

VIDA Y TERRITORIO

**LA JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS ORIGINARIOS,
DESDE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS.**

CRÉDITOS

INVESTIGACIÓN

Cuitlahuac Lina Ramos

EDICIÓN DE TEXTOS

Cuitlahuac Lina Ramos

DISEÑO EDITORIAL

Verónica Chávez Ramírez

FOTOGRAFÍA

Cuitlahuac Lina Ramos

Verónica Chávez Ramírez

El presente trabajo es el resultado de un proceso de investigación realizado en el contexto académico de la Universidad Iberoamericana con el apoyo de Ximena Andión, Miguel Rábago y José Luis Caballero, de quienes se agradece la participación.



E S P A C I O
DERECHOS
O R G A N I Z A C I Ó N

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.

II. DIAGNÓSTICO DE VIOLENCIA.

III. LOS PARADIGMAS SIMBÓLICOS DE LOS PUEBLOS
ORIGINARIOS EN EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS.

IV. ACCESO AL TERRITORIO: SUBSISTENCIA Y EXISTENCIA.

V. UNIDAD ESENCIAL

VI. ACCESO A LA JUSTICIA.

VII. CONCLUSIÓN.

VIDA Y TERRITORIO. LA JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS ORIGINARIOS, DESDE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

I. INTRODUCCIÓN.

Símbolo máximo de propiedad para los pueblos occidentales de espíritu liberal, la tierra es un bien reemplazable marcado por los valores de la mercantilización global, que rige a la “civilidad económica”, y que la define como parte del “capital natural” privatizado en beneficio del mercado¹, de la producción y la explotación de recursos naturales.

En contraste, para los pueblos originarios y tribales en América Latina, parece que el territorio, noción holística de existencia, símbolo de la naturaleza eco-sistémica sustentable, es parte de un sistema de vida incompatible con la privatización y la mercantilización de los recursos naturales²; esto es, asumida como un recurso no intercambiable, como ha sido visto incluso en frentes sociales de defensa de la tierra³, contra el fracking⁴, en alianzas inter-culturales de los pueblos Mayas, Yaquis y Zapotecos⁵, y en esfuerzos de defensa comunitaria como en el caso del pueblo Me’Phaa en el municipio de Malinaltepec enclavado en la Montaña de Guerrero, México⁶.

Las nociones “originarias” de tierra y territorio muestran un relato que a menudo vincula las identidades de los pueblos originarios con la noción de vida; elementos que permiten la existencia de dichos pueblos como “entidad”, al tiempo que significan la cultura, en una relación *profunda y abarcativa* ensanchada generosamente sobre el grupo comunitario y no sobre la individualidad desvinculada⁷ de éste.

El territorio tiene nociones radicalmente distintas entre uno y otro credo, por lo que aquellas diferencias serán apreciadas en el presente artículo, como una manifestación simbólica inscrita en el

marco de la diferenciación hegemónica de las culturas, siendo éste el contexto en el que es posible advertir que la manera de ver una y otra, genera cambios trascendentales en la forma de vida de los pueblos, y representa un factor de dominio histórico de unos sobre otros.

Además de destacar el choque de paradigmas de lo hegemónico y lo contra-hegemónico en el derecho a la propiedad y la tierra, desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “La Corte”; el presente artículo pretende, desde el análisis epistemológico y de la dimensión simbólica del derecho, destacar la forma en que sus paradigmas trilógicos de existencia (tierra-identidad-vida) son violentados, para, a continuación, proponer una forma sensata del uso contra-hegemónico del derecho, desde el discurso emergente de transformación del sistema jurídico dominante, esta vez desde las epistemologías “originarias”⁸ que intentan ser recuperadas por la jurisprudencia de la Corte, como un desafío teórico-normativo, no sin dejar de considerar bajo la *hermenéutica de la sospecha*⁹ que los derechos humanos son, en su forma tradicional, un lenguaje de hegemonía cultural en el entorno global de los pueblos, con su inviolabilidad mítica¹⁰ como paradigma que selecciona y sobrevalora un tipo de conocimiento, mientras suprime el de “los otros”.

Para ello, se abordarán desde un enfoque socio-jurídico y desde la teoría contra-hegemónica, algunos de los conceptos emergidos desde el corolario de lenguajes originarios en el espacio jurisprudencial de la Corte, contrastándolos con el discurso del derecho de los derechos humanos, a fin de incluir los paradigmas de los pueblos originarios

-concepto que deberá entenderse en el sentido de reafirmación y reconocimiento¹¹ dentro del sistema de derechos humanos- a partir de la reconfiguración de las instituciones de derecho occidental, que apunte a un modelo de justicia mestiza ajustada a la forma de auto-organización social originaria, en el marco de las afectaciones causadas por el sistema de derecho, considerado desde un enfoque "Foucaultiano" como un vehículo permanente de relaciones de dominación social¹² que conllevan a la opresión cultural de dichos pueblos.

La propuesta teórica se emprende desde una aproximación al pluralismo jurídico convencionalista, desde el cual el derecho es visto como un sistema que definen las personas en sus prácticas y formas de acción dentro de la sociedad¹³, enfoque que permitiría acercar el derecho occidental a las nociones de los pueblos originarios, como se ha dicho, asumiendo dicha tarea como un gran desafío. Así, nuestra intención es utilizar la teoría contra-hegemónica como lente que resalte los paradigmas originarios ocultos por el telón de la "modernidad" y el "progreso", exhibiendo la dimensión epistemológica emergente de dominio concebida como un *espacio epistemológico creado por las relaciones coloniales y post coloniales*¹⁴.

El desarrollo progresivo de los derechos de los pueblos originarios desde el foro de la Corte -centrado principalmente en la propiedad "colectiva"-, será objeto de análisis, sin soslayar que los rasgos críticos observados en los criterios adoptados en dicho foro, de utilidad para el enfoque contra-hegemónico, han permitido la transformación de dogmas jurídicos enquistados en el imaginario colectivo de occidente, particularmente en la reconfiguración de categorías icónicas en el modelo de pensamiento jurídico predominante, principalmente vinculadas al derecho al territorio, como es la propiedad y la personalidad jurídica.

El sistema normativo occidental y mestizo habría hasta ahora impuesto dichas categorías a los pueblos originarios latinoamericanos, con el rigor de la dimensión individualista. Pero son los derechos

Las concesiones del mundo occidental hacia las sociedades no occidentales, a través de instituciones jurídicas como las sentencias de la Corte, son reales cesiones empujadas en parte por la reivindicación de los derechos originarios.

de los pueblos indígenas los que causaron una ruptura sobre el principio de individualidad, centro del paradigma de derechos humanos elaborado desde el siglo XIV en Europa¹⁵, y es la Corte, la que desde un marco continental introdujo una nueva noción abarcadora del sentido de propiedad, incluso de la personalidad.

Las concesiones del mundo occidental hacia las sociedades no occidentales, a través de instituciones jurídicas como las sentencias de la Corte, son reales cesiones empujadas en parte por la reivindicación de los derechos originarios, aunque debe precisarse que paralelamente, se despliegan mecanismos emergentes de control hegemónico que mientras amplían el reconocimiento de derechos, encubren los obstáculos graduales impuestos a las reivindicaciones contra-hegemónicas, como aquellas de los pueblos originarios, particularmente al reconocimiento de los derechos de las mujeres pertenecientes a dichos pueblos, desde el enfoque de género.

Así nos aproximaremos brevemente a figuras como la “consulta previa” y la “compensación”, incluidos los llamados “usos y costumbres”, que constituyen artificios gestados en el seno de la teoría liberal, que operan como válvulas de escape en los conflictos interculturales, al tiempo que serán abordadas las nociones de vida y tierra desde los paradigmas originarios, así como las figuras jurídicas vinculadas a éstas.

Es por mérito del quehacer jurisprudencial de la Corte, que igualmente habremos de destacar sus aciertos en la protección del derecho al territorio, al que en el presente artículo atribuimos la cualidad de “originario”, dada la prevalencia histórica de reconocimiento en el continente; al tiempo que se someterán al rigor analítico, algunos criterios adoptados por esa Corte en rubros que pretenden establecer mejores condiciones de protección de esos derechos.

Tal ejercicio crítico, recreará el puente de comunicación entre algunos de los paradigmas de pensamiento originario, con el sistema jurídico del que la jurisprudencia forma parte, apuntando a vigori-

zar el margen de protección para ese sector, y promover el uso sistemático de la jurisprudencia que los contiene, en los regímenes jurídicos estatales que pretenden organizar normativamente a las sociedades con presencia de poblaciones originarias.

Es en este contexto que cuestionaremos si la Corte ha discernido hasta hoy, las brechas entre paradigmas de lo diverso y lo homogéneo, de lo colectivo frente a lo individual, y si ha integrado una noción holística de acceso a la tierra en el desarrollo jurisprudencial del derecho a la propiedad, a la personalidad colectiva, y a la vida entendida como existencia física y simbólica, desentrañado el sentido de lo que denominamos *unidad esencial*, como nueva categoría de análisis, transitando finalmente hacia la búsqueda de mejores mecanismos de *justiciabilidad*¹⁶ de los derechos originarios, bajo la pretensión de destacar las virtudes epistémicas de la jurisprudencia de la Corte.

A partir de ello, se deducirá un modelo legítimo de *vinculatoriedad* preferencial de su jurisprudencia, en tanto que condición del derecho emancipador en los casos de afectación a los paradigmas originarios, dentro de los sistemas jurídicos de los estados latinoamericanos, y se propondrán los principios desarrollados en dicha jurisprudencia, como unidad epistemológica de la norma jurídica (dimensión dogmática), en acoplamiento con el sistema procedimental de defensa (dimensión pragmática u operativa de los derechos).

II. DIAGNÓSTICO DE VIOLENCIA.

Aunque los casos de derechos de los pueblos originarios resueltos por la Corte no necesariamente son los más representativos en términos de justicia para ese sector, a partir de ellos se han documentado las brechas de desigualdad, así como la historia de exclusión, explotación y despojo de tierras¹⁷. Entre otros factores de violencia en el continente, la Corte documentó el uso social de estereotipos desfavorables a los pueblos Mapuches en Chile, a través de los cuales se desestima la reivindicación de sus tierras¹⁸, mientras que en Paraguay, recabó testimonios de la marginación territorial, social y económica a la que fueron sometidos algunos pueblos originarios, en las llamadas “estancias”, centros de segregación y aislamiento¹⁹, al tiempo que documentó la marginación a la que han sido sometidas las poblaciones tribales afrodescendientes en Colombia, de la región de Urabá Chocoano y Antioqueño²⁰.

En el caso de México, aunque la población indígena representa el 10% de la población²¹, se beneficia únicamente del 9.34% del gasto público total en desarrollo humano, mientras que el resto de la población no indígena, obtiene el restante 90.7% de ese gasto²².

En el marco de medición de la pobreza multidimensional²³, para el año 2008, el 93.9% de la población indígena estaba privada al menos de uno de los derechos llamados “sociales”, y el 64.2% al menos de tres²⁴. Tales porcentajes muestran una distribución de recursos públicos para la satisfacción de necesidades de un sector con grandes carencias, que no necesariamente se ajusta a éstas, considerando las condiciones de vulnerabilidad en las que recurrentemente se encuentran,

A partir de los casos de derechos de los pueblos originarios resueltos por la Corte, se han documentado las brechas de desigualdad, así como la historia de exclusión, explotación y despojo de tierras.

situación que se suma al contexto regional de acceso a la justicia, en el que el común denominador de los pueblos originarios en América Latina es la desigualdad en las condiciones de acceso a sus libertades, respecto de las poblaciones no indígenas²⁵.

Esta muestra de inequidad en las condiciones de desarrollo de los pueblos originarios en Latinoamérica, se inscribe en un marco de carencia de mecanismos institucionales que les permitan alcanzar el equilibrio en las esferas más esenciales de organización originaria que rigen sus relaciones inter-comunitarias y de auto-preservación²⁶; esto es, visto desde la tradición teórica occidental: la falta de garantía efectiva de sus derechos humanos.

Es en el ámbito de la impartición de justicia, en el que es posible advertir algunos de los obstáculos estructurales y simbólicos que afectan el ejercicio de derechos de los pueblos originarios. En ese sentido, el *Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, hizo notar la ignorancia y el desdén hacia las “costumbres” jurídicas indígenas en México, en los procedimientos judiciales a los que son sometidos sus integrantes²⁷.

Se ha puesto la atención en los condicionamientos estructurales que generan la falta de acceso a la justicia²⁸, entre los cuales se focaliza la problemática -más allá del ámbito procesal de los derechos- en los condicionamientos simbólicos que el “credo” legal occidental, como sistema de pensamiento, ha impuesto. Uno de esos condicionamientos históricos, es el de la construcción del conocimiento científico y su uso dominante a costa de paradigmas diversos al moderno occidental. En tal contexto, uno de los factores correspondientes al llamado choque de paradigmas, descansa sobre la construcción del mito del Estado-Nación y el orden jurídico en Latinoamérica.

La tradición jurídica europea acerca del Estado-Nación, impuesta tanto en los países latinoamericanos al son del paradigma de “universalidad” entendido por Bourdieu como “normalización”; es

La construcción del conocimiento científico y su uso dominante es un condicionamiento estructural simbólico del credo legal occidental, que genera la falta de acceso a la justicia para los pueblos originarios.



decir, como mecanismo de *imposición de la legitimidad de un orden social*²⁹; habría afectado la configuración pluricultural de los pueblos originarios asentados históricamente en esta región³⁰, quienes cuentan originalmente con diversas poblaciones culturales (naciones), fungiendo como orden occidental impuesto a culturas ajenas; fenómeno que desde el nacimiento del pensamiento liberal europeo fue visto, incluso desde su propia tradición, como factor de violencia hacia los pueblos a quienes se impusieron ideas ajenas a ellos³¹.

La negación de las identidades originarias en la integración de los sistemas que conforman la vida pública³², que afectan especialmente a las mujeres indígenas³³ a menudo discriminadas dentro de sus propios entornos comunitarios y espacios de decisión, así como la exclusión sistemática de sus paradigma³⁴, es uno de los condicionamientos estructurales en el sistema de justicia, que afecta a los derechos de esos pueblos.

Esta negación se habría expresado, por ejemplo, desde el liberalismo mexicano, cuyo formalismo jurídico y su noción de igualdad formal (como herramienta contingente de regulación), desarticulaba a los pueblos originarios³⁵, lo que revela un obstáculo importante para la realización de los derechos de ese sector, como fue percibido en los “Acuerdos de San Andrés Larráinzar” del año 1996, en Chiapas, incumplidos por representantes del gobierno mexicano debido a razones de sobreposición del carácter individualista de los derechos y de la ley, así como un pobre entendimiento de la igualdad formal³⁶.

Desde este enfoque, es posible advertir que el problema generado por la discriminación de las conciencias étnicas latinoamericanas se ha proyectado en diversos ámbitos de regulación jurídica, generándose un impacto nocivo en el marco de acceso a la justicia, por lo que frecuentemente en el patrón de prácticas legales oficiales, se encuentra el desconocimiento de su diversidad, de sus propios paradigmas regulatorios, así como los actos de agresión hacia sus símbolos culturales tangibles y simbólico³⁷ situación que ha

sido vista como un patrón de discriminación indirecta contra los pueblos originarios en el acceso a la justicia, resultado de la aplicación de leyes en apariencia neutrales, pero que analizadas desde el termómetro de igualdad estructural, les impactan de manera negativa y desproporcionada³⁸; lo que en otros términos puede explicarse con la siguiente expresión: *un sistema jurisdiccional que no reconoce la especificidad indígena, constituido sobre los supuestos de la generalidad de la ley y la unidad de la justicia, limita el desarrollo de las alternativas para superar esa realidad*³⁹.

