, la Corte acota que: *“Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”*. Esta acotación la sustenta en lo referido en el artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT⁸⁵⁹, que hace referencia a los indígenas que han sido desplazados de su territorio, dentro del marco del consenso conforme a los procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Por lo que, en este caso, conforme a una percepción integral de la norma internacional, los conceptos interpretativos de la propiedad de la Convención, acorde y fiel con los precedentes establecidos jurisprudencialmente por la Corte y de acuerdo a los principios de coherencia, debido proceso y justicia sustantiva que subyacen a las normas, la Corte resolvió que para que el Estado de Paraguay respete su obligación de organizar el poder público y su jurisdicción para hacer efectivo el ejercicio de

⁸⁵⁹“Cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”. Punto 96 de la Resolución.

los derechos que ampara la Convención Americana, es menester reconocer el derecho a la propiedad comunitaria de la comunidad indígena Yakve Axa, debiendo el Estado restituirle el territorio de sus tierras tradicionales. Por tanto, la Corte consideró que Paraguay violó sus obligaciones establecidas en el artículo 21 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

La Corte, en una interpretación integral del derecho a la propiedad indígena como lo haría el juez Hércules, en la que toma en consideración los efectos nocivos que la privación del territorio provoca en su cultura, también lo vinculó estrechamente con la violación del derecho a la alimentación y a la salud⁸⁶⁰ y, en última instancia, con el derecho al respeto a la dignidad humana y a la vida⁸⁶¹. De ahí que, si bien no responsabilizó directamente al Estado de la muerte de algunos de sus miembros por no encontrar suficiente evidencia de ello, sí consideró en las formas reparación tanto del daño material como del inmaterial, en lo individual y en lo colectivo.

⁸⁶⁰ “Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”. Punto 167 de la Sentencia.

⁸⁶¹ “En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakve Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakve Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad (...)”. Punto 168 de la Sentencia.

Dworkin nos ofrece un noble anhelo de coherencia, de corrección, de integridad y de omnicomprensión del Derecho a través de la teoría del derecho como integridad. Sin embargo, no nos refiere exactamente cómo poder hacer que los jueces de justicia ordinaria o constitucional nos lleven a ese proceso de coherencia. Por lo que nuevamente vale la pena considerar el método de Alexy para el caso concreto de la propiedad comunal indígena, que nos ofrece algunos planteamientos racionales de tal posibilidad.

2.2. Análisis del Caso Yakye Axa desde la Teoría del Derecho como Argumentación

Uno de los aspectos más relevantes del presente caso y que tomaré como único aspecto central para el análisis, es el conflicto que se suscita en torno al derecho humano a la propiedad establecido en el artículo 21 de la Convención Americana. Las partes enfrentadas en el caso reconocen que de fondo el conflicto se da en la colisión de derechos de propiedad⁸⁶², el derecho a la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de las tierras indígenas -lo que en la resolución de *Awas Tigni* contra Nicaragua se definió como "*propiedad comunal indígena*". La Corte también reconoce que es una colisión de derechos protegidos ambos por el artículo 21 de la Convención⁸⁶³; ello no implica un conflicto irresoluble que implique la

⁸⁶² "1) las instituciones administrativas internas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de la Comunidad Yakye Axa, debido a la compleja situación de colisión de derechos, entre los institutos del derecho a la propiedad privada y a la propiedad comunitaria de tierras indígenas, ambos amparados constitucionalmente y por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y". Punto 123, inciso l) de la Sentencia.

⁸⁶³ "143. La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos

imposibilidad de establecer formas de protección sustantiva. A fin de que en estos casos no se quede el contenido de la norma como un enunciado abstracto, se han de encontrar elementos que permitan tener una solución fundamentada, que respalden una protección efectiva.

Por lo tanto, es una oportunidad para aplicar a este principio la fórmula de peso propuesta por Alexy en su teoría del derecho como argumentación, en aplicación de la Ley de la Ponderación: *“Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*, ya que, como principio, ha de extraerse mediante su optimización una regla deontológica que nos diga *qué debe hacer el juez en el caso concreto*.

La Corte ofrece argumentos en este sentido. La interpretación del contenido del artículo 21 de la Convención⁸⁶⁴, evidencia que no es un derecho absoluto, por lo que tal derecho contiene restricciones, tanto en el cuerpo de la convención como de dogmática jurídica. Las pautas de la Corte son: *“a) deben estar establecidas por la ley, b) deben ser necesarias, c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”*⁸⁶⁵. Ello pone de manifiesto que la Corte toma en

indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”. Punto 143 de la sentencia

⁸⁶⁴ El artículo 21 de la Convención contempla en la segunda parte del punto 1. *“La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*; ello por un lado es la imposición de modalidades específicas sobre mismo establecidas por la ley, o por otro lado, pudiera implicar una afectación total mediante por ejemplo un procedimiento expropiatorio; tal y conforme lo refiere el punto 2 del mismo artículo *“2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”*.

⁸⁶⁵ *“Ahora bien, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser*

cuenta el principio de proporcionalidad y los tres subprincipios de ésta que son: idoneidad, necesidad y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, referidos por Alexy como base de la Ley de la ponderación.

El razonamiento implica que la subordinación del uso y goce de los bienes al interés social, implica la necesidad de restricciones contempladas en la ley. Tales restricciones están orientadas al cumplimiento del interés público imperativo. En la determinación de tal afectación ha de obrarse de forma proporcional⁸⁶⁶; es decir, la restricción al derecho ha de ser la menor posible; en tal caso los objetivos colectivos deben de ser de tal importancia que primen sobre la necesidad del pleno derecho restringido.

La Corte, a efecto de aplicar el criterio de proporcionalidad, analiza la naturaleza de las reivindicaciones indígenas sobre sus territorios, pero tomando en cuenta el conjunto de valores que sobre la tierra mantienen los indígenas desde su perspectiva cultural, con el fin de prever los efectos o consecuencias que se producen en su forma de vida:

“Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del

proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”. Punto 143 de la Sentencia.

⁸⁶⁶*“El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”.* Punto 145 de la sentencia.

*reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural*⁸⁶⁷.

Por lo que prevé que pudiere darse una importante afectación a los derechos básicos de identidad cultural y a su supervivencia, si no se toman en cuenta en sus reclamos el conjunto de implicaciones. Por otro lado, la restricción que pudiere tener un derecho a la propiedad privada pudiera justificarse en el objetivo colectivo de preservar la pluralidad de identidades culturales que existen en el Estado. Ello justificaría la expropiación de la propiedad privada, fundamentada en el punto 2 del artículo 21 de la Convención Americana⁸⁶⁸.

Como se observa, la Corte establece los elementos esenciales que han de integrar un procedimiento de ponderación, en cuanto al contenido, peso y alcance de la protección de estos derechos de propiedad; por lo que hemos de considerar estos elementos en los conceptos en colisión.

⁸⁶⁷ Punto 146 de la Sentencia.

⁸⁶⁸ Punto 147 de la Sentencia “Al desconocerse el derecho (...) sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades (...)”; Refiere además el punto 148 de la sentencia: “Por lo contrario, la restricción que se haga al derecho de propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades de una sociedad democrática y pluralista (...)”.

El siguiente ejercicio de ponderación se realiza con base en la fórmula geométrica establecida, toda vez que la fórmula aritmética está más limitada en cuanto rango y alcance. La fórmula propuesta por Alexy es la siguiente:

Esta es una fórmula de peso, se refiere a la intensidad de la intervención del Principio 1 -es el derecho a la propiedad privada de un particular-, y de forma simplificada se representa “Ii”; y, por otro lado, el Principio 2 -que es el derecho de propiedad comunal indígena-, y de forma simplificada se representa “Ij”⁸⁶⁹.

