



CARRERA DE DERECHO

Informe Final de Estudio de Caso

**Previo a la obtención del título de: Abogado de los Juzgados y Tribunales de la
República del Ecuador**

Tema:

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina: **“Análisis de posibles vulneraciones de Derechos Humanos: Derecho al medio ambiente sano, acceso al agua, derecho a la alimentación, derecho a la identidad cultural”**

Autores:

Leonardo Jesús Córdova Mera
Kevin Alejandro Zambrano Barcia

Tutor Personalizado:

Ab. Dayton Francisco Farfán Pinoargote, Mgs

Cantón Portoviejo - Provincia de Manabí - República del Ecuador

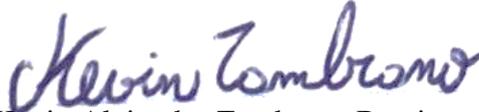
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Leonardo Jesús Córdova Mera y Kevin Alejandro Zambrano Barcia, declaramos ser los autores del presente análisis de caso y de manera expresa manifestamos ceder derechos de autor y propiedad intelectual del trabajo investigativo: Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina: “Análisis de posibles vulneraciones de Derechos Humanos: Derecho al medio ambiente sano, acceso al agua, derecho a la alimentación, derecho a la identidad cultural”.

Declaramos que dicho trabajo es original en su contenido de expresión, el cual no infringe derechos de terceros, asimismo concedemos este tema a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por otorgar su entidad universitaria, para el desarrollo del mismo.

Portoviejo, 15 de agosto de 2021.


Leonardo Jesús Córdova Mera
C.C. 130988723-8
Autor


Kevin Alejandro Zambrano Barcia
C.C. 131475388-8
Autor

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR | II |
| INTRODUCCIÓN..... | V |
| 1. MARCO TEÓRICO | 6 |
| 1.1. El movimiento indígena a nivel internacional | 6 |
| 1.2. La jurisprudencia de la Corte IDH y los conflictos indígenas | 9 |
| 1.3. Territorio indígena..... | 10 |
| 1.4. Derecho a la alimentación adecuada..... | 12 |
| 1.5. Derecho al agua | 13 |
| 1.6. Derecho a un medio ambiente sano | 14 |
| 1.7. Derecho a la participación en la vida cultural | 14 |
| 1.8. Derecho a la Propiedad Comunitaria..... | 15 |
| 1.9. Derecho de Consulta..... | 16 |
| 1.10. Derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran adentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído | 18 |
| 1.11. Obligación de los Estados de adecuar la normativa interna | 19 |
| 1.13. Aplicación del control de convencionalidad..... | 21 |
| 2. CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO vs. PERÚ | 22 |
| 2.1. Antecedentes..... | 22 |
| 2.1.1. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat | 22 |
| 2.2. Presentación de la denuncia ante la CIDH | 25 |
| 2.3. Análisis: Informe de Fondo - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. | 29 |
| 2.4. Análisis: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos | 38 |

| | | |
|----|--|----|
| 3. | CONCLUSIONES..... | 45 |
| 4. | BIBLIOGRAFÍA | 47 |
| | Anaya, S. (2005). <i>Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio</i> . | |
| | Madrid: Trotta..... | 47 |
| | ANEXO | 49 |

INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma sobre los derechos indígenas producido a nivel internacional hacia fines de la década de 1980, fue fuente de motivación para la incorporación en la agenda pública argentina, a nivel nacional y provincial, de la problemática de la posesión y propiedad de la tierra que tradicionalmente han ocupado las comunidades indígenas en el país.

El giro internacional de reivindicar los derechos de los pueblos indígenas a través de organismos internacionales y la participación de movimientos de población indígena en otros países americanos, se cristaliza en el ámbito nacional con en la reforma constitucional del año 1994; que introduce el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos originarios en la legislación argentina, entre los cuales se incluye el derecho a la tierra.

El reconocimiento de derechos resulta así más un producto del avance de las normas internacionales en materia de derechos humanos, que un efecto de la organización y participación de las comunidades indígenas de nuestro país para el logro del reconocimiento histórico de sus derechos, aunque son dignos de destacar algunos intentos a lo largo de la historia no exento de resistencias y negaciones.

El presente trabajo de investigación pretende ser una contribución general al conocimiento de las causas que dificultan en la actualidad, el ejercicio de los derechos de los pueblos originarios sobre las tierras indígenas en la República Argentina.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. El movimiento indígena a nivel internacional

En América Latina, los pueblos y nacionalidades indígenas, su historia y desarrollo se encuentra enmarcada en cada uno de los procesos socio económicos y territoriales de cada Estado; considerándose desde la época del desembarco de los colonizadores europeos hasta la incorporación y adaptación de cada uno de sus pueblos a la economía mundial, historia acumulada aproximadamente unos 500 años.

Sobre la historia de los pueblos indígenas de América Latina, Bengoa (2009)¹ realiza una línea de tiempo con las fechas más relevantes, indicándolas:

Se distingue metodológicamente cinco grandes etapas de la historia de los pueblos indígenas y su relación con la civilización occidental en América Latina: Etapa colonial S. XV – XVIII; Etapa independentista S. XVIII – XIX; etapa del indigenismo estatal antropológico 1885 -1970 / 1980; etapa de la emergencia indígena 2000/2010 hasta la actualidad. (págs. 23-32).

Estas dos últimas etapas que señala Bengoa, son las que marcan el ahora de las comunidades indígenas, de su habitad y su supervivencia, pues es a partir de esos años en los que se logra diferenciar al movimiento indianista con el indigenista, cambios que además logran coincidir con la era del siglo XX, señalándose esta como el punto de inflexión pues es en ella que se da el inicio a transiciones generadas por la transformación del orden mundial, que se sitúa en la revolución cultural ocurrida en el año 1968 unida

¹ Bengoa, J. (2009). *¿Una segunda etapa de la Emergencia Indígena en América Latina?* Cuadernos de Antropología Social. ISSN 0327-3776

además de la crisis económica ocurrida entre los años 1972 y 1973 en donde el sistema monetario internacional tuvo un déficit mundial.

Wallerstein (2003)², sobre estas dos últimas décadas, que determinaron la revolución cultural, señala que además se vincularon a los diversos logros sobre derechos humanos y la ecología, logrando adquirir relevancia en el sistema internacional y siendo aliados importantes del movimiento indígena o indianismo que en esas fecha luchaban por el reconocimiento de derechos a nivel no solo regional sino internacional. Este mismo autor señala además que desde 1970 hasta el 2010 las comunidades indígenas han experimentado diversas controversias, como la siguiente:

La emergencia indígena representó para toda Latinoamérica la ruptura con el agrarismo tradicional que asociaba el reclamo indígena con el del campesinado; algo que, hasta entonces, les impedía discursivamente gestar un movimiento con reclamos independientes al sector campesino y obrero. Durante la etapa precedente, la del indigenismo estatal-antropológico, los indígenas, ya sea por opción o por obligación, habían sido parte de un discurso de justicia social construido por no indígenas, generalmente vinculados a la izquierda²³ y/o a los estudios antropológicos que si bien denunciaban las extremas condiciones a las que eran sometidas las comunidades, pretendía soluciones dentro de los términos de ciudadanía-nacional; lo que en el mejor de los casos les había facilitado ser objeto de políticas indigenistas, que promovían su integración a la vida nacional en vez del respeto por sus formas tradicionales de vida, de propiedad y de desarrollo autónomo, tal y como el indianismo plantearía más adelante. (págs. 34-35).