Visto desde un enfoque utilitario, en el marco de la función oscura que cumple el derecho occidental, ocultando las relaciones de poder del que es producto y productor⁴⁰, se puede considerar que la diacronía entre el pensamiento occidental reflejado en la norma jurídica y la expresión de las identidades indígenas diversas con costumbres ajenas a aquella, refleja en la praxis, la imposibilidad para los pueblos originarios de acceder a la justicia, e incluso un factor de criminalización como se ha visto en la conducta inquisitiva oficial hacia las prácticas comunes de las hierberas y parteras indígenas en El Salvador⁴¹, que conforman, junto con el lenguaje y el pensamiento, la identidad cultural.

El derecho occidental cumple una función oscura que oculta las relaciones de poder del que es producto y productor.

Paralelamente, en Nicaragua, se ha visto el uso diferenciado y hegemónico del derecho, al advertirse que los procedimientos y mecanismos que pretenden hacer efectivo el derecho a la consulta respecto de medidas que afecten la esfera de los pueblos originarios, deben ser mejorados para dar

un papel activo, y no marginal, a dichos pueblos⁴².

Aunque los pueblos originarios han construido y preservado las esferas que conforman el sentido de su comunidad, ante los ojos del Estado son simples invitados del mundo global configurado para las necesidades del occidente, por lo que las normas jurídicas oficiales tienden a despojarlos de su naturaleza, dándoles la calidad de observadores de las medidas que una ley ajena les impone, incluso en los procesos de justicia transicional concebidos para ellos, como lo mostró el caso de la *Comisión de la Verdad y Reconciliación en Canadá*, creada con motivo del genocidio perpetrado en América del Norte contra diversos pueblos originarios, respecto del cual se ha observado que no existió un diálogo verdadero con dichos pueblos, siendo necesario para la reconciliación, *reconocer los tipos de violencia y sus consecuencias*⁴³.

Necesario resulta entonces, continuar en el camino del reconocimiento, desde lo jurídico, de las formas de violencia del pensamiento liberal y sus consecuencias. Para ello, la episteme del pensamiento que constituye el alma de los sistemas jurídicos oficiales y su ciencia, conforman el factor estructural que impone un "orden" a la realidad, a través de la *violencia simbólica de poder*⁴⁴ que coacciona e impone autoridad, y que dicta los valores morales que normalizan las relaciones sociales⁴⁵ preservando el dominio de ese pensamiento sobre el de las formas de organización jurídica originaria, como lo ha hecho sobre las mujeres, con la abstracción de la identidad femenina dentro del esquema del llamado "Estado"⁴⁶.

En ese sentido, para Silvia Rivera Cusicanqui, la ciencia moderna y su maquinaria conceptual justifican un modo de apropiación del mundo natural y social⁴⁷, visible particularmente en la forma en que se percibe el uso de la tierra y la propiedad.

La negación simbólica de identidades originarias latinoamericanas, contenida en la noción homogénea del *indio*⁴⁸ -concepto masculino, retórico, producido desde la llamada *política de reconocimiento*⁴⁹ que además de negar la necesidad de

modificar las relaciones de género en el entorno comunitario originario para el reconocimiento de los derechos de las mujeres indígenas, fabrica y multiplica en un entorno global las diferencias con las demás culturas, aislando a éstas últimas-, es una semántica de diferenciación auto-afirmativa y auto-referencial de la persona en el occidente y su mestizaje, que en su función colonial, a través de sus eufemismos, encubre la realidad en vez de

señalarla⁵⁰; margina las creencias diversas al occidente a través de la tendencia positivista de las leyes restrictivas de derechos; genera alienación de los esquemas de pensamiento construidos desde "afuera"⁵¹ y niega la capacidad de éstos para promover paradigmas eficaces para la regulación armónica de relaciones en sociedad. Afectación que parece tener un papel determinante en la conformación de la legalidad inclusiva estatal.



III. LOS PARADIGMAS SIMBÓLICOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN EL DISCURSO DE DERECHOS HUMANOS.

A pesar de su esencia liberal, la Corte, desde una confección institucional, se ha esforzado en determinar un piso común de entendimiento e integración de las nociones de territorio, identidad, propiedad y personalidad; ello, en el marco de las grandes confrontaciones del pensamiento occidental moderno, con los paradigmas originarios.

Desde los sistemas jurídicos occidentales, existe la tendencia del Estado a homogeneizar lo multiétnico al momento de adoptar decisiones públicas⁵²; clara tendencia del pensamiento globalizado que desdibuja las fronteras que definen a los pueblos originarios, como sus otros⁵³. Pero la Corte ha desmontado tal pretensión, recabando información relevante sobre la diversidad cultural de los pueblos originarios, particularmente en un caso altamente simbólico para la dimensión social, susceptible de analizarse objetivamente bajo el enfoque de género, cuando se ha tratado de las niñas *Taromenane* sometidas a las consecuencias de la guerra entre pueblos y a la asimilación cultural, de las que la ciencia occidental no ha podido establecer el impacto de sus afectaciones psicológicas⁵⁴.

En ese contexto, el choque de paradigmas de lo individual, símbolo de lo homogéneo, y lo colectivo, que deberá entenderse como lo comunitario, en tanto que máxima expresión de la otredad, se ha llevado al foro jurídico compuesto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cuyo sistema alberga una lucha de fuerzas contradictorias que desde la entraña erosionan al mundo jurídico regional latinoamericano, convirtiéndose en una manifestación de derecho occidental que en el intento plausible de reivindicar

los paradigmas originarios, a través de las resoluciones que de dicho sistema emergen, ofrece un espectáculo de lucha intestina contra su propia naturaleza hegemónica.

Lo comunitario, máxima expresión de la otredad originaria, se ha llevado al SIDH para provocar una lucha de fuerzas contradictorias que desde la entraña erosionan al mundo jurídico regional latinoamericano.

Como en todo sistema, la resistencia a los cambios se forma a partir de una tensión histórica⁵⁵, particularmente cuando en ésta se incluyen paradigmas tendientes a reconfigurar estructuralmente su naturaleza. Esa tensión se percibe en el seno de las instituciones de naturaleza liberal, como lo ha mostrado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (SCJN), con la aparición de, entre otros criterios marginales afines al pensamiento clásico de la universalidad como principio jurídico que obstaculiza la adecuada comprensión

de los problemas surgidos en la pluralidad cultural⁵⁶, aquél adoptado por el entonces Magistrado Juventino Castro y Castro, detractor de la pluralidad jurídica, quien consideró necesario negar el reconocimiento de la autonomía política de los pueblos originarios en México, por considerar que ello implicaría tener *“un estado dentro de un estado”*⁵⁷, asumiendo implícitamente que el “Estado” es único y legítimo sistema de organización político-social.

La misma tensión, descrita por Zagrebelsky, entre el derecho reducido a la legalidad (de la tradición occidental), y por otra parte la justicia, con su amplio significado⁵⁸ (visto desde los criterios de oportunidad, idoneidad y progresividad), se percibe en el seno de la Corte, con los intentos de imposición de la uniformidad de lo diverso, principalmente en los criterios emitidos por los otrora jueces interamericanos Oliver Jackman, hombre de origen étnico negro y de formación académica liberal⁵⁹, y Alejandro Montiel, ex ministro nicaragüense; esto, en el marco de la resolución del caso del pueblo Yatama, en el que se percibe una férrea resistencia a la adopción del sentido colectivo de la persona y los factores culturales que lo envuelven, tratándose de la participación política de los pueblos originarios.

La tensión entre legalidad y justicia efectiva se percibe al interior de la Corte, con los intentos de algunos jueces de imponer la uniformidad sobre lo diverso.

De tal forma que en sus votos disidentes dentro de la sentencia del caso, se encuentra una defensa empecinada del sentido individual de persona⁶⁰, así como un pobre entendimiento del principio de igualdad, que parece ser orientado hacia la imposición de la norma jurídica estatal⁶¹.

A pesar de dichas tensiones, es justo reconocer el esfuerzo que la Corte ha hecho, por ejemplo, en el estudio del caso del pueblo Kichwa de Sarayaku, a la luz del cual adoptó el enfoque de los derechos originarios, basándose en la noción colectiva de los derechos humanos⁶², intentando, en el marco de la dualidad que contextualiza su actividad, armonizar los criterios jurídicos occidentales con los paradigmas que lo transforman tangencialmente.

Tal armonización, observada desde temprana edad de la jurisprudencia en la materia, precisa ejercicios como aquél efectuado en la sentencia del caso del pueblo Moiwana, en el que la Corte expresó nuevamente criterios que han confrontado los grandes paradigmas del occidente, redimensionando esta vez la noción “oficial” de responsabilidad penal, que se actualiza desde un paradigma originario cuando uno de los integrantes de la comunidad causa un daño a otra persona, reconociendo que la responsabilidad en estos casos no se descarga sobre en el individuo, sino en la dimensión de la familia como grupo dentro de una comunidad originaria⁶³; o bien destacando la forma de asumir el sufrimiento psico-emocional que la falta de sanción (acceso a la justicia) provoca, no a un individuo, sino a una familia, dentro del espacio comunitario de un pueblo como el N’ Djuka, en el marco de la impunidad prevaleciente en las instituciones de justicia en Surinam.

En ese sentido, es de celebrar que la noción colectiva de sufrimiento, enmarcada en la relación de justicia y responsabilidad comunitaria como principios centrales de su sociedad, es reconocida así por la Corte dentro de los márgenes del derecho a la integridad personal consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), armonizando con ello la esfera de derechos humanos occidentales, con la dimensión

simbólica y cultural fijada en la creencia que dicta, que ante la falta de sanción por una ofensa, el espíritu del ofendido y algunos otros espíritus ancestrales atormentarán a la familia⁶⁴.

El esfuerzo hecho por la Corte no es de menor relevancia si se considera que tiende a recoger un rasgo común fundamental en las identidades originarias del continente. Al menos así se advierte desde otras latitudes, a la luz del pensamiento de justicia Tojolabal en México, significado en la expresión idiomática "*Uno de nosotros cometimos un delito*"⁶⁵, que nuevamente exhibe la confrontación entre los paradigmas de regulación social originaria y la occidental, pues aún desde el mestizaje jurídico, la noción de comisión del delito en el ámbito de la justicia y la aplicación de penas, se proyecta de manera comunitaria en la dimensión del derecho colectivo, y no desde la concepción individualista envuelta por la tradición jurídica de los Estados, que es asumida desde la visión originaria como amenaza a la soberanía⁶⁶ de sus pueblos, ya que, como se ha dicho, excluye de manera fáctica la naturaleza epistémica de sus paradigmas.

La diferencia de las creencias jurídicas en conflicto, respecto de los paradigmas de justicia en el marco del choque entre las creencias de lo individual y lo colectivo, de lo único y lo diverso, ha sido subrayada categóricamente cuando se ha dicho que el paradigma de justicia penal indígena tiene un fin último que se aleja tangencialmente del correspondiente a la ley occidental, siendo la restauración de la paz social (en equilibrio y distribución de responsabilidad), y no la punibilidad (como fin último) que promueve ésta última tradición jurídica⁶⁷.

El interés de justicia, visto desde ese enfoque, trasciende sobre las nociones clásicas de punibilidad, acercando la regulación institucional moderna a la "emoción" como virtud holística que se filtra en el esquema rígido de la norma jurídica que regula la organización social de las comunidades originarias.

El paradigma de justicia penal indígena tiene el fin de restaurar la paz social, mientras que el fin de la ley occidental, es la punibilidad.

Al destacar tales paradigmas, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte posicionan a éstos en el sistema jurídico continental, como factores de rompimiento de la cultura legal clásica, que apuntan a la recomposición de los sentidos de justicia y víctima, siendo tal ejercicio una gran responsabilidad para la Corte si se considera que su decisión se cierne sobre paradigmas originarios propios de un contexto cultural diferente y digámoslo así, ajeno⁶⁸.

Reconocer las bondades de los criterios emanados del SIDH, no impide advertir que los criterios de la Corte -basados en peritajes antropológicos y sociológicos- así como el lenguaje de los representantes y de la CIDH, han mostrado ser aun imperfectos. Por ejemplo, el discurso jurídico de los derechos originarios ha incluido imprecisamente el término “colectivo”, al referirse a la propiedad de la tierra y a la “entidad” de los pueblos originarios⁶⁹, en perjuicio del término “comunitario” que expresa no solamente la titularidad de la tierra, sino los tipos de uso de ésta. De tal forma que la noción de lo “comunitario” guarda fidelidad a la esencia del paradigma originario, en el marco de la memoria común histórica y la profundización de la identidad que produce, según la diferenciación observada por Halbwachs respecto de ambas nociones⁷⁰.

En la dimensión nacional, se advierte el inapropiado uso del término “colectivo”, que emplea la SCJN como categorización de derechos de los pueblos indígenas en perjuicio del desarrollo semántico de lo originario y la asunción holística de sus paradigmas, al emplearse de forma recurrente dicho término en el instrumento de directrices que deben seguir las y los juzgadores en ese país, en los asuntos que involucran derechos de ese sector⁷¹.

En la dimensión de la reparación del daño para las víctimas, la Corte comprende que cuando las comunidades originarias se asumen como un ente comunitario y colectivo, la identificación individual de sus integrantes en términos de violaciones a derechos humanos, se convierte en un defecto de la doctrina jurídica clásica, lo que en

principio impediría la identificación de dichas víctimas, cuando éstas, más allá de su individualidad y del hecho que sean desplazadas, son parte de un colectivo que se identifica de manera comunitaria, como es el caso de las comunidades afrodescendientes colombianas, en el que la CIDH adoptó criterios flexibles a la estricta individualización de las víctimas, prevista en el artículo 35.1 del Reglamento de la Corte Interamericana, abandonando el criterio que obliga a identificar individualmente a las víctimas⁷², y que había sido invocado por el Estado para frenar la intensión legítima reivindicatoria de derechos⁷³.

Por otra parte, en el caso del pueblo Yatama, la Corte mantiene dentro de la dimensión individual, el análisis de las violaciones a los derechos políticos y del derecho a la igualdad en los términos de la CADH, y aunque alude a la afectación colectiva provocada por la violación de esos derechos, ese Tribunal no desarrolló criterios que atendiendo a la naturaleza cultural de dicho pueblo, pudieran otorgarle la condición de víctima, en tanto que entidad comunitaria cultural⁷⁴.

En este contexto, nos preguntamos si la Corte, con el uso de las herramientas jurídicas oficiales que preponderan la esfera de lo individual, se encuentra en condiciones de reconocer plenamente la naturaleza comunitaria de los pueblos originarios, y ampliar el alcance de su expresión en lo jurídico, desde la identidad comunitaria de éstos, para transformar el sistema jurídico mestizo. Al menos en el voto concurrente de la sentencia correspondiente al caso Yatama – compensatorio, por cierto, del criterio regresivo del Juez Jackman -, encontramos criterios del Juez de la Corte, Sergio García, que abren la puerta al perfeccionamiento del sistema incluyente de paradigmas originarios, apoyándose dicho Juez, tal parece de manera tímida, en el principio “pro persona” para interpretar la norma con dirección a lo comunitario, al abrigo de las *fórmulas abstractas, uniformes, desatentas a la historia y al sistema jurídico propio de los interesados*⁷⁵.

Pero es a la luz del choque de paradigmas en el que se dibujan dos nociones fundamentales del

pensamiento occidental: la propiedad y la personalidad (como derecho subjetivo) estrechamente vinculadas entre sí, de alto contraste con los paradigmas originarios en torno al territorio⁷⁶, a los que se pueden homologar dichas figuras para su descifrado en clave occidental. La Corte ha notado las diferencias sustanciales en las nociones de tierra, y de propiedad “colectiva”⁷⁷, aclarando que no atender las nociones originarias de propiedad, sería como decir que *existe solo una forma de usar y disponer de los bienes*⁷⁸; es decir, del sentido occidental de propiedad.