Recordemos que, en la escala triádica de Alexy, se consideró usar como rangos de la colisión las expresiones *leve*, *medio* y *grave*, representadas como I, m y g; las representaciones numéricas de estos valores en la fórmula geométrica son las siguientes: g = 4, m = 2 y I = 1. Esta fórmula de peso -en su versión más simple- sólo será aceptable si los valores que “Gi,j” recibe en las diferentes constelaciones pueden reconstruir adecuadamente la ponderación⁸⁷⁰.

⁸⁶⁹Recordemos que los principios tienen un peso abstracto y un peso concreto conforme la dogmática jurídica o conforme la estructura de los derechos. Por ejemplo, cuando se establece la preeminencia de los principios de *dignidad humana* o *derecho a la vida*, ello *prima facie*, tienen un peso mayor que otros principios como el derecho a la educación o el derecho al secreto de las comunicaciones. Esto puede ser ampliamente discutido y sobre todo polémico, dependiendo de la teoría del derecho en el que se fundamente el análisis y, sobre todo, el cómo se construyan los enunciados que la sustenten; sin embargo, en este punto, sólo deseo recordar que para la Teoría del Derecho de Alexy el peso *concreto* de la intensidad de la intervención se representa “IP” y el peso *abstracto* se representa GPi. La forma completa es GPIA. “A” es abstracto; en su versión corta se representa “Gi”. Esto sólo juega un papel en la ponderación cuando los principios en colisión se diferencian en su peso abstracto. En este caso, como el principio de propiedad es el mismo, se toma en cuenta únicamente el peso concreto, dado que no tiene diferente peso abstracto.

⁸⁷⁰ Es decir, habrá supuestos que no podrán representarse mediante esta forma.

Por ello, a continuación se expresa la escala, en las diferentes formulaciones o posibilidades de relaciones de precedencia (**P**). Se representa en lenguaje lógico formal ($liPlj$). Recordamos que el resultado que se observa de $G_{i,j}$, siempre recibe un valor mayor a 1:

$$(1) g, l = 4/1 = 4$$

$$(2) g, m = 4/2 = 1$$

$$(3) m, l = 2/1 = 1$$

En estos casos lj tiene precedencia sobre li , ($ljPli$) Recordemos que siempre el resultado es por debajo de 1:

$$(4) l, g = 1/4 = \frac{1}{4}$$

$$(5) m, g = 2/4 = \frac{1}{2}$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$$

En los últimos casos, si los valores que " $G_{i,j}$ " ofrece son un empate, el valor siempre será 1:

$$(7) l, l = 1/1 = 1$$

$$(8) m, m = 2/2 = 1$$

$$(9) g, g = 4/4 = 1$$

Conforme los anteriores valores, *prima facie* el conflicto que tenemos es de colisión del principio de la propiedad privada contra el principio de la propiedad comunal indígena. Se aprecia lo siguiente: la intensidad de la intervención del principio li sería g (grave), porque implicaría la pérdida total de

su bien en propiedad; su afectación de derecho cedería totalmente; y, por otro lado, la afectación que tendría el derecho de propiedad colectiva indígena por la *no* intervención, sería igualmente g, porque ello implicaría no acceder a su reclamo de reivindicación del territorio. Conforme a estos valores, la fórmula operaría así:

$$GLJ = \frac{M}{M}$$

$$GLJ = \frac{4}{4} = 1$$

Como se observa al tener el resultado 1, implica un empate en los pesos en colisión; esto es, que serían iguales. La Ley de la ponderación *prima facie* no sería útil; significaría que no aplicarían los principios como mecanismo de solución del conflicto, sino que cae dentro del margen de acción del legislador. De ahí que se requeriría seguir las reglas del derecho positivo para resolver quién tiene mejor derecho sobre los territorios. De ello se deduciría que, en este caso, la comunidad indígena al no tener título sobre la tierra, ni tener la posesión, difícilmente lograría la protección de su reclamo.

Sin embargo, Alexy propone que se utilice un sistema triádico doble, a efecto de que la escala triádica se extienda. La razón es que es necesario amplificar los efectos de la fórmula de peso. Propone que se expresen los valores siguientes: ll, lm, lg, ml, mm, gl, gm y gg. Ello potencia la escala de la serie 2⁰ -2⁸. Por lo que ll significaría levemente leve, o muy leve; y gg algo intensamente grave y ml a una intervención levemente media, o por decirlo en otras palabras una baja dentro de la media. Entonces, aplicar esta doble escala

triádica nos pondrá en mejor perspectiva de ponderación respecto a la valoración de peso que representa el derecho de propiedad privada para un particular y la propiedad comunitaria indígena.

Como se ha mencionado en varios estadios de la presente tesis, la propiedad para un particular *no* indígena tiene generalmente un sentido económico que ofrece seguridad, representa un objeto de comercio, rentabilidad, explotación, riqueza, manutención, estatus social, etc. Los *no* indígenas estamos dispuestos a intercambiar los bienes, enajenarlos, usarlos para saldar obligaciones, etc.; es frecuentemente que nuestros bienes sirvan para remediar nuestros males, entre otras cosas. Por lo que desprenderse de la propiedad de los bienes o de un determinado bien no implica generalmente una afectación insalvable o crítica para nuestra forma de vida. En cambio, como hemos visto, los pueblos indígenas se vinculan con un territorio determinado *específicamente* de por vida, durante todas sus generaciones, esto es, ancestralmente. El territorio o la tierra no es un objeto de comercio, si no el lugar en el que vivirán sus hijos, en donde habitan sus muertos, es decir, sus ancestros. Ellos consideran el territorio estrechamente vinculado a su forma de vida y a su personalidad. No sólo es la fuente de sustento, sino también de las prácticas tradicionales, religiosas y espirituales. El territorio está íntimamente ligado a su supervivencia cultural y física. Por ello, su protección es crucial para la pluralidad cultural del Estado en el que se encuentre.

En este caso, ante la Corte se ha probado que la actividad que realiza el particular sobre su tierra es de explotación ganadera extensiva. Dicha actividad económica puede ser perfectamente tasada y asumida económicamente en caso de tener que cesar. La suma de los daños y perjuicios sufridos por el

particular implicará una afectación importante, pero no crucial para su forma de vida. Por otro lado, la Comunidad indígena ha probado y el Estado ha reconocido la vinculación con el territorio tradicional de la población indígena en la zona del Chaco paraguayo, que es la zona reivindicada; por ello, aspira a volver a esa tierra específicamente, la que consideran su territorio ancestral.

Con estos valores, conforme a la doble escala triádica de la fórmula geométrica, podría considerarse que, para el particular, la intensidad del grado de intervención en su derecho de propiedad sería gl ; es decir, para el Principio “li” la afectación es gl ; la afectación a su derecho de propiedad sería intensamente grave, pero los efectos para su forma de vida serían considerados leves; y, por otro lado, para la comunidad indígena la intensidad de la no intervención sufrida sería gg ; es decir, para el Principio lj , la intensidad sería “ gg ”. Porque la *no* intervención en el principio sería considerada como grave al no lograr la propiedad ancestral reivindicada colectivamente, y la afectación cultural colectiva y personal también sería grave, con base a los razonamientos expuestos. La fórmula de la ponderación se expresaría entonces:

$$GLJ = \frac{4 \cdot 1}{4 \cdot 4} \cdot \frac{1}{4}$$

En tal sentido, la fórmula de peso evidencia que el grado de afectación de la no intervención en el principio de propiedad privada, prueba que afectaría de manera muy intensa el derecho de propiedad comunal del pueblo indígena.