El siglo XX estuvo marcado de cambios radicales en todos los ámbitos, no quedando atrás los movimientos indigenistas, quienes promovieron su institucionalización, llevaron a efecto congresos y convenios internacionales, así como, institutos de investigación de

² Wallerstein, Inmanuel. (2003). *¿Qué significa hoy ser un movimiento anti-sistémico?* OSAL: Observatorio Social de América Latina. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Buenos Aires. En línea. Recuperado en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/osal/20110216015219/17wallerstein.pdf>

asuntos indigenistas; buscando en cada paso definir los lineamientos políticos que los Estados debían de seguir a fin de integrar a las comunidades.

Entre estos logros se encuentran las investigaciones sobre temas y asuntos indígenas realizadas por organismos internacionales como:

- ◆ 1921 - Organización Internacional del Trabajo
- ◆ 1926 – Comisión de Expertos en el Trabajo Indígena de la OIT
- ◆ 1930 – Convenio No. 29 de la OIT sobre Trabajo Forzoso
- ◆ 1936 – Convenio No. 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas
- ◆ 1940 – Primer Congreso Indigenista de Pátzcuaro, en el marco de la Unión Panamericana (que posteriormente se llamo OEA desde 1948)
- ◆ 1942 – Instituto Indigenista Interamericano
- ◆ 1949 – Segundo Congreso Indigenista
- ◆ 1952 – Misión Beaglehole de la Oficina de asistencia técnica de la ONU
- ◆ 1953 – Programa Andino, liderado por organismos internacionales como: ONU, OIT, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO),
- ◆ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y Organización Mundial de la Salud (OMS)
- ◆ 1957 – Convenio No. 107 de la OIT (C107), sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi tribales en los países independientes. (Wallerstein, 2003, pág. 36)³.

El movimiento indígena se proyectó a través de diferentes organismos del Sistema Internacional, en los cuales se abordó la situación de estos pueblos y nacionalidades como sujetos del derecho internacional, entre ellos están: Organización Internacional del Trabajo; Organización de las Naciones Unidas, que en el año 2007 aprobó mediante Resolución A/RES/61/295 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas; Organización de Estados Americanos, quienes construyeron instrumentos jurídicos

³ Ibídem

internacionales en el marco de la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en razón de las denuncias realizadas por los pueblos indígenas emitieron sentencias en favor de sus derechos.

Los documentos a nivel internacional que consagran derechos que protegen a los pueblos y nacionalidades trivales e indígenas son:

- ◆ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (B-32), firmado en el año 1969.
- ◆ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (A-52) firmado en el año 1988.
- ◆ La Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68) firmada en el año 2013 por Argentina, sin ratificar.
- ◆ La Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), firmada también en el año 2013 por Argentina y que no fue ratificada.
- ◆ En 1990, la OEA creó la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas dependiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya función es la elaboración y presentación de informes, conclusiones y recomendaciones a los Estados, respecto a si estos se encuentran en cumplimiento o no de los convenios internacionales. (Vega, 2020, pág. 43)⁴

1.2. La jurisprudencia de la Corte IDH y los conflictos indígenas

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que tiene como componentes a la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, la Organización de Estados Americanos, han analizado y dictado sentencias en numerosos

⁴ Vega, Andrés Martín. (2020). *La aplicación del derecho internacional indígena en zonas de explotación hidrocarburífera*. Buenos Aires, Argentina. UNICEN

conflictos entre pueblos indígenas latinoamericanos y sus correspondientes Estados, todas ellas constituyen un precedente e importante recurso jurídico para los pueblos indígenas que afrontan situaciones similares, no sólo en el ámbito internacional, sino, también, en el nacional; o al menos, así, es en aquellos países como Argentina en que se reconoce la validez de esta jurisprudencia.

Entre la jurisprudencia generada por estos organismos, se pueden encontrar los siguientes temas:

- ◆ Derecho a la personería jurídica de las comunidades;
- ◆ Derecho a la propiedad comunal;
- ◆ Derecho de consulta;
- ◆ Obligación de los Estados de adecuar la normativa interna;
- ◆ Realización de estudios de impacto ambiental;
- ◆ Aplicación del control de convencionalidad;

1.3. Territorio indígena

Las culturas indígenas del mundo consideran como parte de su supervivencia el territorio que es su habitat, al cual lo protegen a toda costa, luchando no solo con las grandes corporaciones que pretenden ingresar para explotarlo, sino también con sus Estados quienes inobservan sus derechos de propiedad, siendo esto uno de los conflictos étnicos y una de las principales disputas territoriales que los pueblos, comunidades y nacionalidades llevan luchando por años.

Kymlincha (2010), señala que ante los poderes tanto políticos como económicos mundiales, así como la sociedad misma la lucha territorial indígena se vuelve muy vulnerable; indica que la historia ha permitido demostrar que una de las mayores posibilidades que tienen estos pueblos y comunidades es que los Estados creen reservas, donde se señale que las tierras son de exclusiva propiedad comunal o fiduciaria, la que no podrá ser en ningún momento alienada sin el respectivo consentimiento de los mismos comuneros, observación que es además consistente con las tradiciones que los pueblos tienen en cuanto a sus problemas de tierra.

Este mismo autor, añade que, en el momento que una tierra la dividen pierde el sentido de inalienable y son los miembros con más poder económico de la sociedad predominante, quienes se apoderan de ella y de todos los recursos que esta brinda y de los que la comunidad se sostiene, por lo tanto al ser individualizada y alienable el territorio se vuelve vulnerable y permite que los gobiernos de turno la expropien.

Se hace énfasis que la pauta más recomendable es la creación de reservas territoriales para los pueblos indígenas, es decir, que los territorios donde ellos viven o conviven sean considerados como reservas nacionales, esto permitiría una debida protección contra los diferentes poderes, sociales, políticos y económicos, quienes no podrán ni comprar ni expropiar terrenos legalmente otorgados a comunidades o pueblos indígenas.

Kramer (2008)⁵, en relación a la organización y política Argentina refiere, que esta se encuentra bajo un sistema federalista, lo que deriva a que el otorgamiento de las tierras que los indígenas proclaman como suyas sea aprobado mediante el consenso de cada una de las jurisdicciones del país, lo cual se debe de llevar a efecto con la finalidad de evitar conflictos de intereses legales, políticos y económicos que se puedan dar como resultado de la aprobación de otorgamiento de esta tierras por parte de los demás gremios u asociaciones ciudadanas, con ello el objetivo es mitigar en mayor medida más reclamos.

La Corte IDH (2001)⁶, sobre la concepción territorial en la cultura indígena señala que “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” (pág. 38).

1.4. Derecho a la alimentación adecuada

La Declaración de Derechos Humanos en el año 1948, entre su normativa consagro como uno de los derechos el de la alimentación. Rodotá (2014)⁷, sobre este tema, señala que “se lo considera como uno de los elementos constitutivos del derecho más general a un estándar de vida adecuado”.

⁵ Kramer, Ana María. (2008). *Convenios y Leyes: La retórica políticamente correcta del Estado*. UBA. Buenos Aires, Argentina.

⁶ Corte IDH. (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua*. Fallo del 31-08-01. En línea. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf

⁷ Rodotá, S. (2014). *El Derecho de tener derechos*. Madrid: Trotta

Además, este derecho fue también reconocido en forma directa en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en el año 1966, en el que los Estados enfatizan la necesidad no solo de reconocerlo, sino también, el alto grado de protección que por su vulnerabilidad sobre todo en los Estados más pobres, es donde mas se relleva el hecho de una adecuada alimentación adecuada, se añadió también, la obligación que tienen los Estados partes a la adopción de medidas orientadas a la protección de personas de la calle, con hambre, calificando este derecho como uno de los derechos fundamentales.