Al reconocer el sentido originario (comunitario) de la propiedad, la Corte niega que solo exista una forma de usar y disponer de la tierra; es decir, que solo exista el sentido occidental de propiedad.

Asimismo, la CIDH ha enfatizado la incompatibilidad del derecho estatal que prevé el reconocimiento formal de la personalidad jurídica para ejercer el derecho de propiedad, con la noción de personalidad individual y colectiva basada en la cosmogonía de las identidades originarias que derivan en la posesión y propiedad de la tierra y el territorio⁷⁹.

Por otra parte, desde el análisis de lo individual y lo comunitario, nos hemos preguntado si la noción de propiedad colectiva adoptada por la Corte, respecto de los territorios ancestrales, es entendida desde un enfoque holístico, con la esencia histórica⁸⁰ y qué tanto resuelve el choque

entre paradigmas jurídicos de la propiedad y de la personalidad. O bien, saber cuánto se ajusta la norma jurídica a la progresividad de los derechos, al abordar factores como la “consulta previa e informada”, o la distinción entre el derecho y la categoría sospechosa de “costumbres”, la historicidad del territorio y su ocupación colonial, y el entendimiento de los valores de “productividad”, “desarrollo” y “colonialidad”; todo ello, probando una interpretación idónea, a la luz de los paradigmas originarios.

Fitzpatrick ha caracterizado virtuosamente el sentido de la propiedad, como un fundamento de la “civilización” y su hegemonía producida por el derecho⁸¹, lo que nos permite recordar que se trata de un mito propio del periodo histórico de la Ilustración, con características acaparadoras y excluyentes a la vez, que más allá de significar la certeza en la posesión de bienes, representa dentro de una dimensión histórica, la colonización.

Aunque la Corte ha intentado estirar el alcance del derecho a la propiedad colectiva, pretendiendo su asequibilidad para los pueblos originarios, consideramos que el estado actual que guarda la jurisprudencia de la Corte en esa materia no termina de reposicionar el derecho a la propiedad comunitaria, al nivel de la individual, como paradigma jurídico plenamente validado.

Debemos reconocer que la Corte se ha enfrentado reiteradamente a una visión hegemónica del derecho a la propiedad, mostrada por los representantes de los Estados Latinoamericanos, incluso, de algunos integrantes de la propia Corte. Para advertir la negación del paradigma de propiedad comunitaria de la tierra desde la tradición jurídica occidental de los Estados, basta con referir algunos de los obstáculos impuestos desde el sistema jurídico oficial; por ejemplo, cuando los representantes del Estado Nicaragüense manifestaron que mientras no existiera un título de propiedad a favor del pueblo Mayagna Sumo de Awás Tingni, no se le reconocerían derechos, y por lo tanto, puede concesionarse a particulares la explotación de los recursos naturales de su territorio⁸².

Por otro lado, la postura gubernamental indica que acepta la titulación de esas tierras, siempre y cuando ello se realice de manera individual⁸³, es decir, conforme al régimen oficial de propiedad. De tal discurso oficial se deduce la imposición del paradigma occidental sobre los paradigmas originarios, clausurándose frente a las influencias externas, con el reenvío hacia la figura de personalidad subjetiva.

Es de destacarse que el Juez Montiel exhibió la esencia de la tradición jurídica procedimental, al afirmar que al pueblo de Mayagna no le asistía el derecho a la tierra, mientras éste no fuera solicitado⁸⁴, posición que trae a colación la funcionalidad del derecho de petición y que se vincula necesariamente a la noción de personalidad jurídica. Tal razonamiento disidente provoca el cuestionamiento sobre la necesidad de que los pueblos originarios deban solicitar la propiedad comunitaria de las tierras bajo las reglas individuales en el derecho estatal, cayendo incluso en una práctica de discriminación estructural, en detrimento de la obligación oficiosa de los representantes de gobierno de adoptar las medidas necesarias para garantizar el estatuto jurídico especial de la propiedad comunitaria, en el marco de lo establecido en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y reconocer con ello la presencia territorial histórica.

Estrechamente vinculado a la esfera de la propiedad, la personalidad jurídica subjetiva ha sido igualmente tratada por parte de la CIDH, que respondiendo a un espíritu hegemónico, alegó violación a ese derecho desde un tratamiento individual y no comunitario de los pueblos originarios⁸⁵, a pesar de que la noción individualista limita la exigencia de los derechos que deben ser considerados comunitarios y colectivos.

Frente a ello, es de apreciarse con beneplácito el énfasis de la Corte para tipificar la obligación estatal de adoptar mecanismos administrativos efectivos para la delimitación y titulación territorial de los pueblos originarios, y decrete que los recursos judiciales deben incluir las "costumbres" originarias (sistemas normativos propios) y su cosmovisión⁸⁶.

No obstante, es de cuestionarse la pertinencia de agotar tales mecanismos, si se considera que tal exigencia podría implicar la sujeción de los pueblos originarios a reglas de reivindicación de una propiedad que previamente ha sido reconocida, situación que en el contexto del acceso a la justicia de los pueblos originarios, implica obstáculos importantes, como el de inequidad de fuerzas en un litigio contra factores económicos de poder como las empresas transnacionales. En este caso, la jurisprudencia puede ser determinante para establecer la obligación oficiosa de delimitación y titulación comunitaria, preservando a los pueblos, de las complicaciones que el sistema judicial despliega para ellos.

A la par de la visible falta de entendimiento del derecho al territorio, los dirigentes del llamado Estado-Nación miran al territorio desde la productividad del mercado, desconociendo la noción cultural⁸⁷ e ignorando la ocupación originaria⁸⁸. Es esa la imposición de la ley oficial, intolerante de la idea de posesión histórica, dimensión que claramente se comparte en los Estados latinoamericanos que han favorecido a los productores usufructuarios del territorio originario, y a otros proyectos de explotación de sus recursos naturales.

En el Paraguay, por ejemplo, se ha permitido el acaparamiento de los territorios originarios por parte de la industria ganadera, mostrando que la propiedad privada de la tierra está destinada al lucro concentrado en una persona o grupos de personas con actividad económica, mientras que la finalidad perseguida por el pueblo originario Kichwa, como lo es para otros pueblos originarios, es la supervivencia y la protección del ecosistema del que forman parte⁸⁹, coincidiendo con lo acordado recientemente por el Congreso Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza⁹⁰.

Para garantizar el interés del "mercado" y el control geo-político del territorio, la noción de propiedad individual de la tierra se encuentra acorazada con la estructura estatal que a través del derecho se ha adjudicado la propiedad originaria⁹¹, situación que la Corte debería observar como una represen-



tación más del dominio de los paradigmas del derecho mestizo occidental.

El discurso desplegado por los representantes de los Estados de Nicaragua y Paraguay, en los casos Mayagna Awas Tingni y Xakmok Kasek, respectivamente, muestran rasgos de un criterio de negación de la propiedad originaria⁹² y resistencia general de la sociedad de ceder a las reivindicaciones de los pueblos originarios⁹³.

El ejercicio de violencia documentado por la Corte no se limita a la negación del paradigma de territorio, sino que revela los resultados del colonialismo mercantilista que desposee tierras para acumularlas, con apoyo del monopolio de la violencia y la “legalidad” ejercida por el Estado⁹⁴, para su división individual -lo que tiene como efecto obstaculizar las reivindicaciones comunitarias⁹⁵-, como muestra de dominio que consagra así la “asimilación” de los pueblos originarios al plano productivo de explotación de recursos propios del

mercado, auxiliada a menudo por la evangelización⁹⁶ y la ética pública común.

Podemos advertir, desde el foro de la Corte, los motivos esenciales del pensamiento occidental liberal que enmarcan al ejercicio de control estatal, que articula un sistema de “bloqueo” legal, favoreciendo el derecho de propiedad clásico a través de diversas medidas procedimentales y legales que limitan la devolución de tierras a los pueblos originarios⁹⁷. Se trata de un régimen que la misma Corte ha mantenido en su jurisprudencia, conservando en el SIDH categorías como la de interés general, que prepondera los proyectos de “desarrollo” en el sentido mercantilista⁹⁸, sobre los territorios originarios, y con el que se clausura al andamiaje jurídico como sistema, cual dispositivo de excepción del derecho de propiedad originaria; régimen igualmente conformado por un discurso jurídico de diferenciación excluyente, como el articulado alrededor de la figura de “derechos fácticos”, con los que se clasificó a los derechos de

El ejercicio de violencia documentado por la Corte no se limita a la negación del paradigma de territorio, sino que revela los resultados del colonialismo mercantilista que desposee tierras para acumularlas, con apoyo del monopolio de la violencia y la “legalidad” ejercida por el Estado.

los pueblos originarios sobre la tierra, como régimen de uso inferior al de la propiedad individual que acertadamente la Corte ha determinado como incompatible con el artículo 21 de la CADH, relativo al derecho a la propiedad⁹⁹.

Desde la voz institucional interamericana, se ha dicho que el territorio de los pueblos indígenas, y sus recursos, son de posesión ancestral, por lo que constituyen un derecho de éstos¹⁰⁰, reconociéndose en cierta medida la ocupación histórica del territorio, posición que aun desde la visión de Montesquieu se ha sostenido, si recordamos que reconoció la legitimidad de formas de justicia equitativa, anteriores a la creación de leyes positivas¹⁰¹.

Para intentar sostener legalmente tal posición, los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos han pretendido acercarse a una regulación de tal prevalencia, creándose categorías como la “consulta previa e informada” y la “justa compensación”, herramientas del pensamiento democrático occidental mestizo. Sin embargo, mantener la posición clásica del derecho a la propiedad, implica en este contexto, ignorar que el sentido de territorio y propiedad, como objetos del derecho, y la existencia de los pueblos originarios, conviven en una misma dimensión. Entonces, el derecho mestizo que se subordina al interés del occidente, soslayando ese sentido de uso e “integración”, estaría negando el reconocimiento de la vida en el sentido material y simbólico, es decir, la existencia de los pueblos originarios y sus paradigmas.

Para entender las nociones comunes originarias de propiedad y usufructo de la tierra, necesario es entender que ese paradigma excluye cualquier posibilidad de enriquecimiento a partir de sus recursos, pues su uso responde a una noción de integración meta-ecosistémica de la naturaleza, es decir, no sólo material sino espiritual. Por ser contrarias a tales fines, las reglas mercantiles excluyen, y por lo tanto desconocen ese sentido de propiedad, activándose en compensación los mecanismos de “reconocimiento” de derechos que no necesariamente subsanan los efectos noci-

vos del desconocimiento estructural de los paradigmas originarios.

Por fortuna, tratándose de pueblos originarios en la región, la Corte ha acertado al acercarse a un entendimiento objetivo del territorio y su ocupación, a partir de una noción holística que figura hacia la comprensión meta-ecosistémica. No obstante, también ha negado de manera fáctica que los pueblos originarios hayan tenido la propiedad originaria de éste, perdiendo la oportunidad de hacer un uso racional del discurso de los derechos de los pueblos originarios, como herramienta de transformación, tal y como lo mostró en una etapa incipiente de su jurisprudencia sobre el tema, en el caso del pueblo Yakye Axe, en el que en vez de destacar los motivos y las condiciones históricas por las que dicho pueblo pretendió reivindicar sus territorios ocupados, se limitó a validar la criminalización del pueblo, derivado de lo que fue visto por el Estado Paraguayo como una “usurpación” de tierras a los propietarios (empresas).

La Corte se limitó a analizar las violaciones al debido proceso contra los integrantes de ese pueblo durante el procedimiento al que fueron sometidos, sin precisar que dicha ocupación, como acto auténtico de reivindicación, obedeció al derecho originario de posesión de territorios, y no al derecho positivista de la ley estatal o de la norma bajo la cual se les criminalizó, como mecanismo desarticulador de su derecho, lo cual revela la omisión de reconocer la desposesión histórica de las tierras originarias, en el marco del colonialismo occidental en el continente, situación que hasta ese momento impedía llevar al plano jurídico los motivos heterogéneos que podrían dar contenido al nuevo paradigma, y justificar el derecho de los pueblos originarios por encima de la propiedad clásica.

Aun de manera reciente, en el desarrollo de los criterios jurisprudenciales de la Corte, su naturaleza liberal se filtra en el discurso institucional cuando crea reglas para validar las restricciones a la propiedad comunal de los pueblos originarios¹⁰² y que imponen límites a ésta con base en

La Corte ha acertado al acercarse a un entendimiento objetivo del territorio de los pueblos originarios y su ocupación, a partir de una noción holística que figura hacia la comprensión meta-ecosistémica, apta para la interpretación del derecho de propiedad.

una racionalidad jurídica ajena a los paradigmas originarios.

Vale la pena ampliar la reflexión sobre la supuesta validez de un derecho de propiedad mayor al interés originario del uso comunitario de la tierra y sus frutos, a sabiendas que la Corte ha documentado los efectos de la colonización y la propiedad privada¹⁰³. El debilitamiento del derecho a la propiedad originaria y las estrategias de criminalización de las acciones reivindicatorias, se han analizado generalmente en la sentencias al margen de la obligación de fiscalización a cargo del Estado, de conformidad con las obligaciones erga omnes entre particulares.

Son cuestionables los criterios de restricción a la propiedad comunitaria originaria que la Corte adopta, a la luz de los efectos de la colonización y la propiedad privada documentados por dicho Tribunal.

Esa conducta encubre las afectaciones causadas por la relación de poder empresa-pueblos originarios, como en el caso del pueblo Yakye Axa¹⁰⁴, en el que la Corte se limitó a señalar las violaciones procesales y la violación al derecho de audiencia en la implementación de medidas provisionales que afectaron la posesión originaria de la tierra; ello, sin destacar la relación fáctica de poder exhibida en el marco del colonialismo, entre la empresa que se atribuyó el usufructo de las tierras originarias, y la necesidad reivindicatoria de éstas. Esta situación revela la esencia del conflicto entre el paradigma de propiedad individual occidental, y la posesión originaria.

Aunque la Corte advierte que el régimen constitucional latinoamericano reconoce la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los territorios origina-

rios¹⁰⁵, su jurisprudencia acoplada por momentos a la tendencia del derecho liberal, muestra que es posible restringir el derecho a la propiedad originaria, a través de una cláusula comprendida en el artículo 21 de la CADH, cuya interpretación es asumida por medio de un test de cinco condiciones que vuelven legítima la restricción¹⁰⁶. La cláusula otorga a los “intereses de la sociedad” un papel predominante, por el que la propiedad originaria puede ser restringida, atendiendo a los criterios de necesidad, proporcionalidad, democracia, legalidad y subsistencia.

Tal sistema de restricción no parece enfocarse en el reconocimiento de la propiedad del territorio, sino que se remite a un subsistema de propiedad que permite el usufructo de ésta, independientemente de la titularidad de la tierra; es decir, establece un régimen excepcional basado en las nuevas formas de expropiación y de compensación generadas con base en las directrices dictadas por tratados comerciales, y no precisamente en estándares de derechos humanos¹⁰⁷, que aun frente al eventual reconocimiento de la propiedad originaria, permitiría el uso diverso de éste bajo el siempre dudoso interés de una sociedad no necesariamente plural. En el discurso legal, se advierte un interés aparentemente general; sin embargo, en este contexto de análisis socio jurídico, constituye el interés de un sector de la sociedad humana regido por los paradigmas hegemónicos.

De tal manera que si el dominio de las instituciones occidentales sobre las no occidentales, es la generalidad de “la sociedad” a la que se alude cuando se analiza la aplicación del artículo 21 de la CADH, es evidente que las restricciones a la propiedad originaria y el usufructo de las tierras, responde al interés de un grupo humano cuyos valores son preponderantes, y no a aquellos de una sociedad plural equilibrada interculturalmente.