El ejemplo anterior es una representación simplificada de ponderación, que permite ver la operación y la utilidad de la misma para la resolución de conflictos entre indígenas y no indígenas o indígenas y el Estado. Ello es muy

valioso, porque permite de forma lógica y racional ponderar los intereses en conflicto, sin depender de la voluntariedad arbitraria del juzgador. Es una herramienta que habría que tomar en cuenta como examen de afectación jurídica con base al peso de los principios. Lo que la fórmula prueba, desde el punto de vista del observador, es la forma lógica en que pudiera razonar un juzgador con los elementos puestos a su disposición, o la forma en que de manera lógica y racional se pueden exponer los razonamientos del juzgador en un caso dado que esté en estudio de la dogmática jurídica. Por lo que el test de la ponderación ayuda doblemente a profundizar forma y fondo.

Existe también la posibilidad de presentar el anterior caso basado en la fórmula extendida, que Alexy representa de la siguiente manera:

$$Q(J) = \frac{H \cdot Q_1 \cdot S_1}{H \cdot Q_1 \cdot S_1 + \dots + I_n \cdot Q_n \cdot S_n}$$

Ello implicaría considerar no sólo la colisión de dos principios, sino la colisión de un principio con una serie de principios u otros bienes colectivos; Los principios seguirían un orden acumulativo aditivo; es decir, se acumularían y sumarían todos los principios en colisión relevantes. Refiere Alexy que es similar al caso de un guerrero aislado que se convierte en comandante de una tropa numerosa⁸⁷¹.

Desde la visión de los pueblos indígenas, el derecho al territorio está vinculado con una serie de presupuestos mayores como la autonomía, la cultura, la vida, la libertad, la no discriminación, la salud, la educación, entre otros. Ello podría configurar un argumento mucho más ampliado de principios

⁸⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. op. cit. p. 373.

en colisión, por lo que dependerá de cómo se construyan los argumentos del caso y de las propias circunstancias del mismo, el utilizar esta fórmula extendida acumulativa aditiva de los principios. Pero ello, por el momento sería demasiado para la Corte y quizás para los Estados, que tienden a caminar con un paso tras otro.

Cabe decir que esta fórmula también expresa la ley epistémica de la ponderación, que sirve para valorar la seguridad de los presupuestos empíricos, entre otras cosas, el contenido de las pruebas, argumentos, etc. Por lo que para evaluar la seguridad y grados epistémicos, también implicaría acudir a una escala triádica que Alexy ha propuesto. Ello se encuentra más detallado en la exposición de la Teoría como Argumentación. Para efectos del presente análisis se dieron por presupuestos los argumentos empíricos como veraces y ciertos.

Por último, la Corte en su argumentación estableció que cuando existe un conflicto de intereses territoriales, ello no significa que el derecho a la propiedad privada deba ceder siempre ante la propiedad colectiva indígena. Todo dependerá de las causas concretas del caso. Existen también razones plausibles para considerar que no es posible entregar el territorio reclamado por los pueblos indígenas⁸⁷²; para ello existe un mecanismo de solución, que ha de llevarse de manera transparente y participativa con los pueblos indígenas afectados. Existen instrumentos internacionales que lo contemplan y la Corte

⁸⁷²“Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (supra párrs. 131, 135 y 139)”. Punto 149 de la Sentencia.

en la dogmática ha manifestado la viabilidad de los mismos para estos casos, como lo hizo en el presente.

CONCLUSIONES

1. Los pueblos indígenas en la actualidad padecen varias formas de injusticia política, económica, jurídica y cultural, que tienen en común la falta de reconocimiento de sus valores y costumbres. Tal realidad los ha llevado a mantener diversas formas de resistencia, activa y pasiva, a fin de visibilizar sus problemas y exigir formas distintas de relación con el Estado y con el resto de la sociedad no indígena. Necesariamente esto ha requerido repensar nuestra visión de tolerancia, en aplicación de políticas no sólo redistributivas, sino también como justicia basada en el reconocimiento del valor de la identidad cultural indígena. Ello adquiere forma jurídica en el cambio de paradigma de las constituciones latinoamericanas que integran enunciados sobre multiculturalismo, pluralismo, diversidad cultural, entre otros.

2. La reflexión desde una perspectiva histórica, permite identificar múltiples causas del no reconocimiento cultural indígena en Latinoamérica. El trato diferenciado por el color de la piel o los rasgos, el origen, la actitud de dominio sobre el entorno, la imposición de las ideas propias a cualquier precio, la asunción de que lo blanco es mejor que lo moreno y, en su conjunto, el desprecio de lo indígena por lo que se consideró mejor o bueno en las sociedades mestizas. Es fundamental la revisión histórica, para tomar conciencia de lo profundo y arraigado que están las distintas formas de discriminación que aún hoy soportan los pueblos indígenas. Las sociedades americanas mantienen la inercia de invisibilización del mundo indígena en sus diferentes prácticas sociales -políticas, jurídicas, morales o la religiosas-. La revisión histórica nos lleva a identificar actitudes diversas actuales que van desde la indolencia o el desprecio, hasta la intolerancia absoluta de lo indígena.

Por ello no vale echar la culpa a lo que hicieron nuestros ancestros en el pasado.

3. Las sociedades latinoamericanas sí han dado pasos al reconocimiento de la identidad cultural indígena; pero ello no ha significado el pleno reconocimiento del ejercicio de sus derechos. Es cierto que han dejado detrás la imposición del nacionalismo monocultural, que veía como un peligro la diversidad cultural de sus pueblos. Pero no han resuelto los viejos problemas de discriminación, pobreza, marginación, invisibilidad y muchas otras formas de maltrato que existen cotidianamente a las minorías, colectivos y otros grupos vulnerables, entre ellos, los pueblos indígenas. Aún existe el discurso de justificación procedente del pasado remoto, sin cuestionar el *estatus quo* actual, que se muestra en la explotación, la depredación y privilegios de distinta clase a grupos políticos, empresariales, religiosos y de poder de facto; que mantienen privilegios injustificados que comportan actitudes poco solidarias con el resto de la sociedad.

4. Las sociedades democráticas y multiculturales latinoamericanas, que efectivamente han incorporado tanto la justicia redistributiva como de reconocimiento, necesariamente han de hacer una actualización del contenido de las normas de derecho positivo, que reflejen el pluralismo cultural de las sociedades; y ello de la mano con políticas públicas que atiendan a las demandas reales y que ofrezcan una justicia material y efectiva. Las normas y las políticas necesariamente deben de ser diseñadas conjuntamente con los pueblos indígenas, en plena igualdad y sin discriminación, como sociedad plural abocados a resolver nuestros propios problemas.