1.5. Derecho al agua

Este derecho, es considerado vinculante con los demás derechos fundamentales, pues toda persona tiene, valga la redundancia, el derecho a disponer de suficiente agua, asible, accequible, salubre y aceptable, que pueda utilizar tanto para su uso personal, domestico y de salud; motivo por el cual la Corte IDH en su jurisprudencia ha señalado que el derecho al agua se encuentra protegido y consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26.

La Corte IDH destacó que el derecho al agua está entre los derechos que son particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, entre ellos también, los derechos a la alimentación y a participar en la vida cultural, además observó que el derecho al agua debe ser una obligación de cumplimiento progresivo por parte del Estado, sin perjuicio de las obligaciones inmediatas, que son: la garantía de acceso, sin discriminación y la adopción de medidas, para lograr su plena realización. Sin embargo, en los casos en que las personas

no estén en condiciones de acceder al agua, por razones ajenas a su voluntad, el Estado deberá garantizar un mínimo esencial de agua.

1.6. Derecho a un medio ambiente sano

En materia específica ambiental, el principio de prevención de daños ambientales, forma parte del derecho internacional consuetudinario, y entraña la obligación de los Estados de llevar adelante las medidas que sean necesarias ex ante la producción del daño ambiental, teniendo en consideración que frecuentemente no será posible, luego de producido tal daño, restaurar la situación antes existente.

En virtud del deber de prevención, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo causen daños significativos al ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, la cual debe ser apropiada y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental.

1.7. Derecho a la participación en la vida cultural

El derecho a participar en la vida cultural contiene al derecho a la identidad cultural, a tener su propia vida cultural, pues esta implica los modos de vida, las maneras de vivir en comunidad, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias. La protección del disfrute de una determinada cultura tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto.

Macpherson (2019)⁸, manifiesta que este derecho a la participación cultural de los pueblos indígenas, está íntimamente ligado al de la conservación del medio ambiente, el derecho al alimento como forma de subsistencia, libre acceso al agua, todos ellos considerados como vitales para lograr garantizar la integridad cultural y la supervivencia no solo de las raíces e historia de cada nación, sino del tesoro de aún conservar en cada territorio la huella de los orígenes y su interculturalidad.

Se debe entender que la degradación del entorno y los recursos naturales deterioran el medio de vida del aborigen o indígena, lo que se traduce en la destrucción de un territorio culturalmente significado, la cosmovisión y la diversidad lingüística, todo ello pertenece no solo al Estado en donde se asienta esta cultura, sino al mundo entero, pues es parte de una historia colectiva, de un pueblo y por lo tanto el patrimonio de esa nación.

1.8. Derecho a la Propiedad Comunitaria

Anaya (2005)⁹, menciona que el Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe:

- a. Deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades;
- b. Abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; y,
- c. A su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros. (pág. 26).

⁸ Macpherson, E. (2019). *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lesson from Comparative Experience*. New York: Cambridge University Press

⁹ Anaya, S. (2005). *Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio*. Madrid: Trotta

Los derechos territoriales reclamados durante años por los pueblos y comunidades indígenas, se encuentran consagrados en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y son los Estados quienes están llamados no solo a reconocerlos, sino también, a protegerlos y prever un mecanismo efectivo, mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias, las que deben cumplir las reglas del debido proceso legal.

Es en sí el artículo 2 de la Convención, que señala a los Estados la obligatoriedad de adaptar su derecho interno, para que estos mecanismos permitan que las comunidades puedan defender sus derechos y ejercer el control efectivo de su territorio, sin ninguna interferencia externa, de esta manera no ser sujetos a una demora irrazonable para una solución definitiva de su reclamo.

Los Estados, deben asegurar además, la participación efectiva de los pueblos o comunidades, de conformidad con sus costumbres y tradiciones y garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio hasta que se realice un estudio previo de impacto ambiental, y, asimismo, que estos beneficios redunden hacia las comunidades indígenas, con ello no solo protegen el territorio, sino que, están incluidos en la toma de decisiones observando en todo momento su progreso y bienestar.

1.9. Derecho de Consulta

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas ocasiones instó a los Estados a promover el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados ante cualquier

decisión susceptible que los afecto de manera directa o indirecta; señalando que los casos en que se trate de proyectos de inversión de gran escala, no sólo se tiene que producir la consulta, sino, que, también se debe lograr el consentimiento de la comunidad involucrada; existiendo casos específicos en donde la Corte IDH, resolvió:

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones” (Caso Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2007)¹⁰.

En relación a estos hechos demandados, la Corte IDH, se amparó en el derecho a la indemnización, reconocido y consagrado en la CADH, artículo 21.2, en razón de que es lógico considerar que los beneficios que se produzcan a raíz de los proyectos de inversión que se lleven a cabo dentro de territorios indígenas, de conservación y protección por parte de los Estados, deben ser compatidos, pues para ejecutar estos proyectos se les está privando de su territorio a las comunidades con su consecuente resultado de privarlos de su derecho a la propiedad, afectando su uso y goce de los recursos naturales de los cuales disponen para su supervivencia y subsistencia.

Iguales efectos tuvo la decisión emitida por la Corte IDH, en el caso de la comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras (2015)¹¹:

Para todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción en territorios tradicionales de comunidades indígenas o tribales, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que

¹⁰ Corte IDH. (2007). *Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre.

¹¹ Corte IDH. (2015). *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 08 de octubre.

garantice su derecho a la consulta; ii) realizar un estudio previo de impacto ambiental y social; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales. (pág. 134).

Entre sus señalamientos tanto la CIDH como la Corte IDH, han indicado que, su interpretación de la norma es explícita, en tanto y en cuanto, los Estados deben de consultar de manera obligatoria convencional, esto como uno de los principios generales del derecho internacional; pues es un expreso cumplimiento, y debe de estar normada y legislada dentro de cada gobierno, ya que se los insta a que cuenten con mecanismos adecuados y efectos que garanticen los procesos de consulta, sin que esto esté precisamente en la ley.

1.10. Derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran adentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído

La posesión de los recursos naturales fue tratada, en detalle, tanto por la CIDH como por la Corte IDH, en donde se determinó si los miembros de la comunidad reclamante tenían derecho a usar y gozar de los recursos naturales sobre y bajo la superficie del territorio que tradicionalmente ocupaban. En función de esa respuesta, el tribunal debía también definir si el Estado tenía el derecho a imponer restricciones a ese derecho de propiedad sobre los recursos naturales, y a otorgar concesiones para la explotación de los mismos.

La CIDH limita el derecho de propiedad indígena sobre los recursos naturales solo para aquellos que resulten necesarios para la supervivencia del pueblo, sin embargo, reconoció que la extracción de un recurso natural que pudiera interpretarse como no necesario para la supervivencia del pueblo indígena, podría afectar el uso y el goce de

aquellos recursos que sí son necesarios, por ello, cada vez que los Estados decidan imponer restricciones al derecho de propiedad indígena que limiten el uso y goce de los recursos dentro de su territorio, éstas deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) hayan sido previamente establecidas por Ley;
- b) sean necesarias;
- c) proporcionales
- d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (Caso Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2007)¹².

1.11. Obligación de los Estados de adecuar la normativa interna

La CIDH ha determinado en base al Artículo N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que los Estados tienen la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. En este sentido, corresponde a los Estados instituir procedimientos adecuados para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados (Caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2005)¹³

En relación a lo indicado son los Estados quienes están en obligación de establecer un reglamento para los procesos de consulta previa; en estos se debe de señalar el objeto de

¹² Corte IDH. (2007). *Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre.