Si asumimos que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH no es absoluto, como lo dice la Corte, deberíamos preguntarnos cuánto puede o debe ser restringido ese derecho originario, a sabiendas que ello tiende a impedir la

Los “intereses de la sociedad” como criterio de restricción de la propiedad originaria, son parte de un excepcional basado en las nuevas formas de expropiación y de compensación generadas con base en las directrices dictadas por tratados comerciales.

subsistencia de los pueblos, en el marco de la noción de *unidad esencial* que se analizará a continuación. A ese respecto, considerando la tendencia del ejercicio jurisprudencial mostrado por la Corte, la prohibición de medidas restrictivas del uso y goce del territorio originario que afecten la subsistencia de sus pueblos, parece aludir a una condición que permite la vida material, y no precisamente al paradigma cultural holístico meta-ecosistémico originario de vida.

Interrogantes similares surgen ante la negativa oficial de restituir la propiedad de los territorios originarios ocupados con permisividad del Estado y con aval de su sistema legal ¿Acaso no son las condiciones establecidas por la ley oficial, las que favorecen la propiedad privada, e imposibilitan la devolución de tierras a los pueblos originarios? ¿Aunque lo prevé la Corte y la ley en los casos de imposibilidad de devolver la posesión, es posible establecer una compensación compatible con los paradigmas de dichos pueblos? ¿Acaso no es la supuesta *imposibilidad* de devolver la posesión originaria, más allá de los impedimentos legales o fácticos, así como la *compensación*¹⁰⁸, factores que conforman otro mecanismo más de bloqueo legal, como negación sustancial de ese otro paradigma de propiedad?

Es en ese contexto que la Corte consideró en el caso del pueblo Xakmok Kasek, que el Estado Paraguay no negó la obligación de restituir territorios a los pueblos originarios. Sin embargo, los integrantes del tribunal interamericano no consideraron que el desconocimiento por parte de ese Estado, de la posesión territorial ancestral y originaria, tiene como consecuencia la negación de su obligación de restituir dichos territorios¹⁰⁹ Es necesario comprender que la propiedad originaria de éstos es inevitablemente histórica, por lo que observarla desde otro enfoque, implica su desnaturalización, y la negación de su historicidad se convierte en ocultamiento del derecho comunitario.

Sin demeritar el impacto social que representa el resarcimiento del daño en las poblaciones afectadas por actos constitutivos de violación del dere-

cho a la propiedad originaria, la medida promovida por la Corte en casos como el del pueblo Yakye Axa, a través de la dotación de servicios públicos¹¹⁰, ¿no es acaso una clara tendencia asistencialista?, ¿no es acaso una obligación constitucional de los representantes de gobierno brindar tales servicios? o bien, ¿la noción de resarcimiento por daño expuesta por el otrora Juez Mac Greggor más recientemente, en el caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano, por causa de las restricciones impuestas a la posesión de la propiedad originaria¹¹¹, ¿no es acaso incompatible con el interés de los pueblos originarios, en el entendido de que las el terriotrio no tienen un valor preponderantemente económico para éstos?

Vale la pena reflexionar sobre las medidas aparentemente favorables para los pueblos originarios, que no necesariamente responden a las necesidades paradigmáticas de éstos, y que en cambio podrían disfrazar las medidas de imposición del pensamiento jurídico, desde valores económicos afines a la configuración de la propiedad desde el derecho estatal, con su esencia mercantilista, y que los representantes de las víctimas del Pueblo originario Xakmok Kasek ya han advertido frente a la Corte¹¹².

Otra de las instituciones “sospechosas” concebidas desde la tradición teórica occidental, relacionada al tratamiento jurídico de la propiedad originaria, es el derecho a la consulta previa e informada, como mecanismo de mediación entre el dominio de la ley occidental y los paradigmas de los pueblos originarios, que tal y como se encuentra establecido, aporta mayores beneficios a la noción occidental de propiedad, pues asimila la expresión indígena del territorio, la tierra y la del uso de sus frutos, a la dimensión de la “producción”, para permitir de una forma amable imponer el interés especulador en la explotación de la tierra, sobre las identidades originarias.

Dicha institución hace posible la permanencia del concepto de “propiedad temporal compartida”, con beneficios a los inversionistas que usufructúan las tierras cuya propiedad histórica es reconocida en la letra por el estado, sin efectos palpa-

La consulta previa e informada: categoría “sospechosa” usada como mecanismo “amable” de imposición de los proyectos de explotación de recursos naturales en territorios originarios.

bles a favor de los pueblos originarios, pues compartir con ellos los beneficios de la explotación no necesariamente conlleva un beneficio para sus estructuras e intereses, además de que no deja de representar una intromisión a sus identidades. Se trata de un subsistema de neo-propiedad que al abrigo y legitimación del credo de los derechos humanos, favorece la explotación mercantil de la tierra.

Así, dicha figura representa esencialmente una válvula de escape que redirige la atención del derecho a la propiedad originaria, evadiendo la exigencia de adoptar hermenéuticas jurídicas que determinen de manera contundente las restricciones al uso de las tierras conforme a los paradigmas originarios.

La Corte se mantiene en esta tensión histórica de regulación, pues a partir del pensamiento de las y los jueces que han integrado la Corte, se vislumbran algunas contradicciones respecto de la forma en que se pretenden “justiciabilizar” los derechos de los pueblos originarios. Mientras que las restricciones impuestas a la propiedad originaria sean fijadas gracias a la herramienta “comodín” llamada consulta previa e informada, se hace posible flexibilizar el goce de ese derecho para personas ajenas a los pueblos originarios, y en concepto de la Corte, la propiedad parece ser un bien jurídico restringido, posiblemente en favor del “desarrollo” de la sociedad, en perjuicio de la noción originaria de territorio.

Por otra parte, la postura de la ley estatal respecto del derecho a la autodeterminación de los pueblos originarios, tampoco incluye el ánimo de autodeterminación de la propiedad, en este caso comunitaria, pues claramente existe un consenso, al menos desde la interpretación de la Corte, sobre las posibilidades de afectar el territorio de los pueblos originarios, bajo ciertos supuestos.

En ese sentido, es posible advertir que el control del derecho oficial sobre las prestaciones que otorga la figura de autodeterminación de los pueblos originarios, articula categorías contingentes de preservación del espíritu jurídico occidental,

como es el caso de los llamados “usos y costumbres”, artificio que consideramos ha sido construido desde la lógica de la diferenciación hegemónica del sistema jurídico oficial, para describir las prácticas sociales y jurídicas originarias en tanto que sistemas “inferiores” dentro del credo del Derecho, y que en realidad constituyen un sistema jurídico mestizo, conformado por la penetración de paradigmas afines a la tradición jurídica liberal, en las formas de regulación dentro de los pueblos originarios, que en el caso de los pueblos africanos, por ejemplo, también representó una herramienta del gobierno colonial que legitimó la dominación, en perjuicio del pluralismo legal¹¹³.

“Usos y costumbres”: artificio construido desde la lógica de la diferenciación hegemónica del sistema jurídico oficial, para menospreciar los paradigmas regulatorios de los pueblos originarios.

En el mismo orden de ideas, es de precisarse que la Corte promueve la noción de consulta previa a la construcción de proyectos de bajo impacto en los territorios originarios, y de “consentimiento” cuando se trata de proyectos que impactan

mayormente¹¹⁴, como supuestas garantías del derecho a la propiedad originaria. No obstante, vale la pena cuestionar si es posible que bajo las nociones originarias del territorio, sus pueblos consentirían libremente la pérdida de su territorio histórico en beneficio de un interés ajeno.

En el contexto planteado, si la Corte fija un estándar para garantizar el derecho a la consulta, justificando las restricciones del derecho a la propiedad originaria¹¹⁵ a través de aquella herramienta y del discurso dudoso de los usos y costumbres, incluido el acceso a los supuestos beneficios que los proyectos de desarrollo en territorios originarios aportarían; entonces, podemos considerar tal estándar como otro de los mecanismos de asimilación “suave” de los pueblos originarios a los intereses de esencia mercantilista.

En todo caso, la Corte tendrá el desafío de advertir tales prestaciones, y trabajar desde ese enfoque epistemológico la validación de la consulta previa e informada, no como mecanismo de imposición de los proyectos occidentales¹¹⁶, sino como una herramienta de reconocimiento y diferenciación de sus propios paradigmas de vida. De lo contrario, lejos de cuestionar la política pública que afecta a los territorios originarios, mantendrá la legitimación de los designios que estimulan la inclusión de los pueblos originarios en los procesos tecnocráticos de desarrollo que en realidad los empobrecen¹¹⁷.

Fijamos así la atención en otro de los conceptos que hemos denominado sospechosos. Se trata de los llamados “usos y costumbres”, empleado a menudo en el discurso de los derechos de los pueblos originarios, incluido el de la Corte en su jurisprudencia, y promovido por instituciones académicas vinculadas al quehacer regional de los derechos humanos, como es el caso del Instituto Interamericano de Derechos Humanos¹¹⁸

Las llamadas “costumbres” de los pueblos originarios, vistas como un sistema de rango inferior al derecho occidental, es una categoría dudosa mientras siga siendo expresada como símbolo semántico y epistémico del ejercicio de diferencia-

ción hegemónica del occidente y su derecho colonial, y mientras no se asuma como un concepto creado por el poder colonial, que describe en realidad un producto del mestizaje desde el cual el derecho europeo intenta interpretar los sistemas jurídicos no occidentales¹¹⁹.

Por ello se reconoce el esfuerzo de la Corte en el caso del pueblo Mayagna (Sumo) Awas Tingni, pues aunque adopta en el discurso la categoría de “costumbre”, promueve paralelamente la asimilación progresiva de paradigmas contra-hegemónicos reconociendo que la tipificación del “derecho consuetudinario indígena” no debe ser considerada como un solo mecanismo, sino una serie de prácticas reales que varían entre comunidades¹²⁰, y que en todo caso son equivalentes a los principios del derecho occidental.

Al margen de lo expuesto hasta ahora, el derecho a la propiedad y su vínculo con la dimensión holística en la que está inserto el territorio originario, ha sido tratado desde el SIDH en un sentido: el acceso a la tierra como condición de subsistencia. Aunque en ese marco, se ha vinculado la falta de acceso a los territorios originarios con las condiciones de subsistencia que han afectado seriamente el derecho a la integridad personal, e incluso el derecho a la vida, es de destacarse que existe otra dimensión a la que tímidamente la Corte se ha acercado, y que es importante categorizar desde la noción del acceso a la tierra, ya no como condición de subsistencia, sino de existencia, en sentido heterogéneo, desde el enfoque meta-ecosistémico.

IV. ACCESO AL TERRITORIO: SUBSISTENCIA Y EXISTENCIA.

La vida, entendida como forma de subsistencia material de los pueblos originarios, según lo ha interpretado recurrentemente la Corte, depende en gran medida del acceso que dichos pueblos tienen a la posesión y propiedad de sus territorios. En esa postura se omite el análisis del derecho a la vida desde esa relación holística con la identidad, la cultura y el territorio, es decir, más allá de la vida material.

En el caso Xakmok Kasek, la CIDH afirmó que la falta del derecho a la propiedad comunal contrajo la vulnerabilidad y desprotección extrema de ese pueblo, lo que provocó violaciones del derecho a la vida y a la integridad personal¹²¹. Tal afirmación mostró una posición basada en las condiciones de marginación de dicho pueblo, que ocasionaron las muertes de sus integrantes. Por su parte, la Corte afirmó que en el marco de la falta de restitución de sus territorios, los integrantes del pueblo Xakmok Kasek padecieron de muertes, de miseria y abandono, lo que ocasionó un sufrimiento moral o psíquico que ha sido interpretado como una afectación del derecho a la integridad personal, en términos del artículo 5.1 de la CADH¹²².

Además, la Corte documentó que el despojo de territorios ancestrales del pueblo Xakmok Kasek provocó la afectación del derecho a la vida de algunos de sus integrantes, situación que habría merecido un pronunciamiento en el marco de análisis del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la CADH, y que no fue objeto de mención en la sentencia del caso, a pesar de que la Corte ha observado que el despojo de tierras y la reubicación del pueblo originario hacia las llamadas “estancias”, espacios de marginación y miseria,

tienden a la aniquilación física de las personas integrantes de dicho pueblo.

De tal forma que el tribunal interamericano ha fijado el criterio del derecho a la vida únicamente sobre la noción de subsistencia, relacionada al acceso a los servicios públicos y asistencia social¹²³, o a lo que también es nombrado como “vida digna”, además de ser vinculado al acceso a los servicios de salud y asistencia social para prevenir la mortalidad de varios de los integrantes de dicho pueblo, dando forma a un concepto vinculado al acceso a los servicios sociales de agua, alimentación, salud y educación, y no a la noción de integridad comunitaria, vida cultural simbólica o meta eco-sistémica.

A pesar de lo mostrado, es de reconocerse que la Corte ha hecho un esfuerzo por acoplar la norma jurídica a los paradigmas originarios en algo tan esencial como el derecho al territorio, intentando estirar el derecho occidental a favor de las epistemologías originarias, a través de la hermenéutica progresista de los derechos humanos, situación que debe desatacarse, pues su ejercicio, en ciertos aspectos, ha tendido al sometimiento del derecho oficial por las normas originarias, es decir que ha constituido un ejercicio hermenéutico de utilidad para la contra-hegemonía de la norma jurídica oficial.

En el caso del pueblo Yakye Axa, la Corte consideró que la falta de tierras, podría acarrear una pérdida étnica y cultural irreparable, aludiendo la trascendencia del derecho a la propiedad originaria, con relación a la supervivencia de éstos¹²⁴, destacando en la sentencia relativa al caso, una

breve alusión al daño inmaterial irreparable relacionado a la vida del pueblo Yakye, entendido por la Corte como daño a la identidad cultural¹²⁵. Ello representó el asomo a una noción más amplia de existencia, y por lo tanto de vida, como una noción holística meta-ecosistémica.

Posteriormente, la Corte mantuvo la convicción de vincular la posesión del territorio con la vida y la identidad cultural, aunque esta vez integró al discurso del derecho, un correlato basado en una categoría histórica que no se encuentra en otros casos resueltos por ese tribunal: documentó que el territorio del pueblo Saramaka, también representa la base de la lucha contra el esclavismo. Con ello ha nutrido el paradigma jurídico de territorio y propiedad como derecho originario, desde una epistemología histórica que reconstruye la motivación de la norma jurídica, integrando a ella el factor de violencia histórica hacia ese pueblo, teniendo como efecto el favorecimiento de la lucha emancipatoria de los pueblos originarios frente al derecho liberal¹²⁶.

Nuevamente a la luz del caso del pueblo Xakmok Kasek, la lengua, el rito, el conocimiento, las formas de memorar y la relación con el territorio, son factores que a criterio de la Corte permiten la existencia de dicho pueblo, indicando que la falta de tierras tradicionales ha afectado su existencia¹²⁷. Hasta ahora, la Corte ha perfeccionado gradualmente la noción heterogénea de existencia, compartida por diversos pueblos originarios en latinoamérica, acercándose tangencialmente a una noción contra-hegemónica del paradigma clásico de propiedad territorial.

En la sentencia de fondo del caso del pueblo Kichwa de Sarayaku, ese tribunal reconoció que tratándose de pueblos originarios, el derecho a usar y gozar del territorio es indisociable de la protección de los recursos naturales, y que la protección de la propiedad en tanto que derecho previsto en el artículo 21 de la CADH, interpretado en el sentido colectivo, es necesaria para que dichos pueblos mantengan el control en el uso de los recursos naturales y con ello, la supervivencia física y cultural simbólica¹²⁸ conformada por la

identidad y la protección de los recursos naturales.