5. Las teorías analizadas sobre los derechos colectivos nos muestran que existen formas de incorporación de tales derechos en el marco del derecho positivo, en el que se puede determinar la naturaleza, contenido, forma, alcance, materialización, estructuración y protección de los mismos. Que los derechos colectivos sean complejos o causen controversia, no es argumento para impedir la inclusión de las demandas de los pueblos indígenas. En la actualidad, varias constituciones latinoamericanas contienen normas sobre derechos colectivos, si bien es cierto que se ha de reconocer que no siempre han sido eficaces. Pero su reconocimiento mejora el sistema jurídico y aumenta nuestra calidad democrática y plural. La incorporación de *la costumbre* como un conjunto de prácticas tradicionales ancestrales mediante las cuales resuelven sus conflictos en sus territorios -en tanto derecho consuetudinario- ha de ser reconocida como fuente de derecho y oponible a otras normas de derecho positivo. Ello de acuerdo al principio de seguridad jurídica. En tal sentido, aunque exista tensión en cuanto a dichas prácticas en relación con los derechos fundamentales, permite que sean efectivamente analizadas a la luz del dialogo intercultural y, en su momento, podrán ser cambiadas o eliminadas por los propios pueblos. No toda práctica ha de ser tolerada o protegida. Pero su discusión en el marco de instituciones jurisdiccionales y democráticas implica el reconocimiento de nuestra realidad indígena y su ejercicio pleno y efectivo en el campo de lo público y de lo social.

6. Acercarse desde la óptica de la Corte internacional al análisis de la realidad indígena, tiene las ventajas siguientes: a) permite abrir la perspectiva de los problemas que atañen al conjunto de los pueblos indígenas en un país, en una región; vr.gr.: territorio, discriminación, de afectaciones por intereses

económicos de naturaleza agrícola, minera, ganadera, etc. Se advierte que dichos problemas están globalizados e interconectados y no sólo es una mala práctica de en un país; b) Se muestra que el contenido de los instrumentos internacionales en el ámbito de los derechos humanos, está redactado de una manera similar al contenido de los derechos fundamentales constitucionales; generalmente tales enunciados normativos son contruidos a manera de principios de optimización y no como reglas de aplicación; c) Permite ver que el avance internacional de los derechos indígenas es extraordinario si va de la mano con los derechos humanos. Bajo esta perspectiva es viable mantener una postura optimista en cuanto a la instrumentación y efectividad al interior de los Estados; d) Se observa que algunos organismos internacionales, entre los que destaca la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, han concretado formas de interpretación que materializan el contenido de los derechos indígenas tanto en lo individual como en lo colectivo, armonizándolos con los derechos humanos individuales; lo que deja atrás varias dudas filosófico-jurídico-políticas que cuestionan su existencia y aplicación; e) Se muestra que la visibilización, repercusión y difusión de las resoluciones internacionales es más amplia y de mayor impacto tanto en la doctrina, como en la materialización por lo que su estudio y comprensión permite una sustancial mejora en la construcción y defensa de argumentación en el derecho interno.

7. Del análisis de las normas internacionales en materia de derecho indígena, se advierte que, en los últimos 60 años, se ha producido una evolución permanente a favor del reconocimiento de estos derechos de los pueblos indígenas. Desde la incursión con el Acuerdo 107 de la OIT que ofreció

avances importantes -aunque de corte paternalista y asimilacionista-, hasta la actual Declaración de la Organización de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que establece la autodeterminación, autonomía, el derecho de consulta previa, el derecho a sus territorios, tierras y recursos naturales, el derecho a la cultura propia, entre otros muchos. Ésta última pone de relieve el gran cambio de perspectiva y refleja, sobre todo, el consenso de aceptación e inclusión con normalidad por parte de los Estados que mayoritariamente la suscribieron. Paso a paso en el plano internacional se ha construido un derecho indígena, que hace frente a la profunda ignorancia e inercia cultural que les oprime en sus propios países. Ello impulsa no sólo la resistencia como mecanismo de defensa ante las injusticias, sino el derecho y la razón como formas de solución en un Estado democrático.

8. El reto actualmente se encuentra en cómo llegar a la materialización de la justicia para los indígenas. Hasta ahora el avance se da en América Latina por la vía de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, en el marco de la Convención Americana de los Derechos Humanos, aunque transversalmente se aplican otros tratados internacionales. Esta vía ha sido posible por el reconocimiento del valor de las diversas culturas indígenas y la legitimidad de sus demandas, con criterios de corrección. La Corte ha innovado la forma de interpretación del significado de la tierra, territorio y recursos de los pueblos indígenas apartándose de una visión *evidente* del contenido de los derechos humanos. Las aportaciones de la Corte son las siguientes:

- En el caso *Awas Tigni*, con fundamento en los límites que establece la Declaración Americana en materia de interpretación de los derechos, amplió de manera evolutiva el concepto de

propiedad, para incorporar el derecho de propiedad comunal indígena. Utilizó una visión dinámica del derecho acorde con el contenido de los principios, además de considerar que el derecho consuetudinario indígena es fuente del derecho a la propiedad conforme a sus usos y costumbres;

- En el caso Masacre de Plan de Sánchez, con respecto a un pueblo maya Achí, destacó la importancia del derecho colectivo a la cultura y de la vida colectiva de la comunidad, vinculado a su territorio y su forma de vida buena; por lo que afectar su territorio, implica la afectación de la posibilidad de transmitir sus valores culturales a las nuevas generaciones;
- El caso de la Comunidad Moiwana, la Corte amplió la protección de los derechos indígenas a los pueblos tribales no originarios en el territorio en el momento precolombino. Por lo que ellos también tienen derechos sobre los territorios que habitan al igual que los pueblos indígenas, al mantener una conciencia cultural colectiva sobre los mismos, equiparada a los indígenas. Este caso es relevante porque el Estado no contemplaba en su derecho interno, ni el reconocimiento de la personal tribal, ni la propiedad colectiva del pueblo tribal;
- En el caso Yakye Axa la Corte estableció que los pueblos indígenas tienen derecho a recuperar el territorio ancestral del cual han sido desposeídos y entregados en propiedad a un particular no indígena. El caso evidencia un conflicto en el

derecho de propiedad, uno como propiedad privada y otro como propiedad colectiva. En este caso la Corte realizó un proceso de ponderación para determinar el peso del principio en relación a los intereses en conflicto, otorgando la razón al pueblo indígena. Por otra parte la Corte estableció la vinculación del derecho de una vida digna y el derecho a la salud con el derecho de propiedad indígena;

- En el caso del pueblo Sawhoyamaya, la Corte estableció un mecanismo de reconocimiento de derecho de propiedad de los pueblos cuando por razones ajenas, no imputables a ellos, no poseen la tierra, pero que no han dejado de reivindicar. Toma como fundamento los precedentes y el derecho consuetudinario indígena como fuente del derecho de propiedad; y declara formas alternativas de solución al conflicto en los casos en que el territorio no pueda restituirse a la comunidad indígena;
- En el caso del pueblo Saramaka, la Corte utilizó un más amplio conjunto de tratados internacionales en aplicación a los derechos de los pueblos indígenas; estableció restricciones puntuales al Estado en forma de derecho a la consulta previa. El Estado puede desarrollar actividades económicas en tanto no ponga en peligro la existencia de la comunidad indígena y respete su derecho de propiedad;
- En el caso del pueblo indígena Xámok Kásek, la Corte estableció que el pueblo indígena puede autodeterminar su condición de

indígena, en ejercicio de su derecho de autonomía, por lo que el reconocimiento no corresponde al Estado. La Corte amplía la forma de determinar la vinculación de un pueblo indígena con respecto a su territorio. Como elemento novedoso se encuentra la resolución del conflicto de normas ambientales con el derecho de propiedad indígena;

- En relación al pueblo Sarayaku, la Corte consolida sus precedente sobre la vinculación de la identidad-cultura-territorio para los indígenas, para la protección del derecho de propiedad colectiva; también amplía el contenido del derecho de consulta previa que, además de la buena fe, ha de incorporar estudios técnicos de impacto ambiental y social. Lo anterior, con miras a que la comunidad este plenamente informada de acuerdo a sus tradiciones y costumbres antes de tomar decisiones económicas que afecten su forma de vida.