¹³ Corte IDH. (2005). *Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio. Serie C.N° 124.

la consulta, el momento en que debe realizarse, quienes son los sujetos a intervenir, sus fases de actividad o de desarrollo, mediante resoluciones formalizar la planificación, proceso y la consulta, así como también las compensaciones por los perjuicios socio-ambientales que lleguen a causar en el desarrollo de las actividades, sean estas mineras, de petróleo, etc.

1.12. Realización de estudios de impacto ambiental

Los organismos internacionales, han reconocido la obligación que tienen todos los Estados, en el momento de planificar y proceder a realizar proyectos en los que se encuentren implicados territorios que van a ser intervenidos para efectos de cualquier tipo de explotación, realizar estudios de impacto ambiental y social, mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes, todo ello previo al otorgamiento de concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión.

Pues corresponde, justamente a los Estados, implementar todas las medidas y mecanismos adecuados con la finalidad de que en el caso de existir algún tipo de perjuicio, estos puedan ser minimizados en el menor rango, ya que se corren muchos riesgos y se pone en peligro no solo la flora y la fauna, que en los países latinoamericanos es muy rica y diversa, sino que también afecta la supervivencia cultural, social y económica de los pueblos indígenas.

1.13. Aplicación del control de convencionalidad

La Corte IDH, ha reconocido que los Estados se encuentran sujetos al imperio de la ley, que en razón de ello, los tribunales internos deben aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, señalando:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (CIDH, 2010, párr. 311)¹⁴.

En este caso, la CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que una disposición interna no sea un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de una comunidad.

¹⁴ Corte IDH. (2010). *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto. , (2010).

2. CASO DEL PENAL MIGUEL CASTRO CASTRO vs. PERÚ

2.1. Antecedentes

2.1.1. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat

Argentina, una vez que retorno a la democracia en el año 1984, las comunidades del Chaco Salteño, que son aldeas compuestas por comunidades y pueblos dedicados a la pesca, caza y recolección realizaron al gobierno varias reclamaciones sobre la titularidad de sus tierras que históricamente son de su uso tradicional; tierras ubicadas en la provincia de Salta, Departamento de Rivadavia, las cuales estaban registradas y signadas con los nombres de Lotes Fiscales 55 y 14.

El Gobierno argentino inicialmente les presentó un proyecto a los que estos pueblos y comunidades rechazaron pues lo que se les proponía era urbanizar estos lotes y posteriormente se los entregarían como lotes rurales a cada comunidad; dándose por parte de los pueblos reclamentes intensas manifestaciones con la finalidad de presionar al gobierno en su decisión, posteriormene le presentaron un pedido formal, en el que mediante un mapa de Topónimos le demostraban a los funcionarios del Estado el área geográfica que era ocupada por todos estos pueblos, así como también, señalaron la necesidad que tenían de poseer el título único de toda esa superficie.

El Gobierno de Salta en el año 1991, mediante Decreto 2609, se compromete con las comunidades a entregar el título único sobre toda la extensión que reclamaban, así como de efectivizar la entrega sin realizar las supuestas sub divisiones internas, pues la idea era de lograr la preservación de esta área considerada desde hace mucho tiempo como área de uso tradicional, para ello se expediría el título único de propiedad a nombre de todas las comunidades reclamantes.

Es por esta decisión que las comunidades debieron de organizarse, optando por conformar la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, que en idioma Wichí significa “Nuestra Tierra”; este logro de personería jurídica les ayudaba a su propósito de obtener el título único, pues estaban legalmente conformados como Asociación Civil, aunque el Estado Argentino a esas fechas no reconocía la personería jurídica de las comunidades indígenas.

El Gobierno Provincial de Salta, entre los años 1993 y 1995, logró conformar una Comisión Asesora Honoraria, la que estuvo integrada por funcionarios de este mismo gobierno y sus asesores, Desde el retorno a la democracia en 1984, varias aldeas de pueblos cazadores recolectores y pescadores, que habitan en el Chaco Salteño, reclamaban al Gobierno Argentino que se titulen sus tierras de uso tradicional; estas tierras se encuentran ubicadas en el departamento Rivadavia de la provincia de Salta, registradas como Lotes fiscales 55 y 14.

Las comunidades en un primer momento rechazaron un proyecto del gobierno que proponía la urbanización de las comunidades y la entrega de lotes rurales para cada una;

luego de intensas presiones y de un pedido formal que hicieran al gobierno demostrando con un mapa de topónimos el área geográfica que ocupan y su necesidad de contar con un título único sobre esa superficie, en 1991 el Gobierno salteño se comprometió mediante el Decreto 2609 a efectivizar la entrega de una superficie sin subdivisiones internas, para preservar el área de uso tradicional, bajo un título único de propiedad a nombre de todas las comunidades.

Por tal motivo, las comunidades se organizaron como Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat que en idioma wichí significa “Nuestra Tierra”. Obtuvieron su personería jurídica como Asociación Civil debido a que en ese momento Argentina no había reconocido aún la personería jurídica de las comunidades indígenas.

Entre 1993 y 1995 se reunió para conformar una Comisión Asesora Honoraria integrada por el Gobierno Provincial, Lhaka Honhat y sus asesores, las Universidades Nacional y Católica de Salta y familias criollas también afectadas, quienes examinaron el tema y recomendaron la forma adecuada de concretar la entrega de las tierras además de representantes de las Universidades Nacionales, Católicas de Salta y las familias criollas afectadas; todos ellos reunidos con la finalidad de poder examinar el tema y el problema, para poder emitir la recomendación al Gobierno, sobre la forma de poder concretar las la entrega de las tierras. (Carrasco & Zimmerman, 2006)¹⁵

¹⁵ Carrasco, Morita; Zimmerman, Silvina. (2006). *Argentina: El Caso Lhaka Honhat*. WGIA - Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. Buenos Aires, Argentina.

2.2. Presentación de la denuncia ante la CIDH

Lhaka Honhat es una Asociación de Comunidades Indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), ubicados cerca de la frontera con Bolivia y Paraguay, en la provincia de Salta, esta asociación fue constituida con el fin de aglutinar la demanda por un título colectivo sobre un territorio ancestral reconocido por el Gobierno Federal de Argentina, signados como Lotes 14 y 55.

El caso Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), en su calidad de pueblos indígenas argentinos, constituido por comunidades indígenas pertenecientes a diferentes grupos étnicos, grupos en los que conviven entre 6.000 y 7.000 personas, en 132 comunidades indígenas. En el año 1991 presentaron ante las autoridades de la República Argentina la solicitud inicial de titulación para el acceso a un título efectivo de propiedad sobre su territorio ancestral, suscribiéndose un Acta entre las comunidades indígenas y el Director General de Adjudicaciones de Tierras Fiscales de la Provincia de Salta, con las condiciones para la adjudicación de los territorios.

El 17 de septiembre de 1992 las comunidades se organizaron como Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, según Resolución Ministerial No. 449 del 9/12/92, adoptando una forma organizativa del derecho civil ya que el ordenamiento legal argentino no contempla ninguna figura legal que se adecue a su forma de vida.

Con fecha 28 de julio de 1991, Lhaka Honhat presentó al Gobierno de la Provincia de Salta un reclamo administrativo solicitando el título de propiedad de la tierra, en el pedido se reflejaba la importancia de la tierra comunitaria para las comunidades, que decía textualmente:

Lo fundamental para nuestro pedido son los mapas en los cuales mostramos todos los lugares, con sus nombres en nuestros idiomas, que son importantes para nosotros. Son importantes porque son lugares donde vivimos o donde hemos vivido; son lugares donde recorremos para aprovechar los bienes que encontramos en ellos; también son lugares que nos hablan de nuestra historia. Los nombres tienen su significado -nos hablan de las plantas, de los animales, de los suelos, de las aguas o de algo que ocurrió en el lugar

Posteriormente se creó una Comisión Asesora para establecer la metodología para la entrega de tierras, que recomendó el traspaso de “la tierra respetando las “áreas de recorrido” de las comunidades con asentamientos en ambos lotes, de forma comunitaria, sin subdivisiones y bajo título único”. Los demandantes insistieron en la adjudicación de las tierras bajo un título único, puesto que consideran que: “la unidad de las tierras es la única manera en que puede respetarse “las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”.