No obstante, a pesar de la progresividad de los criterios de la Corte, podemos considerar que éstos pueden acercarse más a una noción integral del paradigma territorio - existencia, por lo que no es posible considerar aun la resolución estructural, desde un punto de vista epistemológico y hermenéutico jurídico, del equilibrio de los paradigmas necesarios para la justiciabilidad de los derechos originarios, en el marco de los desafíos que implican la búsqueda de justicia para éstos en los sistemas jurídicos mestizos.

En el caso del pueblo Garífuna, puede advertirse que la motivación basada en el respeto de la cultura originaria y la existencia de sus pueblos, pretende justificar el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH, y solo eventualmente se vincula, de manera incipiente, con la supervivencia simbólica de los pueblos¹²⁹; ello, a pesar de que por lo visto, el respeto a la posesión y propiedad de los territorios originarios promovida por la Corte, depende en gran medida de la existencia holística de sus pueblos, que bien podría incluirse al contenido del artículo 4 de la CADH, paradigma que tratamos de explicarnos como la *unidad esencial*, y que la CIDH recientemente ha bosquejado al considerar que un fundamento de la prevalencia del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras originarias, sobre la propiedad individual clásica, reposa en la conexión de su sentido con la vida¹³⁰.

V. UNIDAD ESENCIAL

Los cuestionamientos acerca del desarrollo hermenéutico de la norma internacional sobre derechos humanos, nos llevan a valorar lo que ocurre cuando la relación afectiva y espiritual de los pueblos con la tierra, no se puede concretar debido a la usurpación de ésta, y si ello no implica una franca negativa del derecho a vivir originariamente, es decir, de existir en tanto que paradigma holístico de vida. Para ello, nos hemos preguntado qué tipo de derecho a la vida reconoce el sistema de derecho occidental, y si puede considerarse que la desatención a los reclamos de los pueblos originarios, en este contexto, se convierte en negación de la vida como paradigma de existencia.

Estos cuestionamientos podrían ser resueltos de manera razonable a través del enfoque de la *unidad esencial*, que estimamos, se aproxima al paradigma de existencia originaria con el que se intenta comprender de manera integral la inclusión en el derecho occidental estatal que rige la vida de esos pueblos, de un paradigma holístico existencial compuesto de manera interdependiente por las categorías de vida, territorio e identidad, en el marco de la comprensión meta eco-sistémica de la relación entre pueblos y territorios originarios.

Lo que debemos considerar en principio, para entender la *unidad esencial* de la que parecen formar parte los pueblos originarios, es que la noción de propiedad debe entenderse en el sentido de lo comunitario, tomando distancia del marco individualista del pensamiento liberal occidental, así como de la noción estrictamente colectiva utilizada por la Corte. Ni siquiera parece tener

un sentido cierto para esos pueblos la noción oficial de propiedad y la necesidad de titulación, si no fuese por la intrusión del derecho estatal en la apropiación de sus territorios ocupados históricamente, visto como amenazas de injerencias exteriores¹³¹.

La noción de propiedad debe entenderse en el sentido de lo comunitario, tomando distancia del marco individualista del pensamiento liberal occidental, así como de la noción estrictamente colectiva utilizada por la Corte.

La Corte ha promovido la protección del pensamiento colectivo cultural para garantizar la supervivencia, en sentido holístico, situación que podemos ver en la sentencia del caso Comunidades Afrodescendientes en Colombia, en el que señaló que el régimen de propiedad comunitario no solamente busca proteger el uso y goce de la tierra, sino que busca la protección al pensamiento integrado de los pueblos originarios y tribales, a través de la noción de protección colectiva, permeada por los fundamentos de paradigmas originario¹³².

En ese marco, advertimos que la ponderación hermenéutica de la propiedad privada y el uso comunitario de las tierras¹³³, es en sí un ejercicio que encierra el fenómeno histórico del colonialismo de los pueblos originarios y su territorio, pues contraponen dos paradigmas culturales que en el marco de los derechos, se friccionan dadas sus características históricas, lo que nos lleva a pensar que tal vínculo histórico constituye un factor justificativo de la necesidad imperante de garantizar absolutamente el derecho a la propiedad originaria, como la propiedad.

En segundo término, el paradigma de equilibrio meta eco-sistémico de conservación, dentro del que se ubican los pueblos originarios como grupos humanos de fuerte identidad, sugiere una necesidad fundamental de preservación, desde el derecho, de su existencia como entidades humanas de esencia material y simbólica, al representarse como un elemento inalienable de la naturaleza, en el que la tierra tiene un papel principal, sugiriendo la pertenencia de los pueblos al territorio, como factor fundamental de vida que incluye la unidad cultural sobre la que depositan el relato histórico ancestral del pueblo.

En ese sentido, el pensamiento originario como el de los pueblos Kichwa de Sarayaku o el de Yakyé Axa, refleja un entendimiento del tierra, sus recursos, y de ellos mismos, en comunión, cual unidad eco-sistémica de existencia física y emocional¹³⁴ (simbólica); esto es, una noción holística del territorio relacionada no solo a la preservación del ecosistema visto alienadamente a la persona humana, sino a la conservación de la naturaleza eco-sistémica de la que la persona humana forma parte de manera subordinada, y que contiene su identidad histórica como requisito de existencia, es decir, de la vida, lo cual permite comprender que su relación con el territorio no es utilitaria, sino que forma parte de un modelo de equilibrio natural simbolizado en la expresión “*vivir con la naturaleza*”; a diferencia de la sociedad moderna occidental que vive de la naturaleza¹³⁵.

Además del paradigma comunitario de propiedad, y el carácter eco-sistémico natural de conser-

vación del territorio, se halla la dimensión simbólica de los paradigmas originarios que vinculan el derecho de acceso a éste, con la existencia y su noción de vida que rebasa la simple representación de subsistencia. Es en ese entendido que adquieren relevancia las nociones advertidas por la Corte, de *intertemporalidad* de la relación de los ancestros de los pueblos y la tierra¹³⁶, así como la noción *omnicomprensiva* de la tierra¹³⁷, y la representación religiosa de ésta¹³⁸, elementos que aderezan sustantivamente la noción de vida y existencia.

Por otra parte, aunque se valora positivamente el reconocimiento del derecho de acceso al territorio originario, desarrollado por la Corte como una condición de subsistencia ante la vulnerabilidad física, a las condiciones de vida precarias, a los sufrimientos y a la preservación de la forma de vida y las costumbres¹³⁹, dicho tribunal no necesariamente alude a un esquema de propiedad abarcador, y tampoco alcanza el punto nodal de la afectación causada por la falta de garantía de ese derecho, que es la afectación a la vida meta eco-sistémica.

Como hemos dicho, no puede negarse el avance tangencial de la interpretación del derecho a la propiedad desde el enfoque con el que la Corte lo acerca a los paradigmas originarios. Sin embargo, lo que aquí se destaca, y que la Corte, como hemos dicho, no ha conseguido advertir del todo, es que pareciera inevitable que el derecho al territorio (propiedad cultural), incluidos los derechos relacionados a éste (consulta, autodeterminación y personalidad), se encuentra claramente vinculado con dos derechos fundamentales, como lo son, la vida (paradigma del derecho a la vida basado en la existencia comunitaria simbólica) y a la integridad (paradigma de integridad intracomunitaria simbólica), siendo el desarrollo conceptual de tal relación, indispensable para que el paradigma comunitario tratado en la jurisprudencia de la Corte adquiriera mayor congruencia con el pensamiento de los pueblos originarios, lo que, insistimos, constituiría una herramienta de revolución epistemológico-jurídica.

Hemos puesto la atención en la consideración de la Corte, en el sentido de que la prevalencia de la propiedad privada clásica, sobre la colectiva, arriesga la subsistencia física de los pueblos originarios¹⁴⁰. Tal consideración revela un modelo de reconocimiento “a medias” de los paradigmas originarios, dedicado a la subsistencia física de sus pueblos, situación ampliamente cuestionable si consideramos que de manera oportuna, los representantes del pueblo Yakye Axa, hicieron del conocimiento de ese tribunal, aportando evidencias antropológicas, que la vida como derecho, incluye no solamente la noción material, sino la existencia simbólica, lo que fue entendido como dotar de sentido a la existencia de los pueblos originarios¹⁴¹.

Si como lo ha dicho la Corte, la posesión prolongada genera el derecho de la tierra comunal para los pueblos originarios¹⁴², habría que preguntarse si se deposita acaso la legitimidad de ese derecho en el vínculo de la identidad ancestral y la vida, o bien, si con ello puede la Corte adoptar nuevas hermenéuticas para definir -atendiendo a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos- un concepto que haga inajenables las nociones del derecho a la vida y al territorio, en el sentido de la *unidad esencial*. En todo caso, la mención del vínculo estrecho entre la “producción agrícola” y la reproducción social en el caso del pueblo Garífuna de Punta Piedra¹⁴³, exigiría un esfuerzo hermenéutico importante para interpretar dicha terminología, fuera de los principios mercantiles que colocan a la tierra en una concepción occidental de intercambio lucrativo, y para sustraer del modelo dominante de “desarrollo” y “civilidad” al que vinculan tales conceptos al pueblo Garífuna.

Al margen de lo anterior, los criterios desarrollados en el caso del pueblo Garífuna de Punta Piedra, se aproximan incipientemente a un entendimiento integrado de la inter-relación entre la propiedad de la tierra y la existencia de los pueblos originarios¹⁴⁴, aludiéndose a la existencia cultural de la que podría desprenderse la existencia simbólica meta eco-sistémica del pueblo.

Después de varios años de construcción jurisprudencial acerca de los derechos de los pueblos originarios en Latinoamérica, la Corte no parece haber consolidado un estándar mayormente abarcador de la relación heterogénea del territorio con los pueblos originarios, como paradigma de existencia holística que merezca ser protegida con nuevas hermenéuticas del artículo 4 de la CADH.

La Corte no ha consolidado hasta ahora un estándar abarcador del derecho a la vida comunitaria y su relación heterogénea con el territorio de los pueblos originarios, como paradigma de existencia holística que merezca ser protegida con nuevas hermenéuticas del artículo 4 de la CADH.

Las contradicciones epistemológicas derivadas de las sentencias, subsisten mientras advertimos que los integrantes de la Corte disgregan los elementos que comprenden la *unidad esencial*, separando por ejemplo en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku, la noción de subsistencia material, con los paradigmas de pensamiento indígena que conforman su vida esencial simbólica¹⁴⁵, mientras que en el caso de las Comunidades Afrodescendientes de Colombia, aun cuando la Corte destaca el paradigma distintivo del territorio, mantiene la invisibilidad de las afectaciones simbólicas de dichos pueblos, provocadas por la desposesión de sus territorios, situación que debería proyectarse en la forma de integrar la reparación del daño, entre otros ámbitos, desde el contexto de la *unidad esencial*, situación que la Corte no atiende bajo ese enfoque¹⁴⁶, permitiendo con ello la preservación transcontinental del espíritu colonial que en su momento la doctrina de los derechos humanos introdujo en los pueblos del continente africano, con la adopción del sistema económico neoliberal en dicha región¹⁴⁷.

Como se ha sugerido anteriormente, a lo largo de la construcción jurisprudencial en materia de pueblos originarios, la Corte desvincula las nociones de vida meta eco-sistémica y vida material de dichos pueblos, entendiéndose la noción de "subsistencia", como condición material de supervivencia¹⁴⁸, y no como la heterogeneidad que conforma la existencia holística de los pueblos originarios, dejando fuera del análisis la política de asimilación y exterminio de las tradiciones originarias, observada en países como Paraguay¹⁴⁹. En cambio, finalmente la CIDH¹⁵⁰ sí se acerca sensiblemente al entendimiento de esa *unidad esencial*, que el Estado, cabe notar, niega¹⁵¹.

Es en el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku, desde el que la CIDH también se acercó a la comprensión del principio de *unidad esencial*, vinculando las afectaciones causadas por la omisión de regular la intervención de una empresa petrolera en el territorio originario, con el derecho a la vida y la preservación del legado cultural, en términos del artículo 4 de la CADH.

Aunque la Corte, por su parte, parece reflexionar respecto del reconocimiento del principio referido, estableciendo que las restricciones y salvaguardas a la propiedad comunal originaria del pueblo Kichwa se centran principalmente en el hecho de que no se niegue la subsistencia de los pueblos originarios¹⁵²; por otro lado, retrocede un paso en su vocación transformadora del derecho, cuando se pronuncia respecto de la violación del derecho a la vida y a la integridad personal, desvinculándolos de los elementos simbólicos que le dan sentido a la existencia cultural del pueblo, centrando su análisis en el riesgo a la vida de los integrantes de dicho pueblo, que el uso de explosivos en los territorios originarios contrajo. Ello, sin aclarar el vínculo de violencia que implicaba la extracción de recursos en dichas tierras, y la afectación de las acciones contra el territorio Kichwa¹⁵³.

En el marco de las contradicciones advertidas en el ejercicio jurisprudencial de la Corte, el derecho de los niños pertenecientes a pueblos originarios es visto igualmente desde una óptica disociada al principio de *unidad esencial*, favoreciéndose la óptica asistencialista a partir de los servicios que el Estado brinda a ese sector, y se alude marginalmente - en perjuicio de la interpretación efectiva del principio jurídico del *interés superior del niño* - al grave impacto que tiene sobre éste el despojo de su identidad y la imposición de la forma de vida alejada de su origen¹⁵⁴ y del desarrollo cultural propio de su identidad.

En el mismo caso, el juez Fogel exhibe un criterio aún más ajeno al principio de *unidad esencial*, dispensando la obligación estatal de garantizar derechos, al señalar que la responsabilidad sobre el derecho a la vida, a partir de la dotación de servicios públicos, es atribuible a la pobreza extrema, y no es únicamente responsabilidad del Estado, sino atribuido a otros factores¹⁵⁵. En contraste, otros jueces de la Corte han desarrollado criterios que podrían conformar la base de un nuevo paradigma de derechos de los pueblos originarios, vinculado al concepto de *unidad esencial*. Al respecto, es justo destacar el esfuerzo de los otrora Jueces Sergio García y Antonio Cançado,

La Corte renuncia a su vocación transformadora cuando aborda el derecho a la vida (artículo 4 de la CADH) de los pueblos originarios desde una óptica individual, y no comunitaria a la luz de los elementos simbólicos que le dan sentido a la existencia cultural.

quienes se aproximan a la re-dimensión del derecho a la vida consagrado en la CADH¹⁵⁶ para su acoplamiento al principio promovido, al tiempo que el Juez Mac Greggor, por su parte (aunque tímidamente), promueve un criterio cercano a dicha noción¹⁵⁷.

Así, la relación inexpugnable entre las categorías de “identidad” -concepto abarcador de un sistema de pertenencia y preservación- y de vida, ha sido sugerida en ocasión de diversas sentencias de la Corte respecto del derecho a la propiedad originaria¹⁵⁸, facilitando la trascendencia de tales hermenéuticas en la *justiciabilidad* de los derechos. Pero es el Juez Antonio Cançado, quien consideró en la sentencia relativa al pueblo Yakye Axa, que debió razonarse mayormente el derecho a la vida¹⁵⁹, el que proporciona la pauta para sugerir que el perfeccionamiento hermenéutico de tal derecho puede incluir la noción de existencia meta eco-sistémica que hemos propuesto. Tal iniciativa es importante, pues necesario será integrar a nuestra noción jurídica, la plena convicción de que la falta de garantía hacia ese derecho, bajo el esquema tratado, provoca que los demás derechos carezcan de sentido¹⁶⁰.