En todos los casos expuestos la Corte impuso una reparación individual y colectiva por los daños causados a los derechos cuya existencia reconoce; condenó a los Estados a adecuar su derecho interno al contenido de la Convención Americana, particularmente en materia de propiedad, además tener mecanismos administrativos y jurisdiccionales que garanticen un recurso judicial efectivo para la protección de sus derechos. La Corte ha sido fiel a sus precedentes y permanentemente ha ampliado el contenido de protección de los pueblos indígenas sobre la base de los derechos humanos.

9. La fundamentación y motivación expresada por la Corte ha creado en la dogmática jurídica líneas de interpretación de justicia sustantiva, que ha permeado a su vez en la materialización jurídica de criterios más acordes con la realidad indígena y sus necesidades de justicia real. Entender con más claridad dichos fundamentos es básico. Ello, sin embargo, no exige que sea sólo por la vía de la teoría del positivismo jurídico, sino que examinarlos con otros ojos teóricos nos aporte más elementos que operan de forma más integral y nos llevan a mejores formas de argumentación. Así, las teorías del derecho como integridad o el derecho como argumentación, permiten resaltar la importancia de los principios en los conflictos suscitados con los pueblos indígenas, además de la perspectiva interpretativa del contenido de los enunciados que los contienen y la importancia de fundamentarse en razones y argumentos que visualizan la integridad del sistema jurídico y la posición del sentido de las normas, en especial para los indígenas

10. La teoría del derecho como integridad de Dworkin aspira a mantener una coherencia integral de conjunto en el derecho. Desde la equidad, consiste en aspirar a usar el conjunto de normas como si fueren producto de un único legislador y las resoluciones judiciales como realizadas por un solo juez. Si el soberano aspira a tener autoridad moral sobre sus gobernados ha de hablar con una sola voz coherente con los principios, la historia institucional y la moral de la comunidad. En la práctica judicial, implica que, ante un caso difícil, el juez que analice los precedentes debe elegir los mejores, los que se ajusten a los principios jurídicos de forma coherente y no se contradigan entre sí. Como este juez tiene presente que el derecho entendido como norma debe estar estructurado en su conjunto y ser coherente con los principios de justicia,

equidad y debido proceso, debe tratar el caso de forma que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las normas de derecho internacional y de derecho interno del Estado. Bajo estos lineamientos, el juez adquiere una mejor perspectiva para justificar su resolución. Su labor consiste en situarse de manera inicial en la comprensión vertical de la estructura jurídica construida y de manera horizontal en el conocimiento de los precedentes establecidos por sus iguales, de forma que asume la responsabilidad de construir su resolución coherente con todo el sistema y hacerlo desde la mejor interpretación posible, en una continuidad del derecho.

11. La teoría del derecho como argumentación es una teoría instrumental, que es compatible con la teoría del derecho como integridad. Las normas del discurso práctico general y normas del discurso en el caso especial, serían la mejor solución que el derecho pueda ofrecer ante el esfuerzo del juez filósofo Hércules que debe enfrentarse ante un caso difícil. Estas reglas del discurso práctico y del discurso jurídico planteadas por Alexy, en forma de lógica formal, permiten alcanzar la profundidad necesaria para la comprensión integral del sistema jurídico y del contenido de las normas tanto como principios, reglas o fines colectivos. Pero, además, nos lleva a justipreciar tanto los hechos como los enunciados empíricos que se exponen como razones de peso por parte de los participantes en el discurso; de manera que podemos buscar mejor en la dogmática jurídica la forma en que se han utilizado adecuadamente los precedentes jurisprudenciales. El derecho como argumentación nos ofrece claridad para el análisis de los casos ya resueltos y en los futuros casos, porque comprendemos la estructura en que un tribunal construyó la sentencia y nos permite visualizar los presupuestos que lo llevaron

a fundamentar y motivar su lógica argumental. Ello nos permite tener mejores herramientas de análisis para elegir los nuevos argumentos que necesitaremos en el futuro. En suma, nos permite conocer mejor el derecho tanto como participantes, como espectadores en la construcción del derecho desde nuestra ladera del conocimiento.

12. Los casos tratados por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en relación con las comunidades indígenas, son considerados como casos difíciles por el doble componente de protección que reclaman, tanto en lo individual como en lo colectivo. El reconocimiento, enunciado y protección de los derechos humanos en el plano internacional se desarrollaron en un contexto de posguerra hastiados de los crímenes de regímenes totalitarios; el fruto fue el reconocimiento de la dignidad humana de toda persona, titular de derechos y libertades básicas. Se fundamentó en la tradición de protección *ius cogens*, por medio de obligaciones *erga omnes* de los derechos humanos individuales. Trasladar tal realidad a las comunidades indígenas y tribales de América Latina ha sido una asignatura pendiente, porque en ese contexto los derechos colectivos reclamados por las minorías indígenas no se encontraban de manera *evidente* contemplados en el marco positivo internacional de los derechos humanos; era difícil subsumir el hecho planteado en el contenido de la norma.

13. Especialmente en las sentencias dictadas en los casos de los pueblos Mayagna Awas Tigni y Yakye Axa se ilustran la naturaleza y el régimen adecuado de los reclamos de las comunidades indígenas y pueblos tribales; al demandar el derecho humano de propiedad comunitaria sobre sus tierras, también reivindican el respeto a una forma de vida que consideran

buena. Detrás de las sentencias de la Corte está vinculada la mejor interpretación que se pueda hacer del derecho a la propia existencia de los pueblos, el derecho a la vida, a la salud, a la educación, a la cultura, el acceso y protección judicial, al debido proceso, a la equidad, entre otros derechos subjetivos que son derechos humanos; que en suma significan dignidad en la forma de vida indígena.

14. Desde la teoría del Derecho como integridad se comprende la actividad de la Corte en sus sentencias. Por un lado, permite identificar que se trataba de un caso difícil, por lo que no era posible aplicar estrictamente las normas positivas. Al no encontrarse alguna que se ajustase de forma clara al derecho que demandaban los indígenas, se acudió a los principios de la Declaración Americana para justificar la construcción de un concepto general interpretativo -le denominó “*evolutivo*”- sobre los bienes y la propiedad comunal indígena en el Caso de la Comunidad Mayagna Awas Tigni. La Corte no resolvió a su arbitrio, sino, que operó bajo las reglas que enmarcaba el tratado y otras disposiciones de Derecho. El derecho como argumentación aporta la profundidad de análisis en cuanto a la estructura y forma de los argumentos usados por la Corte, siguiendo las reglas del discurso práctico y las del discurso para el caso especial que permite examinar la fundamentación utilizada por la Corte en la valoración de los bienes que se disputaban en el caso. El resultado es una ampliación conceptual de la protección del derecho de propiedad, lo que ha sido un importante precedente en los posteriores casos planteados ante la Corte.