De acuerdo con el artículo 75 núm. 17 inciso 2, de la Constitución de la Nación Argentina, le correspondía al Congreso de Argentina, entre sus atribuciones, la de reconocer la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas argentinos, sin embargo, los demandantes insistieron en que la interpretación del término “comunitaria” se efectúe de acuerdo a las pautas culturales de los pueblos indígenas.

Pero la entrega nunca se concretó, en primer lugar porque el gobierno provincial, sin tomar en cuenta los antecedentes del reclamo y el compromiso asumido resolvió iniciar la construcción de un puente internacional sobre el río Pilcomayo, límite natural entre Argentina, Paraguay y Bolivia, que tiene su cabecera en una de las comunidades. Este puente formaba parte del mega-proyecto de integración para el desarrollo del Mercosur que comprendía, la creación de un corredor bioceánico y la construcción de una ruta nacional en el territorio indígena con sus conexiones en Paraguay y Bolivia.

En segundo lugar porque el Estado argentino se mostraba inoperante en cuanto a la aplicación de mecanismos efectivos de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ante ello, la Asociación Lhaka Honhat interpuso una acción de amparo a fin de que se ordenara la inmediata suspensión de las obras de construcción del puente y se realizaron los estudios de impacto ambiental y social, conformándose una Comisión para el efecto.

Se expidió el Decreto N° 3097 de octubre del año 1995, que se basó en los estudios de la mencionada comisión, y en donde el Poder Ejecutivo Provincial volvió a proponer la adjudicación a las comunidades indígenas de una superficie única y sin subdivisiones de 240.000 hectáreas. En 1996 vencido holgadamente el plazo previsto para hacer efectiva la entrega de las tierras, las comunidades realizaron una toma pacífica del puente en construcción que culminó, luego de 23 días, con un nuevo compromiso de las autoridades provinciales, que fue firmado por el Ministro de Gobierno; en el Acta se acordó la fijación con un plazo de 90 días para hacer efectiva la entrega del título, pero este acuerdo nunca se cumplió.

Mientras tanto la destrucción del ambiente se agravaba por la tala indiscriminada de madera del monte nativo, la destrucción de recursos naturales como vegetación, aguas naturales, etc. por efectos del vagabundeo del ganado vacuno. Agotadas las instancias judiciales internas Lhaka Honhat acudió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en procura de justicia.

El punto central del litigio no era establecer a quién pertenecía el territorio, pues Argentina ya lo había reconocido como indígena, sino determinar si el Estado había hecho lo suficiente para respetar y garantizar el derecho de las comunidades de disfrutar la propiedad colectiva sobre sus tierras ancestrales, a diferencia de casos anteriores relacionados con la extracción de recursos naturales, reservas forestales u otros emprendimientos estatales o privados en territorios indígenas.

El caso Lhaka Honhat presenta una mayor complejidad, en tanto abarca la presencia de campesinos “criollos” en tierras reivindicadas por comunidades indígenas; algunos de los cuales son considerados como pobladores rurales en situación de vulnerabilidad. Son estas consideraciones inobservadas por el Estado argentino que provoca el reclamo ante las instancias internacionales.

El 4 de agosto de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió la petición inicial presentada por la Asociación de Comunidades Indígenas Lhaka Honhat por violación de derechos en contra de la República Argentina, señalándose como los hechos que motivaron la denuncia la construcción de un puente internacional y obras de infraestructura, dentro del proyecto de integración de Argentina al MERCOSUR, que

desplazarían a los pueblos indígenas de sus territorios, lo que amenazaría “la base de su subsistencia al cortarse las áreas de recorrido de caza y recolección que van desde el río Pilcomayo hasta el monte”. Esta decisión la tomaron en consideración de la falta de respuesta del Estado, tanto federal como provincial.

2.3. Análisis: Informe de Fondo - Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llevó a efecto conversaciones entre los delegados de la Comunidad Lhaka Honhat y el Estado argentino, dándose inicio en noviembre del año 2000, procesos de dialogo con la finalidad de llegar a una solución amistosa; en ellos ambas partes convinieron poner fin al proceso y se acordó que le Estado argentino otorgara el Título Único de Propiedad Comunitaria de las tierras, además, el Estado debería realizar estudios de impacto socio ambiental, con la correspondiente consulta a las comunidades, todo esto en relación a las obras que se habían iniciado en este territorio indígena.

El inicio de este proceso de solución amistosa fue posible en atención a que el Estado nacional se comprometió formalmente, en la reunión mantenida en la Ciudad de Buenos Aires, con la presencia del comisionado de Derechos Humanos, comprometiéndose a paralizar las obras que se estaban ejecutando, pues esto en sí era el objeto del reclamo, así como detener las entregas parciales de las tierras, proceso al cual también se negaban a que se prosiguiera.

Las comunidades convinieron en iniciar este proceso siempre y cuando el Estado argentino se comprometiera formalmente a paralizar las obras y a no efectuar ninguna medida que pudiera atentar contra la integridad del territorio indígena reclamado. A partir de la asunción de tales compromisos se llevaron a cabo varias reuniones entre las partes y en el año 2002 se constituyó un Grupo de Trabajo Técnico integrado por los peticionarios, el Estado nacional y el gobierno de la provincia de Salta. Considerando que las familias criollas debían obtener una solución al problema territorial, a la par de los indígenas, Lhaka Honhat aceptó constituir una “Mesa Ampliada” de negociación integrada por órganos del Estado Nacional, provincial, los peticionarios y representantes de las familias criollas con sus respectivos asesores.

Entre los años 2002 y 2005 tanto el Grupo de Trabajo como los integrantes de la Mesa Ampliada prepararon información técnica, intercambiaron puntos de vista, contrajeron obligaciones sobre diversas cuestiones y fueron alcanzando distintos acuerdos con miras a concretar los compromisos asumidos ante la Comisión Interamericana. Durante esos años, pese a los compromisos que se iban asumiendo en la Mesa Ampliada, las comunidades debieron denunciar reiteradamente que en el territorio reclamado continuaban las intrusiones: tala indiscriminada e ilegal del bosque nativo, tendido de alambrados, oferta de tierras en forma individual, amojonamiento de parcelas, construcción de viviendas, mejoramiento de rutas, extendido de servicios públicos, tendido de líneas sísmicas para exploración de hidrocarburos.

Estas acciones eran y son realizadas por funcionarios estatales o por particulares con el consentimiento y/o tolerancia del Estado. Los representantes indígenas denunciaron

también acciones deliberadas del gobierno provincial para dividir y debilitar a las comunidades³. Este tipo de hechos puso y pone sistemáticamente en riesgo la convivencia social ya que se generan altercados violentos entre los pobladores; se provocan divisiones dentro de las comunidades; se persigue verbalmente a los integrantes de Lhaka Honhat y a los asesores técnicos; se dan argumentos xenófobos contra los asesores técnicos de Lhaka Honhat por su origen nacional (inglés) y su credo (anglicano). En definitiva, se produjeron un conjunto de actitudes que pusieron en peligro no sólo la integridad del territorio, sino también la integridad física de los pobladores.