VI. ACCESO A LA JUSTICIA.

La Corte se ha enfrentado, en el mejor de los casos, a un discurso de aparente reconocimiento oficial del derecho a la propiedad originaria, desplegado por los Estados Latinoamericanos, sin que en los hechos se garantice de manera efectiva, al menos desde la delimitación y titulación de los territorios ancestrales, que tanto exige el sistema estatal de propiedad legal. Por tanto, no se ha actualizado la garantía jurídica de propiedad adecuada al paradigma comunitario, lo que constituye un disimulo de protección que encubre el incumplimiento de la obligación estatal determinada en los artículos 1.1 y 2 de la CADH respecto del artículo 21 de esa misma Convención, de garantizar la titularidad de la tierra, situación que la Corte ha advertido de manera reiterada¹⁶¹.

En el marco del análisis expresado previamente, la insuficiencia de garantías principalmente legislativas y administrativas, así como la falta de armonización de éstas con el resto de la normatividad estatal, debida a obstáculos impuestos por el favorecimiento de los principios de explotación racional y productividad económica, o la existencia de disposiciones jurídicas estrictamente declarativas, sin cláusulas de sanción¹⁶², hace manifiesta la ineffectividad de los recursos jurídicos previstos por los Estados para garantizar la protección irrestricta de la propiedad originaria.

Debemos reconocer que la reivindicación jurídica y social de los pueblos originarios debe tomar participación desde el reposicionamiento de sus paradigmas como sistemas de creencias, esfuerzo que debe hallar cobijo en las bases axiológicas del pensamiento y la moral, que en franca interacción con el derecho, podría encontrar un recurso de

fortalecimiento¹⁶³, preponderando *la necesidad fundamental de derecho emancipador*¹⁶⁴ justificada desde la postura de la *ley del más débil*¹⁶⁵ afín a la *justiciabilidad* de los derechos de los grupos sociales oprimidos. Ello implicará reconocer la forma en que se ha construido el conocimiento que da fondo a dicho sistema, y sólo entonces la verdadera apuesta en el marco de exclusión de los pueblos originarios, estaría, como lo señala Zizek, *en el derecho fundamental a ser escuchados y reconocidos como iguales en la discusión*¹⁶⁶.

La reivindicación jurídica y social de los pueblos originarios debe tomar participación desde el reposicionamiento de sus paradigmas como sistemas de creencias, preponderando la necesidad fundamental de derecho emancipador.

De tal forma que el uso del conocimiento elaborado al margen del credo occidental, determina las posibilidades de dotar de una mejor racionalidad -por tanto de una justificación y motivación con mayor aptitud- a la norma jurídica aplicada a dichos pueblos, basándose en el pensamiento emanado de éstos¹⁶⁷, pretendiendo con ello dotar de efectividad a la garantía, en una dimensión de la justicia con canales institucionales compatibles con la necesidad del bien social concebido por los pueblos originarios.

Si consideramos que las identidades originarias se encuentran en reconfiguración¹⁶⁸ a partir de la inercia histórica y de las herramientas que las instituciones occidentales proporcionan para la reivindicación de sus paradigmas, podemos asegurar que la jurisprudencia de la Corte se ha convertido en uno de los foros más fecundos en el plano jurídico, para tal labor, aproximándose al modelo de *resistencia constitucional* de los Estados, descrito por Vital¹⁶⁹, que devela las formas de violencia estructural que ejerce el occidente en contra de los pueblos originarios, como la opresión y criminalización de sus integrantes a través del sistema penal útil para la colonización que exponencialmente afecta a las mujeres indígenas, debido a los grados de vulnerabilidad a los que se enfrentan particularmente éstas en dichos procesos¹⁷⁰.

Ahora bien, si consideramos que los derechos fundamentales son universales, por ser reglas generales que requieren de condiciones de eficacia¹⁷¹, debemos asumir que los criterios de la Corte habrán de destinarse a promover la eficacia del contenido de los derechos originarios, no solo en el SIDH, sino en su proyección dentro de los sistemas jurídicos estatales, por lo que representan una plataforma procedimental de sólido alcance para el posicionamiento de los paradigmas originarios, frente a los sistemas jurídicos oficiales.

Destacar tal cualidad es indispensable si reconocemos que desde la corriente neo-indigenista de pensamiento, la reivindicación de las epistemologías de los pueblos originarios constituye una lucha contra el pensamiento liberal, que confronta los principios del neo-liberalismo y la globaliza-

ción económica, basados en nociones como la "civilización", lo "político" o la "legalidad"¹⁷², ésta última con valor reconocido en una estructura *societal* general, y que se sobrepone a las estructuras sociales parciales¹⁷³; conceptos claramente orientados al "mercado", y que afectan la capacidad de controlar la *reproducción cultural*¹⁷⁴ de los pueblos originarios.

Nos hemos detenido en los rasgos del pensamiento jurisprudencial interamericano que tienden a una hermenéutica afín a la *justiciabilidad* efectiva de los derechos de los pueblos originarios, en materia de ocupación y posesión histórica de territorios. Sin embargo, para que el derecho a la propiedad pueda acoplarse a las necesidades territoriales de esos pueblos, es decir, con un sentido contra-hegemónico, debe ser redimensionado con el enfoque de la multiculturalidad progresista¹⁷⁵, apuntando hacia la construcción de una de las garantías de reconocimiento y diversidad, conformada por la aplicación de mecanismos jurídicos tendientes a fortalecer la noción del pluralismo cultural equitativo desde el orden jurídico oficial.

Para ello, la Corte se encuentra en la mejor coyuntura regional por el hecho de erigirse como factor regional preponderante que transita hacia una suerte de convencionalismo multicultural, y de manera interdependiente, incitando a la composición de un constitucionalismo multicultural en los Estados latinoamericanos, que permitiría integrar los símbolos esenciales de los pueblos originarios, a los sistemas jurídicos estatales que se les han impuesto.

A pesar de las contradicciones en los criterios de la Corte, ésta ha demostrado que la *justiciabilidad* de los derechos de los pueblos originarios se proyecta favorablemente con la interpretación progresista e incluyente de los preceptos contenidos en la CADH y demás tratados regionales de derechos humanos, por lo que sin duda, se trata de un ejemplo virtuoso que discurre las formas de transformar los patrones de interpretación normativa, y la aplicación del derecho como sistema organizativo.

Tal virtud es asumida gracias a que algunos de los integrantes de dicha institución han tenido lucidez para recoger las formas de pensamiento originario, flexibilizando el derecho desde un modelo que se acerca a la racionalidad filosófica transcultural de la ciencia jurídica, que permite el diálogo de paradigmas¹⁷⁶, y su acoplamiento complementario con el sistema jurídico que reconoce más la emocionalidad de la norma, transitando hacia el mestizaje que Boaventura de Sousa expresa en las relaciones de poder interculturales y la interpenetración de paradigmas¹⁷⁷.

Para ello, debe hacerse notar la importancia de la interpretación bajo el principio *pro persona*, como vehículo que alimenta el contenido de la norma oficial más allá de la adopción de una simple hermenéutica benéfica de la norma más protectora, y que percibe el vínculo natural de una comunidad originaria con su territorio, el entorno, su preservación, la dimensión inter-temporal regida por la conservación de la herencia simbólica de identidad y la dialéctica de la muerte con la vida; factores que podemos advertir en la jurisprudencia interamericana¹⁷⁸ y que se encuentran ausentes en la noción de propiedad *iuscivilista* que rige el derecho estatal.

Ante el balance de las virtudes y las carencias del ejercicio hermenéutico de la Corte, se descubre el desafío de un paradigma de reivindicación, por qué no decirlo, de clase, que la Corte puede interponer frente a un sistema económico que pone en riesgo permanente el control y la gestión de los recursos naturales materiales y simbólicos, necesarios para la existencia de los pueblos originarios, lo que, visto desde el enfoque de *unidad esencial*, convierte a esa lucha en una forma de defensa de la vida "originaria".

Son sin duda éstas razones fundamentales por las que debe considerarse fuertemente la promoción de un modelo de obligatoriedad de esa jurisprudencia, cual esquema de aplicación preferencial y vinculante¹⁷⁹, como agente de acceso efectivo a la justicia de los pueblos originarios.

La Corte tiene el desafío de emplear nuevas hermenéuticas legales de reivindicación de clase, frente al sistema económico que pone en riesgo los recursos naturales y paradigmas simbólicos de los pueblos originarios.

Un componente afín a esta visión, se advierte al momento en que la Corte destaca las cualidades dialécticas de los tratados internacionales como la CADH, en calidad de instrumentos vivos, practicando la hermenéutica de éstos conforme a la evolución de los tiempos, las condiciones de vida de los pueblos originarios y sus características culturales, haciendo posible la protección mayormente efectiva de sus derechos¹⁸⁰. La mayor muestra de esto, es la armonización de los llamados derechos civiles y políticos establecidos en esa Convención, con las necesidades de los pueblos originarios, ponderándose la necesidad del diseño de normas para garantizar sus derechos¹⁸¹ y el perfeccionamiento de recursos que, como se expresó en el caso del pueblo Garífuna de Punta Piedra, brinden la posibilidad real de acceso a la justicia¹⁸².

Desde su propia hermenéutica interna y construcción dogmática de incidencia en los sistemas jurídicos estatales, la jurisprudencia de la Corte se erige como una plataforma legítima de obligatoriedad en dichos sistemas, apuntando hacia el acceso real a la justicia regional; más aún cuando se ha considerado el impacto jurídico generalizado que pueden tener las sentencias en casos de pueblos originarios y tribales, dadas las semejanzas entre identidades y características culturales¹⁸³.

Además, ese tribunal ha instrumentado un modelo de conjugación efectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho constitucional de los Estados, ante la promoción de un *ius constituionale comune latinoamericanum* en materia de derechos humanos cada vez más legitimado en la región como herramienta de *justiciabilidad* que suple las carencias de los sistemas estatales internos¹⁸⁴, y que bien podría enmendar la deficiencia legislativa¹⁸⁵, particularmente del incumplimiento de la obligación funcional legislativa¹⁸⁶, - incluso guiando un modelo de suplencia legislativa efectiva¹⁸⁷- que desapegada a los estándares de protección, y en general la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos, brinde una alternativa para enfrentar el problema

La hermenéutica jurisprudencial de la Corte ha mostrado contar con la facultad de dinamizar el alcance de los derechos, crear el vínculo efectivo entre la norma jurídica y sus razones epistémicas, para darle fidelidad al contenido del derecho que pretende armonizar las relaciones entre los factores humanos que encabezan el poder oficial y los pueblos originarios.

del *autocontrol administrativo*¹⁸⁸, factor de preservación hegemónica que presenta posibilidades escasas de transformación progresista de la norma.

Cómo negar entonces la necesidad de aplicar la jurisprudencia de forma vinculatoria (lato sensu), destacando su función en la dimensión regional y en la de los tribunales nacionales, en el marco del sistema de acoplamiento funcional¹⁸⁹ entre el control de convencionalidad, y la interpretación conforme, que como lo ha dicho el jurista José Luis Caballero, en tanto que herramienta integradora de los derechos que revela su contenido esencial, dirige la actuación de los tribunales nacionales e internacionales¹⁹⁰, y que lo proyecta orientando el contenido trascendental de la norma jurídica, destacando el creciente protagonismo de los jueces, dada su contribución cada vez mayor en la recomposición constante de la jerarquía de normas¹⁹¹, en este caso dentro del quehacer judicial interamericano.

Habremos de recordar que el objeto y fin de las cartas de derechos nacionales y los tratados internacionales de derechos humanos, es innegablemente la protección de la persona humana. Mecanismos jurídicos de lo que denominamos *vía de protección*, como la aplicación efectiva de la jurisprudencia, son esenciales para la aplicación efectiva de dichos instrumentos, dentro del esquema del *ordre public* de los pueblos multiculturales, y no pueden ser contrapuestos por las normas de ese mismo orden al que se integra la protección de la persona humana como fundamento esencial y último del derecho.

En ese sentido, la hermenéutica jurisprudencial de la Corte ha mostrado contar con la facultad de dinamizar el alcance de los derechos, crear el vínculo efectivo entre la norma jurídica y sus razones epistémicas, para darle fidelidad al contenido del derecho que pretende armonizar las relaciones entre los factores humanos que encabezan el poder oficial y los pueblos originarios. De tal suerte que el alcance de la hermenéutica jurisprudencial regional debe fijarse en los procedimientos de justicia dentro del orden legal de los Esta-

dos Latinoamericanos activados por el ejercicio del derecho de petición, y si, como lo ha dicho Antonio Cançado, los Estados tienen el interés de dotar de eficacia a ese derecho¹⁹², tendríamos que pensar en la necesidad de que la norma jurídica se ajuste a la dimensión contra-paradigmática de los derechos humanos, trayendo al juego del derecho estatal las formas de regulación y pensamiento originarios, para sellar su aplicación efectiva dentro de las realidades de sus pueblos, a través de la obligatoriedad en la adopción de los criterios que fungen como puentes de comunicación armónica paradigmática.

Estamos convencidos de que las sentencias de la Corte pueden ser un factor de transformación paradigmática hacia una justicia cognitiva social, en el marco de lo que podría ser definido como una práctica “neo-internacionalista” progresista. Desde ese enfoque, sus sentencias guardan un componente de transformación estructural, en el sentido de que insertan al sistema jurídico oficial los motivos simbólicos contenidos en paradigmas originarios de auto-preservación de dichos pueblos.

La Corte cuenta con las condiciones para transitar hacia un modelo de activismo *judicial dialógico*, como aquél caracterizado por la Corte Constitucional Colombiana¹⁹³, con el uso eficiente y progresista del derecho, redefiniendo el contenido de los derechos desde su dimensión “declarativa”, hacia la transformación del vínculo del mundo occidental y mestizo con los pueblos originarios en la geografía continental, ampliando su apreciación de los derechos desarrollados en el *corpus iuris* interamericano, desde las epistemologías y las hermenéuticas originarias, es decir, desde la aplicación desnaturalizada de los derechos humanos occidentales.

En concreto, si pensamos que la Corte puede emitir sentencias estructurales -en la dimensión simbólica epistémica-, podríamos imaginar el fortalecimiento de la lucha contra la *resistencia política*¹⁹⁴ de los Estados latinoamericanos, obstáculo principal interpuesto por los sectores sociales de poder que pretenden mantener el *status quo* al

momento de implementar la decisión jurisdiccional; mientras que por otra parte, permitiría enfrentar el *bloqueo jurídico*¹⁹⁵ que el mundo occidental a través de sus instituciones, despliega en el proceso de formación de la ley, en perjuicio de grupos sociales marginados.

Es desde este marco que podemos exigir de las sentencias emitidas por la Corte, que se instituyan en prácticas epistémicas de mayor calado, desde estructuras axiológicas de la ética meta eco-sistémica de conservación, que doten de sentido a la norma que se aplica en el contexto cultural de los pueblos originarios y el mestizaje de la norma estatal, lo que tendría por efecto una acción comunicativa de raíces históricas que puede promover con mayor fidelidad la transformación de los mitos del derecho occidental, como ya lo ha hecho en cierta medida con el derecho a la propiedad.

Finalmente, queremos subrayar la importancia de incluir en el análisis estructural, las circunstancias históricas de dominio del derecho oficial, pues debemos advertir que éstas han provocado la necesidad fundamental de derecho liberador¹⁹⁶ de los pueblos originarios, a través de la visualización de un núcleo de exigencias legales vinculantes¹⁹⁷ en la *justiciabilidad* de sus derechos. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte, al ser fiel a la historia de los pueblos y su epistemología originaria, brindaría más posibilidades de desarrollar una forma de acción jurídica contra-hegemónica, en beneficio de ese sector social e histórico fundamental en la vida de América Latina; ello, siempre y cuando sea dotada de fuerza obligatoria en los Estados, que tienen del deber, como se ha dicho, de garantizar en principio los derechos de sus pueblos.