15. La Corte consideró que la propiedad comunal indígena está dentro de su tradición comunitaria, no está centrada en el individuo, sino en el grupo,

la protección de sus territorios sustancia su derecho a vivir libremente, y es el espacio en dónde desarrollan su cultura y su vida espiritual, y dependen de ello para realizar sus actividades tradicionales de supervivencia económica. Por ello, no es solamente una relación de posesión y producción, sino el espacio en el que transmiten su cultura a las generaciones futuras. Esta concepción omnicomprendensiva implicó también considerar el reconocimiento de las costumbres y tradiciones indígenas para fijar un derecho de reconocimiento de la propiedad comunal indígena, practicada ancestralmente como derecho consuetudinario; es decir, reconocer las prácticas mediante las cuales los indígenas transmiten la propiedad comunal de las tierras. Ello abrió el camino de equidad, en la relación de los pueblos indígenas con respecto al Estado y los particulares, que los acerca más a la justicia sustantiva que los derechos humanos puedan ofrecer.

16. Los pasos dados por la Corte en el caso de la Yakye Axa guardan importantes similitudes de razonamiento con la teoría del derecho como integridad, partiendo nuevamente de la aplicación de los principios como derecho y de un concepto interpretativo del derecho de propiedad comunal y el contexto especial que ha de considerarse para los indígenas, siendo fiel al precedente, que tiene valor porque está apegado a los principios jurídicos desde la equidad, el debido proceso y la justicia. La colisión presentada desde el punto de vista del principio de derecho de propiedad es más asumible utilizando la ley de ponderación, para identificar el peso concreto que tal derecho mantiene en los conflictos entre los particulares y las comunidades indígenas ante la diferente significación cultural que tienen respecto a la tierra.

17. Es necesario que el derecho mantenga una coherencia lógica, no sólo fidelidad a las reglas, sino también a la equidad y justicia. La Corte ha tratado el conjunto de los Tratados como si tuvieran una sola voz coherente con los principios, y en esa misma tesitura ha resuelto como un solo juez. De ahí la interpretación de la Corte respecto a las obligaciones del Estado de mantener una coherencia tanto a nivel internacional, constitucional y mediante leyes sustantivas y procedimentales, que permita hacer efectivos los derechos humanos para las comunidades indígenas.

18. Las Teorías del *Derecho como Integridad* y *Derecho como Argumentación* son de uso pertinente para solucionar conflictos de los derechos de los pueblos indígenas. Las razones pueden resumirse en una: Los pueblos indígenas mantienen una forma de vida ancestral de acuerdo a su concepción de vida buena y digna. Esta forma está regida por *la costumbre*, derecho consuetudinario indígena; en ella se encuentra la suma de sus razones de principio, tanto morales, culturales y jurídicas; ésta tradición es oral la ha mantenido viva y a la vez oculta de los ojos de los no indígenas. Ello los ha mantenido fuertes, unidos y en pie de resistencia por la defensa de esa forma de vida buena. El derecho positivo no la considera como fuente de derecho; pero el derecho como integridad y el derecho como argumentación ofrecen, por la vía de los derechos humanos, sólidas razones de principio. Esta vinculación es el mejor camino para mostrar la importancia de su vinculación con la tierra, su importancia para asegurar su permanencia futura y su defensa para la protección de sus derechos humanos y colectivos correlacionados con los principios. La Comisión y la Corte Interamericana lo han valorado

positivamente a través de sus jurisprudencias; aunque ello no es suficiente: los indígenas aspiran a nuevas vías de justicia sustantiva. Ahora somos un poco más iguales en cuanto a la protección de los derechos a través de los argumentos de principio, integrales, morales, de corrección, racionales, razonables y lógicos.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. ATIENZA, Manuel. LAPORTA, Francisco. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2010.

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Iustel. Madrid. 2006.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa Editorial. España. 1994.

ALEXY, Robert. “La construcción de los derechos fundamentales”. En CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010. pp. 1-14.

ALEXY, Robert. “La teoría del discurso y los derechos fundamentales” En MENDEZ, Agustín. ODDVAR, Erik. (coord.) *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2010. pp. 29-48.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª. Edición. Madrid. 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª. Edición. Madrid. 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

ALVAREZ, Natalia. *Pueblos Indígenas y derecho de autodeterminación. ¿Hacia un derecho internacional multicultural?* Deusto. Bilbao. 2008.

ANAYA, S. James, *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, ed. Trotta. Traducción de Luís Rodríguez-Piñero Royo, en colaboración con Pablo Gutiérrez Vega y Bartolomé Clavero Salvador. Madrid 2005.

ANSUATEGUI, Francisco. *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo.* (eds.) Dykinson. Madrid. 2005.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. *Una Discusión Sobre Derechos Colectivos.* (Coord.) Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid. DYKINSON. 2001

AÑON, María J. *La Universalidad de los derechos sociales: el reto de la migración.* Ed. Víctor Abranovich. Valencia. Universitat. Tirant to Blanch. 2004.

AÑON, María José. *Notas sobre la discrecionalidad y legitimación.* DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 15-16, 2. 1994. pp. 897-912.

ARAGON, Orlando. "Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa al pluralismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado.* No 118. Enero-Abril. 2007. pp. 9-26.

ARELLANO, Carlos. *Segundo curso de derecho internacional público.* Porrúa. México, D.F. 1998.

APARICIO, Marco. *Caminos hacia el reconocimiento: Pueblos indígenas, derechos y pluralismo..* (Coord.) Universidad de Girona. Girona. 2005.

APARICIO, Marco. "Pueblos indígenas y constitucionalismo: De la igualdad multicultural al diálogo entre iguales". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. pp. 7-30.

APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011

APARICIO, Marco. "La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 124. Enero-Abril. 2009. pp. 14-38.

ASIS, Rafael de. *El abuso de las mayorías y de las minorías. Una aproximación conceptual*. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año . No 6. Universidad Carlos III de Madrid. 1998. pp. 255-278

ATIENZA, Manuel. *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Cevallos. Quito. 2009.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Ariel. 2ª. Edición. Barcelona. 2007.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Fontamara. México. D.F. 2005.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra. Perú. 2006.

BARAJAS, Santiago. "Apuntes en torno al trabajo indígena y tribal". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 78, Septiembre-Diciembre. Nueva Serie Año. XXVI.1993. pp 797-818.

BERGHOLTZ, Gunnar. "*Ratio et Auctoritas*": algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. No. 8. 1990. pp. 75-85.

BERNAL, Carlos. *El carácter fundamental de los derechos fundamentales*. En CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010. pp. 91-110.

BERNAL, Carlos. "Estudio introductorio". En ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª. Edición. Madrid. 2008. pp. XXV-LXXX.

BERNAL, Carlos. "La racionalidad en la ponderación". En CARBONELL, Miguel. (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

BERRAONDO, Mikel. *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. (Coord). Universidad de Deusto. Bilbao. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Giuridicalismo e positivismo giuridico*. Edizioni di Comunità. Milano. Terza edizione 1977.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Teorie "Constituzionalistiche" del Diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*. Clueb. Bologna. 2000.

BONORINO, Pablo. *El Imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 2003.

BONORINO, Pablo. *Integridad, derecho y justicia*. Siglo del Hombre Editores/Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2003.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003.

CAMARGO, Pedro. *Tratado de derecho internacional*. Temis. Bogotá. 1983.

CARBONELL, Miguel. “Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales”. En CARBONELL, Miguel. (Coord) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. pp. 9-13.

CARBONELL, Miguel. “La constitucionalización de los Derechos Indígenas en América Latina: una aproximación teórica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 108. Septiembre-Diciembre. Año. XXXVI. 2003. pp. 839-861.

CARBONELL, Miguel. (ed) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

CASALSMIGLIA, Albert. *El concepto de integridad en Dworkin*. DOXA. No. 12. 1992. pp. 155-176

CASALSMIGLIA, Albert. *¿Por qué es importante Dworkin?* DOXA. No. 2. 1985. pp. 159-165.