En el marco del proceso de negociación internacional, en la reunión de trabajo celebrada en la sede de la CIDH el 5 de marzo de 2004, se acordó que, en un plazo no mayor a cinco meses desde la presentación de los informes técnicos, que fueron concluidos y presentados el 22 de octubre de 2004, ante el requerimiento del Estado argentino, el Grupo de Trabajo debía presentar un avance sobre la propuesta técnica para la entrega de los títulos de tierras.

También se resolvió que dicha propuesta debía ser aprobada por los peticionarios, el Estado provincial y el Estado nacional y que una vez acordada se prepararía el proyecto que pondría fin al proceso de solución amistosa. Asimismo en esa misma acta se resolvió que, en idéntico plazo, los peticionarios, el Estado provincial y el Estado nacional deberían acordar y presentar una fórmula que contemplara los derechos de las comunidades indígenas a recibir el título de las tierras en propiedad comunitaria, de modo de concretar definitivamente su entrega.

La provincia de Salta, por su parte, confirmó su compromiso de no realizar mensuras ni entregas parciales de tierra en los términos suscriptos en las actas anteriores. Durante el año 2004 se celebraron varias reuniones de la Mesa Ampliada. La provincia de Salta elaboró un documento proponiendo una serie de criterios a tener en cuenta para la elaboración de la propuesta definitiva. Este documento fue remitido a los peticionarios por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto el 22 de diciembre de 2004.

El 26 de enero de 2005, los peticionarios remitieron sus observaciones a los criterios presentados por la provincia, con el fin de que, mediante este intercambio, se pudiera, finalmente, arribar a un acuerdo que cristalizara el objeto del proceso iniciado en sede internacional.

El 2 de marzo, en la reunión de trabajo que se realizó en la sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la provincia de Salta hizo entrega de la “Propuesta de entrega de tierras objeto del presente proceso”. Al respecto, se acordó un plazo de 30 días para que tanto los peticionarios como los órganos competentes del Estado nacional comuniquen su posición al gobierno provincial. Para sorpresa de los peticionarios, en dicha reunión, se presentó el fiscal de Estado de la provincia de Salta, Rodolfo J. Urtubey, quien manifestó asistir en nombre del gobierno provincial, con el fin de dejar en claro la voluntad de la provincia de someter al mecanismo de la consulta popular las medidas a adoptar en la zona a la cual se refieren las reclamaciones de Lhaka Honhat.

Con fecha 16 de marzo los peticionarios solicitaron una prórroga de 30 días para comunicar su posición sobre la propuesta salteña debido a que, cuestiones de índole

climática, impedían que se lleve a cabo la asamblea de caciques, único ámbito legítimo para adoptar decisiones. Esta prórroga fue concedida por la CIDH el día 22 de marzo, la que a su vez otorgó idéntico plazo para que los órganos del gobierno nacional fijaran su posición.

El 18 de abril de 2005, antes del vencimiento del plazo otorgado por la CIDH, Lhaka Honhat recibió, por intermedio de la Cancillería, una nota enviada por el fiscal de Estado, cuyo contenido significó la ruptura del proceso internacional pues la provincia comunicó su decisión de no participar más de ninguna reunión y someter a un referéndum popular ilegal, el destino de los lotes 55 y 14.

Así, la provincia resolvió terminar unilateralmente con el proceso de diálogo y constituirse ella, por sí sola, como el órgano habilitado para disponer cuáles serán los mecanismos y medidas a partir de las cuales se resolverá la entrega de las tierras indígenas. Los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la provincia de Salta, en tiempo récord, convocaron a un referéndum vinculante para el día 23 de octubre junto con las elecciones que renovaron las autoridades legislativas nacionales.

La ley que convocaba al referéndum previó, señalaba que todos los habitantes del departamento de Rivadavia, aproximadamente 27.370 personas según el censo 2001, la mayoría de las cuales ni siquiera habitaban estas tierras en conflicto, se expidieran sobre el derecho humano a la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas, alrededor de 6.000 personas.

Reunidos en asamblea, los caciques que integran el Consejo General de Caciques de Lhaka Honhat resolvieron rechazar por unanimidad el referéndum e iniciar distintas acciones legales para frenarlo, considerando esta gravísima situación, Lhaka Honhat presentó un pedido de medidas cautelares ante la CIDH y una acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se solicitó la suspensión del referéndum.

Como contrapartida, el gobierno de la provincia de Salta emprendió una agresiva campaña en contra de la organización indígena y a favor del referéndum. La solicitud de medidas cautelares resultó en un pedido de informes al Estado Nacional en el que se advirtió sobre el peligro del referéndum.

La Comisión Interamericana le manifestó al Estado argentino su preocupación por el referéndum en tanto, al tener el mismo objeto que el proceso que se siguió durante seis años ante este órgano internacional, pone en riesgo la eventual implementación de una decisión que pudieren adoptar tanto la Comisión como la Corte Interamericanas.

La CIDH le advirtió también al Estado que en caso de fracasar el diálogo presentaría la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte, la acción originaria declarativa de certeza presentada directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por treinta caciques, con el patrocinio del CELS, fue resuelta desfavorablemente el 28 de septiembre de 2005 a raíz de una cuestión de incompetencia.

Adicionalmente, en un intento de desvirtuar la intervención de la Corte Suprema en el asunto y deslegitimar a las comunidades indígenas que procuran defender sus territorios

tradicionales, el gobierno recurrió a diversas acciones ante la justicia salteña. Por un lado, como se adelantó, realizó una presentación en una causa que se encuentra en conocimiento del Tribunal Superior de Salta, luego de que la sentencia de este tribunal fuera revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicitando que se declare abstracta aquella decisión del máximo tribunal en virtud del referéndum.

Por otro lado, el gobierno salteño promovió la presentación de una acción de amparo, a través de un cacique de una comunidad ajena al conflicto de los lotes 55 y 14, que fue acogida favorablemente por la justicia salteña, la que en tan sólo unos días condenó a Lhaka Honhat a abstenerse “de realizar acciones tendientes a entorpecer por cualquier vía, el derecho a sufragar en el referéndum convocado para el día 23 de octubre de 2005”.

Al mismo tiempo, la provincia de Salta, intentó dividir a las comunidades indígenas, debilitarlas y deslegitimar la representatividad de Lhaka Honhat a través de una agresiva campaña de prensa y mediante actividades de proselitismo en la zona de asentamiento de las comunidades. Por su parte, la campaña mediática contra Lhaka Honhat y sus asesores abarcó numerosas notas de prensa publicadas en el diario local El Tribuno.

La campaña proselitista se realizó con funcionarios del poder ejecutivo y empleados indígenas de la provincia profiriendo agravios en contra de Lhaka Honhat y sus asesores técnicos y legales en la misma zona de conflicto. El 21 de Octubre de 2006 durante su 126º período ordinario de sesiones, la CIDH examinó la petición formulada por Lhaka Honhat y aprobó el Informe sobre Admisibilidad N°78/06 y dio a las partes un plazo de dos meses a partir de la transmisión del Informe para que presente sus observaciones adicionales sobre

el fondo, poniéndose a disposición de las mismas para que se busque una solución amistosa al asunto. En primer lugar, el Informe de la CIDH realiza un pormenorizado resumen de los hechos desde el 4 de agosto de 1998, cuando la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat presentó una denuncia a la Comisión Interamericana por la violación de sus derechos humanos como pueblos indígenas en contra de la República Argentina, por el perjuicio sufrido por las comunidades que la conforman.