VII. CONCLUSIÓN.

Si acordamos que el conocimiento es la base del poder, las epistemologías se convierten en instrumentos preponderantes del pensamiento central a través de los cuales se ejerce un dominio y en el mejor de los casos, se equilibra. Los enfoques desde los cuales nos explicamos a la norma jurídica del SIDH, son solo una forma de conocerla, de interpretarla, pero no es inmutable, y tal vez sea esa la afirmación más difícil de abrazar, porque ello exige la renuncia al poder prevalente de las ideas fraguadas en el derecho estatal, que a menudo sobrevaluadas, no dejan de ser un espejismo en el corolario de significados multiculturales.

Aprender a compartir el poder que el conocimiento otorga, significa aceptar la posibilidad de explicar de una forma diferente, un mismo hecho, y que la validez del mismo sea complementaria en una dimensión paralela a la del enfoque ejercido como una meta-narrativa o un correlato. También permite reforzar la entereza de cada forma particular de entender la vida, la naturaleza y la asunción del "otro" desde sus características esenciales dentro de la realidad continental, y como efecto de ello, la aceptación propia como pueblo. Es sin duda éste el gran reto de transformación que tiene la ley occidental que en el contexto latinoamericano necesariamente debe agudizar su pluralismo.

El histórico dominio hacia las formas de pensamiento no occidental, mediante credos como el los derechos humanos, ha provocado la exclusión de éstas en las normas jurídicas, así como en las acciones de las instituciones públicas y de justicia occidental de tradición formalista. El resultado es

la aplicación diferenciada de la ley entre sectores, y la omisión de resolver las diferencias estructurales. A ese respecto, una realidad perceptible de actualidad es el hecho de que *la comprensión del mundo excede con mucho la occidental y, por consiguiente, la comprensión occidental de los derechos humanos*¹⁹⁸.

Aunque advertimos las limitaciones de los sistemas jurídicos occidentales, desde su episteme, la hermenéutica practicada por la Corte puede aún reestructurar el contenido de los artículos 4 y 21 de la CADH, pues ya ha mostrado la fuerza de criterios progresistas. No resta más que decir, que la importancia de respaldar un modelo de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte, implica la posibilidad de promover fuertemente, de manera paralela, la aplicación de la misma en los mecanismos de justicia informales, o no jurisdiccionales, y aun mejorar los mecanismos que aunque dilatados, han gozado de éxito como en el reciente caso en México de la restitución de la tierra al pueblo Huichol en Nayarit¹⁹⁹.

Particularmente, el fiel entendimiento del derecho al territorio originario nos exige creer que, mientras ese derecho no se analice desde el enfoque de *unidad esencial*, en el contexto de violencia del occidente hacia ellos, y con el auxilio de la noción de cuerpo-territorio-tiempo, promotora de la descolonización hetero-patriarcal de la tierra y de las relaciones de equilibrio de género en la comunidad, que propone la epistemología del feminismo comunitario indígena²⁰⁰; no podrá avanzarse en la construcción de mecanismos legales que garanticen de manera efectiva y real ese derecho, tanto al interior de las comunidades originarias,

como hacia el exterior de éstas.

De tal suerte que la Corte tendrá el desafío de conciliar los principios del mundo moderno con el de los pueblos originarios, como lo han pedido representantes de las comunidades originarias tzotzil, rarámuri, mixe, hñahñu y purépecha en México²⁰¹, integrándose la episteme de esos pueblos para desvincular el derecho al territorio originario, de la dimensión de propiedad clásica y de todo el andamiaje que lo ha significado.

El caso del despojo y destrucción de tierras del pueblo Otomí – Mixteca de San Francisco Xochi-cuatla en México, por la construcción de una autopista, y el uso de la fuerza pública para la imposición del proyecto, en el que la CIDH ya ha emitido medidas cautelares²⁰², podría ser uno de los siguientes casos sometidos a la jurisdicción del SIDH en el cual podría exigirse a la Corte perfeccionar la hermenéutica de los artículos 4 y 21 de la CADH, de conformidad con el principio de *unidad esencial*.

Desapegándonos a la doctrina “jurídicamente correcta”, hemos sugerido en el presente artículo, la conformación de un régimen legal de propiedad originaria prevalente -desde un mecanismo oficial, sin pretender aludir a otras formas de arreglo originarias- plenamente justificado en la ética de la norma, la historicidad social y el enfoque de *unidad esencial*, como expresión de derecho transformador desde el SIDH. Con ese enfoque, podemos imaginar a la propiedad comunitaria originaria, como absoluta e irrestricta, cual expresión de reivindicación sustantiva de paradigmas originarios en el contexto de negación a la que son permanentemente expuestos; mientras que la noción de vida, acoplada a la propiedad, debe ser regulada más allá del relato que el derecho oficial ha previsto habitualmente.

Se trata, de un esfuerzo por reconfigurar la norma jurídica estatal, auxiliado por la teoría contra-hegemónica del derecho, que necesariamente lleva a juicio la noción de derechos subjetivos, y coloca a los derechos humanos en el curso de una crítica feroz, pero necesaria, a través de una posible

teoría de los *no derechos*, como expresión desmitificadora de la tradición teórica liberal que ha montado generacionalmente el “credo” de los derechos humanos.



CITAS

- 1 Coronil, Fernando, "Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo", en Lander, Edgardo, (comp.), La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas, Buenos Aires, CLACSO, pp. 59-60, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf>
- 2 Véase el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, en el voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, pár. 6.
- 3 Campaña Nacional en defensa de la tierra, <http://www.defensamadretierra.mx/nuevo/2016/11/06/la-tierra-no-se-vende-se-ama-y-se-defiende-la-consigna-en-el-inicio-de-la-caravana-de-las-resistencias-en-defensa-de-la-vida-y-la-madre-tierra/>
- 4 Regeneración, "Totonacos crean Comité de Defensa del Territorio vs fracking", 16 de septiembre del 2015, <http://regeneracion.mx/totonacos-crean-comite-de-defensa-del-territorio-vs-fracking/>
- 5 Sin Embargo.mx, "Mayas, yaquis y zapotecos firman acuerdo histórico: exigen a EPN fin a megaproyectos y sus daños", 14 de agosto del 2016, http://www.sinembargo.mx/14-08-2016/3080210?utm_source=Correo
- 6 Informe "Júba Wajíin. Una batalla a cielo abierto en la montaña de Guerrero por la defensa del territorio y la vida", Tlachinollan Centro de Derechos Humanos de la Montaña, Guerrero, 2016, https://mx.boell.org/sites/default/files/tlachinollan_web.pdf
- 7 Véase el caso Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, pár. 132-133.
- 8 El término originario, pretende ser usado en este artículo como adjetivo que define la cualidad del origen histórico continental de los pueblos, y que incluye a los pueblos llamados tribales, cuyas características son similares.
- 9 De Sousa, Boaventura, "Derechos humanos, desarrollo y democracia", p.14, <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derechos%20Humanos%20Democracia%20y%20Desarrollo.pdf>
- 10 Fitzpatrick, Peter, La mitología del derecho moderno, México, Ed. Siglo XXI, 1998, p. 73.
- 11 Rivera Cusicanqui, Silvia, "Ch'ixinakax utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores", Buenos Aires, Ed. Tinta Limón, 2010, p. 60, <https://chixinakax.files.wordpress.com/2010/07/silvia-rivera-cusicanqui.pdf>
- 12 Foucault, Michel, Defender la sociedad, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 36.
- 13 Bonilla Maldonado, Daniel, "Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico", p. 21, http://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf
- 14 Ibidem, p. 20.
- 15 Véase López Bárcenas, Francisco, "Autonomía y derechos humanos en México", México, Coyoacán, 2005, p.9, <http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/Autonom%C3%ADas%20y%20Derechos%20Ind%C3%ADgenas%20en%20M%C3%A9xico.pdf>
- 16 Olivé, León, "Por una auténtica interculturalidad basada en el reconocimiento de la pluralidad epistemológica", Pluralismo Epistemológico, Bolivia, CLACSO, 2009, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/coedicion/olive/olive.pdf>, p. 20 [Entendida la noción de justicia como el reconocimiento operativo de la diversidad cultural que a través de mecanismos jurídicos idóneos, permita alcanzar la protección de los paradigmas originarios]
- 17 Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279., pár. 76 y 77.
- 18 Ibidem, pár. 93.
- 19 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, pár. 34.
- 20 Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, pár. 87.
- 21 CDI, "Informe sobre desarrollo humano de los pueblos indígenas 2010. El reto de la desigualdad de oportunidades", Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), p.17, http://www.cdi.gob.mx/dmdocuments/idh_pueblos_indigenas_mexico_2010.pdf
- 22 Ibidem, p. 18.
- 23 CONEVAL, "Informe de pobreza multidimensional en México 2008", 2010, pp. 18 y 19. http://www.coneval.gob.mx/rw/resource/coneval/info_public/PDF_PUBLICACIONES/INFORME_POBREZA_MULTI_WEB.pdf. [concepto utilizado por ese órgano, en el cual se incorporan seis derechos sociales: educación, salud, seguridad social, vivienda, servicios básicos y alimentación]
- 24 CDI, op.cit., p. 15.
- 25 CDI Ibidem, p. 27.
- 26 Debe entenderse a la noción de relaciones de inter-comunidad o relaciones sociales de auto preservación o de poder, como aquellas en las que existen balances y desbalances que determinan la posición de los grupos sociales occidentales y otros grupos diversos.
- 27 Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a México", E/CN.4/2004/80/Add.2, párrafo 31, p.11. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf?view=1>.
- 28 CEPIADET/INDESOL, "Informe sobre el estado que guardan los derechos lingüísticos de los pueblos y comunidades indígenas en el sistema de procuración y administración de justicia en el estado de Oaxaca", 2010, p.7. <http://www.fundar.org.mx/mexico/pdf/informecepiadet.pdf>.
- 29 Bourdieu, Pierre, "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique", Paris, Actes de la recherche en sciences sociales, Vol. 64, Septiembre 1986, p. 16, http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332.
- 30 Chacón Rojas, Oswaldo, Teoría de los derechos de los pueblos indígenas, México, UNAM/UNACH, pp. 109-111.
- 31 Véase Constant, Benjamin, El espíritu de la conquista, Madrid, Ed. Tecnos, 1988, p. 50.
- 32 Gómez Mena, Carolina, "Los pueblos originarios seguimos siendo invisibles para el gobierno", Diario La Jornada, México, 6 de septiembre de 2015, p.35.
- 33 Gómez Mena, Carolina, "La situación de las mujeres indígenas ha empeorado, denuncian durante congreso", Diario La Jornada, México, 6 de septiembre de 2015, p.35.
- 34 Respecto de la reducción de la epistemología del derecho indígena ante el derecho occidental, véase entre otros a Gómez, Magdalena, "Derecho Indígena y Constitucionalidad", Antropología Jurídica: Perspectivas Socio-Culturales en el estudio del Derecho, México, Ed. Anthropos-UNAM, 2002; así como Campaña, Pablo, "Pluralismo jurídico y dominación", Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, Año V, número especial, 2011, http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0058_p-d-politica-y-filosofia.pdf.
- 35 Chacón Rojas, op. cit.; nota 37, p. 125.
- 36 Véase Sámano, Miguel Angel, et. al., "Los acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas", en Ordoñez, José Emilio (coord.), Análisis interdisciplinario de la declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas. X jornadas Lascasianas, 1ª. Ed., México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 108 y 109, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/112.pdf>.
- 37 Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas", Adición Colombia, E/CN.4/2005/88/Add.2, 2004, p. 18, párrafo 66, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4353.pdf?view=1>.
- 38 Véase Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas" Adición Conclusiones y recomendaciones del Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y la Administración de Justicia, E/CN.4/2004/80/Add.4, 2004, párrafo 10, p.6, <http://daccess-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/106/16/PDF/G0410616.pdf?OpenElement>.
- 39 Iturralde, Diego, "Desarrollo indígena: los retos del final de siglo", en Lartigue, Francois y Quesnel, André (coord.), Las dinámicas de la población indígena. Cuestiones y debates actuales en México. Institut de Recherche pour le Développement/Porrúa, México, 2003, p. 65.
- 40 Rocher, Guy, "Études de sociologie du droit et de l'éthique", Montreal, Ed. Thémis, 1996, p.112, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmloi/bitstream/handle/1866/32/0075.pdf>.
- 41 Organización de las Naciones Unidas, Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de América Central", 2011, t. I, p. 161, <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-1.pdf>.
- 42 Ibidem, p. 368.
- 43 Porras Ferreyra, Jaime, "Historia de una Vileza", Semanario Proceso, México, núm. 2015, 14 de junio de 2015, pp. 71-73.
- 44 Véase la noción de "poder simbólico" ejercido por el occidente, en Femenías, María Luisa, El género del multiculturalismo, Argentina, Ed. Bernal/Universidad Nacional de Quilmes, 2007, p.69.
- 45 García Villegas, Mauricio, Sociología y crítica del derecho, México, Fontamara, 2010, p. 209.