CLAVERO, Bartolomé. "Descolonización y derechos humanos". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.) Icaria. Barcelona. 2011. pp. 31-66.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 2009.

CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010.

CORTES, Francisco. *Multiculturalismo, los derechos de las minorías culturales*. DM. Murcia. 1999.

DELGADO, José. *La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: Análisis y Valoración*. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* No. 11, Año VII. Madrid. 2002. pp. 15 a 44.

DENNINGUER, Erhard. GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Gutiérrez, Ignacio. Traductor. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

DE LUCAS, Javier. *El reconocimiento de los derechos. ¿Camino de ida y vuelta? (A propósito de los derechos de las minorías)*. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año . No 1. Universidad Carlos III de Madrid. 1993. pp. 261-279.

DIEZ, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*. Tecnos. Madrid. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Dworkin's "Right Answer" Thesis and the frustration of legislative intent- A case-study on the leasehold reform act*. *The modern Law Review*. Vol. 45. No. 2. NY. 1982. pp 121-138.

DWORKIN, Ronald. *Do values conflict? A Hedgehog's approach*. *Arizona Law Review*. Vol 43:2. 2001. pp. 251-259.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Gedisa Editorial. Barcelona. 1992.

DWORKIN, Ronald. *¿Es el derecho un sistema de reglas?*. Cuadernos de Crítica. Instituto de Investigaciones Filosóficas. UNAM. México. 1977.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. ARIEL. España. 1984.

DWORKIN, Ronald. *No right answer?* *Law Review*. New York University. Vol. 53. Núm. 1. 1978. pp. 1-32.

DWORKIN, Ronald. *La Justicia con toga*. Marcial Pons. Madrid. 2007.

ENDICOTT, Timothy. *Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad*. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*. No. 19. 1996. pp. 375-384.

FERNANDEZ, Eusebio. *Concepto y problemas actuales de los derechos humanos*. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año . No 1. Universidad Carlos III de Madrid. 1993. pp. 45-49.

FERNANDEZ, Eusebio. *Los derechos humanos y la historia*. Texto del Curso de Posgrado 2006-2007. Los derechos humanos en la cultura filosófico-jurídica

de nuestro tiempo. Instituto de Filosofía. Consejo Superior de Investigaciones Científicas CISC. Impartido el jueves 3 de noviembre de 2005. pp. 1-40.
<http://www.ifs.csic.es/postgrad/jurilog/B1-derhu.pdf>

FRASER, Nancy. *La justicia social en la época de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación*. CON/TEXTOS, Año 2. No. 4. Lima. Octubre 1998.

GARCÍA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid. 1998.

GARCIA, Andrés. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Dykinson. Madrid. 2001.

GARCÍA, Sergio. "Los indígenas en el derecho nacional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 87. Septiembre-Diciembre. Año. XXIX. 1996. pp. 887-918.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México. Distribuciones Fontamara, S.A. 1993.

GARZÓN, Ernesto. *Lo íntimo, lo privado y lo público*. IFAI. Núm. 6. México. 2005.

GONZALEZ, Jorge. "El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y las Obligaciones de México con su ratificación". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No 96. Septiembre-Diciembre. Nueva Serie Año XXXII. 1999. pp. 857-871.

GONZALEZ, Jorge. *El derecho consuetudinario de las culturas indígenas en México. Notas de un caso los Nayerij*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1994.

GONZALEZ, Julio. SÁNCHEZ, Luis. SÁENZ, Paz. *Curso de derecho internacional público*. Thomson. Navarra. 2008.

GUTMAN, Amy. "Introducción". En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. FCE. México, DF. 2001. pp. 13-42.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Genaro R. Carrió (Trad). Abeledo-Perrot. 2ª. Edición. Buenos Aires. 2007.

HART, H.L.A. *Positivism and the separation of law and morals*. Harvard Law Review 1958.

HART, H.L.A. *Post scríptum al concepto de derecho*. UNAM. México. 2000.

HERNANDEZ, J.R. "La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No 82. Enero Abril. Año 1995. pp. 153-167.

IGLESIAS, Marisa. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. TRILLAS. México. 1994.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. UNAM. México. 1983.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. TROTTA. Madrid. 2011.

KJAERBY, Claus. "Territorialidad y gobernanza territorial como aplicación práctica del derecho indígena a la libre determinación". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. pp. 147-179.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Ed. PAIDOS. Barcelona. 1996.

KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea*. Editorial Ariel. España. 1995.

KYMLICKA, Will. *Fronteras territoriales*. Trotta. Madrid. 2006.

KYMLICKA, Will. *Las odiseas multiculturales*. Paidós. Barcelona. 2007

LA TORRE, Massimo. "Nueve críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy." En MENDEZ, Agustín. ODDVAR, Erik. (coord.) *La argumentación y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2010. Pp. 77-96.

LIFANTE, Isabel. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. DOXA. No. 25. 2002. pp. 413-439.

LIFANTE, Isabel. *La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de casos*. Jueces para la democracia. No. 36. 1999. pp. 41-46.

LIFANTE, Isabel. *Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica*. DOXA, No. 22. 1999. pp. 171-193.

LOPEZ, José Luís. Los derechos de los pueblos indígenas. CEMA. Málaga. 2006.

LOPEZ, Nicolás. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Editorial Ariel. España. 2000.

LOPEZ CALERA, Nicolás M. *¿Hay derechos colectivos?: Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. ARIEL. Barcelona. 2000.

LOPEZ CALERA, Nicolás M. "Sobre los Derechos Colectivos" En Ansuátegui Roig, Francisco J. Una Discusión Sobre Derechos Colectivos. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid. DYKINSON. 2001

LLANO ALONSO, Fernando H.. *La Filosofía del Derecho en Perspectiva Histórica*. Derechos y Libertades. Dykinson. Ed. 1ª. 2012. Pp. 367-377.

MAFFESOLI, Michel. *El tiempo de las tribus. El declive del individualismo en las sociedades de las masas*. ICARIA. Barcelona. 1990.

MANASSERO, María. *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*. EUNSA. Navarra. 2001.

MARIÑO, Fernando. *Derecho Internacional Público*. Trota. Madrid. 2005.

MARIÑO, Fernando. OLIVA, J. Daniel. (eds) *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Dykinson. Madrid. 2004

MARIÑO, Fernando. "Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos sociales y culturales dentro del marco de naciones unidad. *Derechos y Libertades*.1998. pp. 85-96.

MARIÑO, Fernando. *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*. (Ed.) Madrid. 1996.

MARTI, Salvador. "Sobre la emergencia e impacto de los movimientos indígenas en las arenas políticas de América Latina. Algunas interpretativas desde lo local y lo global". En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. pp. 67-102.

MARTINEZ, José. Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales. TECNOS. Madrid. 2001.

MARTINEZ, Silvia. *La ponderación en el estado de necesidad*. Universidad de León. León. 2006.

MILL, John S. *On liberty*. 1859. Batoche Books., Kitchener. Ontario 2001.
<http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>

NINO, Carlo Santiago. *Derecho, Moral y Política. II. Fundamentos del Liberalismo Político. Derechos humanos y democracia deliberativa. La relevancia moral epistémica de la democracia*. Comp. Gustavo Maurino. 1ª. Ed. Buenos Aires. Gedisa. 2007.

OLIVA, J. Daniel. *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos*. CIDEAL. Madrid. 2005.