La CIDH concluyó que el caso era admisible y reunía los requisitos previstos en el artículo 46 y 47 de la Convención Americana. Esto es: que las comunidades indígenas habían acudido a la justicia del Estado en que se encuentran, que han interpuesto todos los recursos legales previstos internamente para la defensa de sus derechos. Representantes de Lhaka Honhat con Madres y Abuelas de Plaza de Mayo frente a la Casa de Gobierno, aguardando ser recibidos por el Presidente de la Nación.

Comprobándose que todos estos recursos se habían agotado. De este modo la Comisión decidió:

1. Declarar admisible la petición en cuanto se refiere a las presuntas violaciones de los derechos protegidos en los artículos 8(1), 13 en conexión con el 23, 21 y 25 reconocidos en la Convención Americana, en relación con las obligaciones consagradas en los artículos 1 y 2 de dicho instrumento.
2. Notificar esta decisión a las partes.
3. Proceder con el análisis del fondo de la petición
4. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual para la Asamblea General de la OEA.

La Comisión solicitó a la Corte IDH, que establezca las siguientes medidas de reparación:

1. El Estado debe concluir el proceso llevado a cabo respecto de los Lotes Fiscales 14 y 55, teniendo en cuenta los estándares interamericanos señalados en el informe de fondo. Las modalidades específicas del cumplimiento de las medidas de reparación, deberán ser determinadas a lo largo del trámite ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en función de los avances logrados hasta el momento y los que pudieran continuar materializándose en el futuro.
2. Otorgar reparaciones por las violaciones al derecho a la propiedad territorial y al acceso a la información derivadas del desarrollo de obras públicas sin llevar a cabo consultas previas ni estudios de impacto ambiental, y sin otorgar a las comunidades los beneficios derivados de las mismas.
3. Asegurar que en la demarcación del territorio y la aprobación de cualquier futura obra pública o concesión que se realice en tierras ancestrales, el Estado lleve a cabo consultas previas informadas, estudios de impacto ambiental y otorgue los beneficios derivados, de conformidad con los estándares interamericanos.
4. La necesidad de obtención de restitución plena a las comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos, así como de las medidas de reparación adicionales que sean aplicables.

La Comisión destacó que el presente caso involucra cuestiones de orden público interamericano, específicamente, el caso permite a la Corte profundizar en su jurisprudencia en materia de derechos de los pueblos indígenas en una multiplicidad de aspectos que incluyen los procesos de titulación y reconocimiento formal de su territorio ancestral, la implementación de las normas que reconocen derechos a favor de los pueblos indígenas y el uso y goce efectivo de las tierras, territorios y recursos naturales, en situaciones de ocupación total o parcial por parte de colonos. Además, en cuanto a las obligaciones estatales frente a la realización de obras públicas o concesiones de proyectos que pueda afectar las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas. Por último, en cuanto a las obligaciones estatales para evitar la deforestación y tala en tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas

2.4. Análisis: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 6 de febrero del 2020, el Tribunal de derechos humanos de las Américas se pronunció en el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. En la sentencia se ordena al Estado adoptar y concluir las acciones necesarias para delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo que reconozca la propiedad de su territorio en favor de las 132 comunidades indígenas víctimas del caso, respecto de 400.000 hectáreas de tierra en el Departamento de Rivadavia, en la Provincia argentina de Salta. Se trata, además, de un precedente de la mayor importancia en cuanto a los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas.

Cabe indicar que las Naciones Unidas adoptó el Convenio 169 sobre los Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales por la OIT (1989), dejando obsoleto el enfoque asimilacionista que tenía el Convenio 107 (1957); se concedieron mandatos para la creación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 1985 (adoptado en 2007); se dio el nombramiento en 2001 del Relator Especial en la materia, así como la instalación del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 2007; llegando a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007.

En el Sistema Interamericano, la Comisión, además de pronunciamientos y resoluciones, creó la Relatoría para los Pueblos Indígenas en 1990, lo cual permitió, mediante informes temáticos, visibilizar la agenda indígena, adoptándose en 2016 la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el seno de la OEA,

la cual se venía elaborando y discutiendo desde 1989. Es en este contexto, que la Corte IDH, como tribunal internacional de aplicación e interpretación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, tuvo sus primeros pronunciamientos sobre esta temática en los años noventa.

En ese *leading case*, la Corte IDH realizó tres pioneras aportaciones. En primer lugar, mediante una interpretación evolutiva de la referida norma convencional, reconoció otras formas de “propiedad” como la “comunal”. En segundo lugar, entendió que para los miembros pertenecientes a los pueblos y 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. En tercer lugar, consideró que los pueblos tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios ya que existen “lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades con su territorio”.

Con base en este precedente, la Corte IDH ha venido consolidando su jurisprudencia en materia de la propiedad comunitaria indígena, haciendo alusión a la especial relación que los pueblos y comunidades tienen con sus tierras, territorios y recursos naturales. De esta manera ha ido ampliando su jurisprudencia sobre las obligaciones para la protección de la tierra y de los bienes, lo que comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.

En ese sentido, la jurisprudencia interamericana ha desarrollado las obligaciones estatales de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento, cuando los pueblos han

sido despojados o no gozan de manera plena de su propiedad comunal. También ha desarrollado la obligación de consulta previa, libre e informada, cuando se han analizado proyectos de desarrollo dentro del territorio indígena o tribal.

Para poder reinterpretar el artículo 21 del Pacto de San José, la Corte IDH ha recurrido al Convenio 169 de la OIT como *lex specialis* en la materia, así como a las Declaraciones, Universal y Americana, sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Además, cabe destacar que ha existido un importante ejercicio sinérgico entre la Convención Americana y las Constituciones nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, así como con la jurisprudencia de las Altas Cortes nacionales (especialmente de los tribunales, cortes y salas constitucionales), produciendo diálogos jurisprudenciales virtuosos que han contribuido al fortalecimiento de los derechos indígenas.

Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH también ha contribuido a visibilizar la situación de vulnerabilidad en el que se encuentra la población indígena, que aproximadamente se calcula en 45 millones y más de 800 pueblos, según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La jurisprudencia interamericana en esta materia comprende diferentes temáticas, entre las que destacan ejecuciones extrajudiciales, masacres, desapariciones forzadas, desplazamientos forzados internos, violación sexual de mujeres indígenas, participación política, reconocimiento de personalidad jurídica, discriminación de facto, condiciones de vida digna, medio ambiente, identidad cultural, uso de idioma, sepultura conforme a sus costumbres, además de los derechos vinculados con la propiedad territorial.

La sentencia del caso Lhaka Honhat abona a esta línea jurisprudencial resultando novedosa en dos aspectos fundamentales. Primero, se hizo una distinción implícita entre “tierra” y “territorio”. Segundo, se realizó una protección diferenciada del territorio mediante el artículo 26 de la Convención Americana, declarando y dotando de contenido, por primera vez en un caso contencioso, a los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural, este último, como una proyección del derecho a participar en la vida cultural.

En cuanto al primer aspecto, una de las limitaciones que se tenían en esta materia era que se circunscribía la violación de derechos inmersos en el territorio, como el agua, dentro del concepto de “tierra”, es decir, dentro de un concepto de producción. Si bien la Corte IDH ya había indicado que dentro del concepto de tierras se debe entender comprendido también el de territorios, esta subsunción de conceptos implicaba que cuando se determinaba la responsabilidad internacional, las reparaciones quedaban acotadas a la restitución de la “tierra” o bien se encontraban dirigidas a subsanar posibles falencias dentro de los procesos de consulta previa.

En el caso Lhaka Honhat, la Corte IDH concluyó la violación del “derecho de propiedad” contenido en el artículo 21 del Pacto de San José, debido a que no se había garantizado de manera suficiente el derecho a la propiedad comunal debido a que el Estado no contaba con mecanismos adecuados de titulación y demarcación, es decir, no se garantizó el “derecho a las tierras comunales”.