OLIVA, J. Daniel. y BLAZQUEZ, Diego. *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

OLIVA, Daniel. *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho internacional*. Unlversidad Carlos III de Madrid. Madrid. 2012.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez*. Traducción Isabel Linfante Vidal. Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. No. 14. 1993. 169-194.

PAREKH, Bhiku. *Repensando el multiculturalismo*. Istmo. Madrid. 2005.

PECES BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson. Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid, 2002.

PECES BARBA, Gregorio. *La dignidad humana de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson. Instituto Bartolomé de las Casas. No. 26. Madrid, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad humana*. 10 palabras clave sobre derechos humanos / Juan José Tamayo, director . Estella (Navarra): Verbo Divino , 2005 , p. 54-76. https://docubib.uc3m.es/PECES-BARBA/ARTICULOS/pecesbarba_254.pdf

PECES-BARBA, Gregorio. “Los Derechos Colectivos”. En ANSUATEGUI, Francisco J. *Una Discusión Sobre Derechos Colectivos*. Dykinson. Madrid. 2001. pp. 67-94.

PECES-BARBA, Gregorio. *Sobre principios y normas*. Revista de las Cortes Generales. No. 28. España. 1993.

PECES-BARBA, Gregorio. *Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana*. Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación/ Joaquín Almoguera Carreres... [et al.]. Madrid: Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid; Dykinson, 2005 . pp. 15-36. [https://docubib.uc3m.es/PECES-BARBA/ARTICULOS/pecesbarba_97 .pdf](https://docubib.uc3m.es/PECES-BARBA/ARTICULOS/pecesbarba_97.pdf)

PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Dykinson. Madrid. 2005.

PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. *Indígenas y Derechos Colectivos: ¿El multiculturalismo es malo para las mujeres?*. Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año IX. No 13. Universidad Carlos III de Madrid. 2004. pp. 399-428.

PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. "Dilemas constitucionales y decisiones judiciales". Anuario de Filosofía del Derecho. No XXVI. 2010. pp. 435-460.

PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. ¿Es necesaria la Teoría para resolver casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad. Revista telemática e Filosofía del Derecho. No. 13, 2010. pp. 141-184.

PEREZ DE LA FUENTE, Oscar. "Algunas concepciones de la jurisprudencia en la cultura jurídica norteamericana". Working paper Papeles de Teoría y

Filosofía del Derecho. Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. No. 2010.

PEREZ NUÑO. *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del Autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Universidad de Sevilla. 2009. P. 619.

PRIETO, Luis. *Derechos fundamentales neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra. Lima. 2002.

PRIETO, Luis. "El juicio de ponderación constitucional". En CARBONELL, Miguel. (Coord) *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. pp. 99-146

RAWLS, John. *A Theory of justice*. 1971. *Teoría de la Justicia*. Traducción María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. México. 2002.

RAWLS, John. *El liberalismo político*. Crítica. Barcelona. 1996

RODRIGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá. (5ta reimpresión 2005) 1997.

RODRIGUEZ, José Manuel. "Kant y los derechos humanos". En PECES BARBA, Gregorio. (director). FERNANDEZ, Eusebio. (coord.) *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II Siglo XVIII*. Dykinson. Madrid. 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducción Fernando de los Ríos. Espasa. Madrid. 11 ed. 2004.

RAZ, Joseph. ALEXY, Robert. BULYGIN, Eugenio. *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid. 2007.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Claredon Oxford. United States. 1986.

SANTOS, Ma. Lourdes. *Una Filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin*. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 26. 2003.

SEARA, Modesto. *Derecho internacional público*. Porrúa. México, D.F. 1986.

SERNA, Pedro. (ed) *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Comares. Granada. 2005.

SIECKMANN, Jan-R. "Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales.". En CLÉRICO, Laura. *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la Teoría Jurídica de Robert Alexy*. (Coord.) Comares. Granada. 2010. pp. 37-72.

SUMNER, L.W. *The moral foundation of rights*. Oxford. New York. 1990.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. FCE. México, DF. 2001.

T.R.S. Allan. *Dworkin and Dicey: The rule of law as integrity*. Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 8. No. 2. 1988. pp. 266-277.

URSÚA José. *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*. Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho. No. 20. 2004. pp. 255-275.

VICENTE, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Tirant lo blanch. Universidad de Valencia. 2006.

VIGO, Rodolfo. *Perspectivas lusfilosóficas contemporáneas. Ross – Hart – Bobbio – Villey – Alexy – Finnis*. LexisNexis. Buenos Aires. 2006.

VILLAR, Luis. “Nueva retórica y teorías de la argumentación”, en ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. pp. 21-34.

VITALE, Ermanno. *Ius migandi, Figure di errante al di qua della cosmopoli*. Bollati Boringhieri editore s.r.l. Italia. 2004.

YRIGOYEN, Raquel. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. En APARICIO, Marco. *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y el territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*. (Coord.)Icaria. Barcelona. 2011. pp. 103-146.

YOUNG, Iris. *La Justicia y la política dela diferencia*. Ediciones Cátedra. España. 2000.

YOUNG. I. “Polity and Groups Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship”, en *Ethics*. 1989.

ZAMBRANO, Pilar. *Antipaternalismo y antiperfeccionismo de John Rawls y Ronald Dworkin*. Boletín Mexicano de derecho comparado. No. 113. 2005.

Declaraciones, Pactos, Protocolos, Tratados e Instrumentos internacionales

Carta de las Naciones Unidas, 1945.

Carta de la Organización de Estados Americanos, 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948.

Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, 1957.

Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales, 1962.

Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 1962.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, 1969.

Convenio sobre la edad mínima, 1973.

Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, 1978.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979.

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 1981.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 1988.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador". 1988.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992.

Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993.

Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

Declaración del milenio, 2000.

Conferencia Mundial contra el Racismo, 2001.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas, 2008.

Resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre 1993.

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Caso Myrna Chang vs. Guatemala, sentencia 25 de noviembre de 2003

Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia de 29 de abril de 2004.

Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia 29 de marzo de 2006.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 24 de noviembre de 2007.

Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio 2012.

Resoluciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos

Informe No 75/02. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos. 27 de diciembre 2002.

Páginas Web

ANAYA, James. WIESSNER, Siegfried. "The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards re-empowerment". Jurista, vol. 3. Octubre. 2007.

www.twinside.org.sg/title2/resurgence/.../cover3...

ANAYA, James. "El derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación tras la adopción de la Declaración. Biblioteca Digital. 2010.

www.políticas públicas.net.

Organización de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/>

Foro permanente para las cuestiones indígenas.

<http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>

Organización de Estados Americanos, <http://oas.org/es/>

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. <http://corteidh.or.cr/>

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

<http://www.oas.org/es/cidh/>

Organización Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org>

Nombre de archivo: tesis adolfo espinosa de los monteros__La propiedad comunal
indigena
Directorio: C:\Users\Mostrador 1\Documents
Plantilla: C:\Users\Mostrador
1\AppData\Roaming\Microsoft\Plantillas\Normal.dotm
Título: UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
Asunto:
Autor: WinSP3_OEM
Palabras clave:
Comentarios:
Fecha de creación: 27/04/2013 10:26:00
Cambio número: 5
Guardado el: 27/04/2013 12:04:00
Guardado por: Mostrador 1
Tiempo de edición: 53 minutos
Impreso el: 27/04/2013 12:25:00
Última impresión completa
Número de páginas: 608
Número de palabras: 134.259 (aprox.)
Número de caracteres: 738.427 (aprox.)