Por lo que hace al segundo aspecto, relacionado con la protección de los derechos sociales, culturales y ambientales del territorio mediante el artículo 26 del Pacto de San José, la Corte IDH desagregó los componentes que anteriormente subsumía en “la propiedad comunal”, para dotarlos de contenido e individualizar las violaciones a dichos derechos.

La necesidad de la violación autónoma de los derechos sociales, culturales y ambientales involucrados fue expresamente solicitada por los representantes de las víctimas en su demanda ante la Corte IDH, invocando los precedentes del tribunal sobre la materia, respecto a los derechos laborales, a la salud, al medio ambiente y a la seguridad social. En el mismo sentido se destacan los aportes de los numerosos escritos de amicus curiae presentados en el caso, algunos de ellos vinculando esta justiciabilidad con la Agenda 2030 de la ONU y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Así, en el caso Lhaka Honhat ya existían una serie de precedentes relevantes que avalaban el análisis diferenciado de los derechos civiles y políticos respecto de los DESCAs. En este sentido, la sentencia identificó que hay ciertos derechos que, si bien están relacionados con la “tierra”, en realidad cobran más sentido dentro de lo que comprende el concepto de “territorio” conforme a la cosmovisión de los pueblos indígenas.

De esta manera, derechos como participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua podrían ser justiciables de manera directa a la luz del artículo 26 del Pacto de San José. La Corte IDH constató mediante la prueba documental y la visita in situ, que el territorio ancestral

de esas comunidades había sufrido tala ilegal de bosques, que el ganado de población “criolla” habían afectado los sistemas de consumo alimenticio tradicional, que el agua había sido contaminada por heces del ganado y que existían alambrados que impedían a los miembros de las comunidades acceder a afluentes acuíferos.

La distinción que hace la Corte IDH en este caso es de fundamental importancia ya que, por un lado, analiza de manera detallada cómo los hechos del caso se relacionan con la violación de los derechos sociales, culturales y ambientales referidos, así como el impacto que se tiene desde una visión indígena, lo que abona al entendimiento de los derechos de manera integral, interdependiente y conglobada. Por otro, contribuyó a que las medidas de reparación ordenadas se enfocaran en tratar de restituir la afectación particular que dichos derechos habían sufrido.

Por ejemplo, se ordenó la identificación de situaciones críticas de falta de acceso al agua o a la alimentación y que el Estado formule un plan de acción con las medidas a realizarse para mitigar tales situaciones. Cabe especificar que en la sentencia se dispuso una serie de objetivos concretos que dicho plan debe abarcar. Además, es de destacar el fondo de desarrollo comunitario, que si bien no es el primer caso donde se ordena, si fue novedoso al indicar que tiene como objetivo reparar “la identidad indígena”.

Para ello, la Corte IDH ordenó que sea “destinado a acciones dirigidas a la recuperación de la cultura indígena, incluyendo entre sus objetivos, sin perjuicio de otros posibles, el desarrollo de programas atinentes a seguridad alimentaria y documentación,

enseñanza o difusión de la historia de las tradiciones de las comunidades indígenas víctimas”.

De esta forma, la Corte IDH no sólo declaró la violación autónoma, dotando de contenido, a los derechos a participar en la vida cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, sino que además abordó, la verdadera magnitud de las violaciones que sufren los miembros pertenecientes a estos pueblos y comunidades, al considerar a éstos como sujetos colectivos de derechos cuando no pueden disponer y usar de manera plena tanto la tierra como los elementos inmersos en el territorio, como son los recursos naturales, que, en conjunto, constituye una visión holística a la protección de sus derechos.

3. CONCLUSIONES.

Del análisis realizado, a este proceso de relevancia internacional, se puede afirmar que la proclamación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, relegados por siglos en el mundo surge a partir de planteos sobre los derechos humanos en el plano internacional. Es la OIT la precursora que comienza a definir derechos que no habían sido reconocidos con anterioridad.

Es decir a partir de éste reconocimiento histórico internacional, los países miembros de esta organización comienzan a modificar su legislación y crear nuevas leyes, lo cual permitió cristalizar en sus ordenamientos internos los derechos proclamados, entre los cuales se halla el derecho a la tierra, tema de éste trabajo.

La República Argentina como Estado miembro de la OIT, OEA y ONU, todas ellas organizaciones internacionales, que abordaron el tema de los derechos indígenas como se especificó a lo largo de la investigación, incorpora en su Carta Magna el derecho a la propiedad comunitaria indígena, entre otros temas. Sin embargo, tal como se demostró todavía en la actualidad no se ha podido reglamentar en el derecho interno, debido a que entre otras cuestiones la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del referido derecho, si es de carácter privado o público y mientras tanto, ésta laguna legal trae como consecuencias conflictos de diferentes características, entre privados, interjurisdiccionales.

Por lo tanto, para el Estado argentino, todavía queda un camino para recorrer a los fines de lograr una armonización de las normas internas, de acuerdo a los aspectos que se fueron señalando; como también es un asunto pendiente para la agenda argentina la reglamentación de la consulta previa sobre la explotación de los recursos naturales.

El Estado argentino tiene como obligación lograr un consenso con la participación de todos los niveles de gobierno que son parte en la toma de decisiones, siendo también necesaria la participación activa de los pueblos indígenas. Precisamente los destinatarios y principales interesados en el resultado de dichos procesos de cambio.

Como idea conclusoria final, el caso Lhaka Honhat representa un precedente relevante para el Sistema Interamericano, con aportes importantes para el derecho internacional de los derechos humanos. Constituye una respuesta a los injustos procesos de desposesión que los pueblos indígenas y tribales han sufrido de manera sistemática en diversas latitudes del continente americano. No sólo se trata de justicia social, lo cual resulta vital en la región que se perpetúa como la más desigual del mundo, sino de reivindicación de todos y cada uno de los derechos involucrados, atendiendo a la propia cosmovisión y a la simbiosis espiritual que dichos pueblos y comunidades mantienen con su territorio.

4. BIBLIOGRAFÍA

Anaya, S. (2005). *Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio*. Madrid: Trotta.

Bengoa, J. (2009). *¿Una segunda etapa de la Emergencia Indígena en América Latina?*
Obtenido de Cuadernos de Antropología Social: <https://doi.org/ISSN:0327-3776>

Carrasco, M., & Zimmerman, S. (2006). *Argentina: El Caso Lhaka Honhat*. Buenos Aires, Argentina: IWGIA - Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas.

Caso Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 28 de noviembre 2007 (Corte IDH 28 de Noviembre de 2007).

Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 08 de octubre 2015 (Corte IDH 2015).

Caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 15 de junio 2005. Serie C. No. 124 (Corte IDH 15 de Junio de 2005).

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua, Fallo del 31-08-01 (Corte IDH 01 de agosto de 2001).

Kramer, A. M. (2008). *Convenios y Leyes: La retórica políticamente correcta del Estado*. Buenos Aires, Argentina: UBA.

Kymlich, W. (2010). *Ciudadanía Multicultural*. Madrid: Pidos.

Macpherson, E. (2019). *Indigenous Water Rights in Law and Regulation: Lesson from Comparative Experience*. New York: Cambridge University Press.

Rodotá, S. (2014). *El Derecho de tener derechos*. Madrid: Trotta.

Vega, A. M. (2020). *La aplicación del derecho internacional indígena en zonas de explotación hidrocarburífera*. Buenos Aires, Argentina: UNICEN.

Wallerstein, I. (2003). *El capitalismo histórico*. Madrid, España: Siglo XXI.

ANEXO