- 46 MacKinnon A. Catharine, "Hacia una teoría feminista del Estado", <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/mackinnon-hacia-una-teoria-feminista-del-estado.pdf>, pp. 5 y 7.
- 47 Cusicanqui Rivera, Silvia. "Orden epistemológico, orden político. La apuesta por la "alternativa", en Rivera Cusicanqui, Silvia (coord.), *Alternativas epistemológicas: axiología, lenguaje y política*, Buenos Aires, Ed. Prometeo, 2013, pp. 1-2.
- 48 Respecto de la caracterización del indio como concepto que niega la existencia de los pueblos originarios, véase Montemayor, Carlos. *Los pueblos indios de México: evolución histórica de su concepto y realidad social*, México, Ed. Random House Mondadori, 2008, p.32.
- 49 Véase Sartori, Giovanni, *La sociedad múltietnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 88 y 89.
- 50 Rivera Cusicanqui, Silvia, op.cit., nota 17, p. 19.
- 51 Véase la caracterización del pensamiento occidental basado en la ciencia moderna, y su hegemonía sobre los paradigmas de pensamientos surgidos desde el "Sur", fuera del occidente, en De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur*, 1ª. Ed., México, Ed. Siglo XXI, 2009.
- 52 Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, parr 91.
- 53 Véase Coronil, Fernando, op.cit., nota 2, p. 62.
- 54 Asunto respecto a dos niñas del pueblo indígena Taromenane en aislamiento voluntario respecto de Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014, parr. 4, inciso ii, y 13, incisos viii y ix.
- 55 Berman, Harold, *Law and Revolution. The formation of the western legal tradition*, USA, Harvard University Press, 1983, p. 39.
- 56 Véase por ejemplo, Velasco, Juan Carlos, "Liberalismo y derechos de las minorías: una relación conflictiva", en *El mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, México, Ed. Anthropos, 2001, p. 122; y Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007, p. 31.
- 57 Chacón Rojas, Oswaldo, op.cit., nota 37, p. 165.
- 58 Véase Zagrebelsky, Gustavo, *La exigencia de justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.
- 59 Corte IDH, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/OJ.pdf>.
- 60 Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Voto separado concurrente del juez Oliver Jackman, pág. 2.
- 61 Ibidem, Voto separado concurrente del juez Alejandro Montiel Argüello. Párr. 4 y 5.
- 62 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 231.
- 63 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, op.cit., párr. 86.10.
- 64 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, op.cit., párrs. 87 d) y 95).
- 65 Véase Lenkersdorf, Carlos, "Lenguas y diálogo intercultural", España, TONOS. Revista electrónica de estudios filológicos de la universidad de Murcia, Número 6, Diciembre de 2003, numeral 3.4, <http://www.um.es/tonosdigital/znum6/estudios/Lenkersdorf.htm>. [A partir de dicha expresión, Lenkersdorf señala que, el NOSOTROS sigue manteniendo la vinculación con el malhechor en lugar de cortarla. Es decir, no le interesa encarcelar al delincuente [...] El NOSOTROS, pues, no sólo mantiene la vinculación con el reo, sino que, a la vez, se sabe corresponsable de la familia del maleante. Con todo esto no niega el delito del culpable, pero la relación con éste se distingue desde las raíces de la justicia acostumbra en la sociedad dominante", y señala un fuerte contraste del pensamiento tojolabal con el occidental al expresar que "El encarcelamiento del delincuente, finalmente, no corrige a éste ni cura el daño infligido a la sociedad, sino que sólo justifica a la sociedad en su concepción autojustificadora. Es decir, la sociedad se puede decir: nosotros somos los justos, los encarcelados merecen la suerte que les asignemos. La sociedad tojolabal, en cambio, rechaza todo intento de autojustificación porque engaña a la sociedad. La sociedad, para mantenerse sana, tiene que extender la mano al delincuente para abrirle a él un nuevo camino esperanzador que a la vez aporta esperanza a la sociedad en su capacidad de sanar a los enfermos en lugar de excluirlos].
- 66 Costi, Alberto, "Régionalisation du droit penal international dans le pacifique: Enjeux et perspectives", p.13 y 25 https://www.researchgate.net/publication/254880502_Regionalisation_du_Droit_Penal_International_dans_Le_Pacifique_Enjeux_et_Perspectives.
- 67 Véase OACNUDH México, Informe del Diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México. Estudio de caso en Oaxaca, 2007, pp. 44-45,
- 68 González Galván, Jorge A., "Derecho Nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit", México, IJ-UNAM, 2001, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/10/5.pdf>, p. 51.
- 69 Véanse, entre otros, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 149; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 168, 173, 174, 179 y 180; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párrs. 111, 114, 116 y 121.
- 70 Véase Halbwachs, Maurice, "La mémoire collective", 2001, http://classiques.uqac.ca/classiques/Halbwachs_maurice/memoire_collective/memoire_collective.pdf
- 71 SCJN, "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas", <http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/ProtocoloIndigena/inicio.html>
- 72 Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, op.cit., párrs. 41 y 42.
- 73 Ibidem, párr. 23.
- 74 Caso Yatama Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 226 al 229.
- 75 Véase el caso Caso Yatama Vs. Nicaragua, op.cit., Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7 y 15.
- 76 Von Benda, Franz y Keebet, "Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia", en Guevara, Armando y Gálvez, Aníbal (Comp.), *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2014, p. 264 [Como ejemplo, mientras que para el Estado Indonesio, la "propiedad" tiene la función de producción dentro del mercado; la ideología adapt del grupo étnico Minangkabau en ese país, basada en las reglas de costumbre musulmanas, atribuye a la propiedad una función comunitaria de equilibrio en las diferencias económicas del pueblo, a lo que se ha llamado como "economía del afecto" o "cultura de la solidaridad"].
- 77 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 149.
- 78 Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, op.cit., párr. 120, y Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, op.cit., párr. 87.
- 79 CIDH. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 235, 237, 244, 297, Recomendación 3.
- 80 Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.parr. 165 a 202 y Resolutivo 4.
- 81 Fitzpatrick, Peter. *La mitología del derecho moderno*, México, Ed. Siglo XXI, 1998, pp. 52, 58 y 87.
- 82 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 83 e.
- 83 Ibidem, párr 83 k.
- 84 Ibidem, Voto disidente del Juez Montiel Argüello, párr. 7.
- 85 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 245 a 255.
- 86 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit., párr. 166 y 167.
- 87 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 170 y 182.
- 88 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125., párr. 122, incisos d) y e).
- 89 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 146.
- 90 Benet, Raúl, "Acuerdo histórico sobre comunidades indígenas", *Aristegui Noticias*, 14 de septiembre del 2016, <http://maristeguinoticias.com/1409/mexico/acuerdo-historico-sobre-comunidades-indigenas/>
- 91 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 118 y 124.
- 92 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 83 inciso m), y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 125.
- 93 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 73.
- 94 Harvey, David. El "nuevo" imperialismo: acumulación por desposesión, Buenos Aires, CLACSO, 2005, p. 16, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20130702120830/harvey.pdf>
- 95 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, op.cit., párr. 34 inciso i).
- 96 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 59 y 60.
- 97 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 209.
- 98 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 108.
- 99 Ibidem, párr. 110.
- 100 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, op.cit., párr. 131 y 134; y Caso 12.728, Informe de fondo No. 44/15 del caso Pueblo indígena Xucurú c. Brasil, 28 de julio del 2015.
- 101 Montesquieu, De l'ésprit des lois, Paris, Ed. G.F Flammarion, 1979, p. 124.
- 102 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit., Voto parcialmente disidente del Juez Mac Greggor, 21.
- 103 Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, op.cit., párr. 34 j).
- 104 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 106 a 119.
- 105 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párrs. 111, 114, 116 y 121.

- sus miembros Vs. Panamá, op.cit., párr. 142.
- 106 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 127 y 128.
- 107 Rábago, Miguel, "Derechos de propiedad. Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional, 2013, p. 27, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf>.
- 108 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 149.
- 109 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 89 y 90.
- 110 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 205.
- 111 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit., Voto parcialmente disidente del Juez Eduardo Ferrer Mac Greggor Poissot, párr. 23.
- 112 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 148.
- 113 Sieder, Rachel y Mc-Neish, John Andrew (Ed), Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas, México, CIESAS, 2014, pp. 16 y 17.
- 114 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 133.
- 115 Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 167, 177, 178, 180, 181, 186, 205, 208, 217.
- 116 Ibidem, párr. 159 y 160.
- 117 Sierra, María Teresa et all (Ed), Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas, México, FLACSO/CIESAS, 2013, p. 20.
- 118 Véase el trabajo descriptivo en la revista del IIDH, No. 63, Enero-Junio del 2016, p.62.
- 119 Engle Merry, Sally, "Pluralismo jurídico", pp. 9 y 10, <https://seminariodemetodologiaadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jur3addico-sally-enge-merry.pdf>
- 120 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 83 inciso d).
- 121 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 239.
- 122 Ibidem, párr. 244.
- 123 Ibidem, párr. 194 a 217.
- 124 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 147 y 216).
- 125 Ibidem, párr. 203.
- 126 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 82.
- 127 Véase Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 176 a 181.
- 128 Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 146.
- 129 Véase referencia No. 88.
- 130 Caso 12.728, Informe de fondo No. 44/15, op.cit., párr. 67.
- 131 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 83 inciso d) párrafos 8, 10 y 11.
- 132 Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, op.cit., párr. 346
- 133 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 146 a 149.
- 134 Véase Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 151 a 154 y 212; y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 131 y 135.
- 135 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 38 inciso d), párrafo 7.
- 136 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cañado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párr. 1 y 15.
- 137 Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, op.cit., párr. 132, 133.
- 138 Véase Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 150.
- 139 Ibidem, párr. 147.
- 140 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 273.
- 141 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 158 incisos f), h) e i).
- 142 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit., párr. 121.
- 143 Véase Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, op.cit., párr. 86.
- 144 Ibidem, párr. 167.
- 145 Véase el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., párr. 155.
- 146 Véase el Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia, op.cit., párr. 354 y 358.
- 147 Sieder, Rachel y Mc-Neish, John Andrew (Ed), op.cit., nota 125, p. 18.
- 148 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 174.
- 149 Véase Dulitzky, Ariel, "Los pueblos indígenas: jurisprudencia del sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", Revista IIDH, Costa Rica, vol. 26, julio – diciembre de 1997, p. 139, http://www2.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/PaginaExterna.aspx?url=/-BibliotecaWeb/Varios/Documentos.Interno/BD_1345057820/Revista%20IIDH%2026.pdf.
- 150 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 183.
- 151 Ibidem, párr. 185.
- 152 Véase el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 156 y 157.
- 153 Ibidem, párr. 233.
- 154 Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, op.cit., párr. 263.
- 155 Ibidem, Voto concurrente y disidente del juez Augusto Fogel Pedrozo, párr. 24 a 27.
- 156 Caso Yatama Vs. Nicaragua, op.cit., Voto razonado del Juez Sergio García, párr. 24, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., Voto razonado del Juez A.A. Cañado, párr. 18.
- 157 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit, Voto razonado del Juez Mac Greggor, párr. 18.
- 158 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., Voto razonado del Juez A.A. Cañado, párr. 4, y Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, op.cit., Voto razonado del Juez Cañado, párr. 13.
- 159 Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., Voto razonado del Juez A. Cañado, párr. 20.
- 160 Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 99, parr. 110, y Caso de 19 comerciantes vs Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 109, párr. 156.
- 161 Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá, op.cit., párr. 135; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 143, y Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit., párr. 116.
- 162 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, op.cit., párr. 104, 105, 106, 108.
- 163 Carbonnier, Jean, "Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur", <http://197.14.51.10:81/pmb/DROIT/Jean%20Carbonnier%20Fléxible%20droit.pdf>, p. 97
- 164 Concepto propuesto por el autor, como noción ética, dotada de contenido axiológico del derecho, con utilidad para la emancipación objetiva de los pueblos originarios. La noción de necesidad en el concepto propuesto, se basa a su vez en la acepción dada por Walzer a tal concepto, como principio distributivo de la justicia que alude a la distribución de bienes sociales. A ese respecto, véase Walzer, Michael, Las esferas de la justicia, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 38-39.
- 165 Véase Ferrajoli, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001.
- 166 Zizek, Slavoj, En defensa de la intolerancia, Ed. Sol 90, México, 2010, pp. 26-27.
- 167 Michael Walzer ha dicho que [la justicia es relativa a los significados sociales (...)] No podemos decir que esto se debe a tal o cual persona hasta que sepamos cómo se relacionan éstas personas entre sí, por medio de las cosas que hacen y distribuyen (...). Una sociedad determinada es justa si su vida esencial es vivida de cierta manera – esto es, de una manera fiel a las nociones compartidas de sus miembros. Cuando los individuos disienten acerca del significado de los bienes sociales, cuando las nociones son controvertidas, entonces la justicia exige que la sociedad sea fiel con la disensión suministrando canales institucionales para expresarlas, mecanismos de adjudicación y distribuciones alternativas]. Walzer, Michael, op.cit., p. 322.
- 168 Aunque el Doctor Oswaldo Chacón en su obra titulada Teoría de los derechos de los pueblos indígenas, pp. 269 y 270, utiliza el concepto de construcción de la identidad indígena, para referirse al estado actual de dicha identidad; es de referirse más bien a la reconfiguración por considerar que el empleo del término construcción, parcializa la identidad originaria de los pueblos que se mantiene vigente aun con la integración de factores modernos a ésta, pretendiendo decir que dicha identidad no ha sido construida o debe reconstruirse.
- 169 Vitale, Ermanno, Defendarse del poder. Por una resistencia constitucional, Madrid, Trotta, 2012, pp. 89 y 128.
- 170 Documenta - Análisis y Acción para la Justicia Social A.C., Boletín informativo, febrero del 2015, "Mujeres Indígenas en la justicia penal, un castigo múltiple", p. 1, <http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/mujeres-indigenas-justicia-penal.pdf>
- 171 Ferrajoli, Luigi, "Por una teoría de los derechos fundamentales", en González Placencia, Luis (Coord), Derechos Humanos. Actualidad y desafíos, México, Fontamara, p.21.
- 172 Chacón Rojas, Oswaldo, op.cit., p. 150-153
- 173 Van Houtte, Jean, "La sociologie du droit ou les limites d'une science", p.4, http://www.persee.fr/doc/AsPDF/dreso_0769-3362_1986_num_3_1_912.pdf
- 174 Chacón Rojas, op.cit., pp. 247 y 248.
- 175 De Sousa Santos, Boaventura, Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal. Buenos Aires, CLACSO/Prometeo, 2010, p. 87.

- 176 Fornet-Betancourt, Raúl, "La interculturalidad a prueba", pp. 16 - 17, <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf>
- 177 De Sousa Santos, Boaventura, op.cit., nota 190, p. 89.
- 178 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, op.cit., Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu. Burell, párr. 3, 6, 12, 14, 17.
- 179 El concepto propuesto designa a la acción por la que se deben ponderar objetivamente las cualidades protectoras de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con las características del caso concreto, siendo de aplicación obligatoria según la necesidad resultante del caso.
- 180 Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador op.cit., párr. 161 y 162.
- 181 Caso Yatama Vs. Nicaragua, op.cit., párr. 207.
- 182 Véase Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, op.cit., párr. 233.
- 183 Caso Yatama Vs. Nicaragua, op.cit., Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 13.
- 184 Piovesan, Flávia, "Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Von Bogdandy, Armin et al (Coord), Ius Constitutionales Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos, México, IJ-UNAM, 2014, p.63.
- 185 Véase Pérez, Pablo, "La interpretación de los derechos fundamentales, en Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación Constitucional, México, Porrúa, 2005, t. II, p. 908.
- 186 La obligación funcional legislativa es una noción de obligación en materia de derechos humanos, propuesta por el autor, que apunta hacia el ejercicio del control legislativo de convencionalidad, en el fondo y la forma, durante el proceso de creación de leyes, a través de un mecanismo de revisión plural y especializado.
- 187 La suplencia legislativa efectiva apunta hacia un mecanismo legal formalizado, propuesto por el autor, que permitiría la reforma de leyes cuando se conozca de criterios jurisprudenciales o sentencias basadas en interpretación o aplicación de normas jurídicas que contravienen los derechos convencionales, y la jurisprudencia de la Corte IDH.
- 188 Courtis, Christian, El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos, México, Fontamara, 2009, p. 33.
- 189 Concepto creado por Humberto Maturana y utilizado por Luhmann, empleado en este caso para definir el mecanismo por el cual la epistemología y hermenéutica contra-hegemónica se amalgaman con la interpretación conforme y el principio pro persona para perfeccionar el ejercicio del control de convencionalidad.
- 190 Caballero José Luis, La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad, México, Porrúa/IMDPC, 2013, pp. 53 y 54.
- 191 Ost, Francois y Van de Kerchove, Michel, "De la pyramide au réseau ¿Vers un nouveau mode de production du droit?", p. 64, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf>
- 192 Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de junio de 2005, Voto del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 12 y 13.
- 193 Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, pp. 29 y 30.
- 194 Obstáculo al que se ha enfrentado la corte Constitucional Colombiana en su ejercicio jurisdiccional, en el marco de la emisión de sentencias de alcances estructurales. Rodríguez Garavito, César..., op.cit., pp. 224.
- 195 Factor al que la corte Colombiana igualmente se enfrenta en el modelo de activismo judicial dialógico. Rodríguez Garavito, César..., ídem.
- 196 La necesidad fundamental de derecho liberador, se propone como principio ético, dotado de contenido axiológico del derecho, con utilidad para la emancipación jurídica de los pueblos originarios en el marco de acciones de ajuste efectivo a la norma y su aplicación frente al bloqueo jurídico de los Estados.
- 197 El núcleo de exigencias legales vinculantes, es un concepto propuesto por el autor, conformado por factores filosóficos legitimados por su contenido epistemológico y ético liberador, cuyo contenido debe cubrir la necesidad de justicia de los pueblos originarios desde sus particularidades.
- 198 De Sousa, Boaventura, op.cit., nota 15, p.19.
- 199 G. Partida, Juan Carlos, "Recuperan huicholes de Jalisco tierras en Nayarit", Diario La Jornada, 24 de septiembre de 2016, p. 23, <http://www.jornada.unam.mx/2016/09/24/estados/023n1est>
- 200 Dorransoro, Begoña, "El territorio cuerpo-tierra como espacio-tempo de resistencias y luchas en las mujeres indígenas y originarias", p.p. 3, 4 y 7, http://cabodostabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1_Begona_Dorransoro.pdf
- 201 Xantomila, Jessica, "Exigen dejar de importar modelos y valorar la visión de la población local", Diario La Jornada, 10 de agosto del 2016, p. 35, <http://www.jornada.unam.mx/2016/08/10/sociedad/035n2soc>
- 202 CIDH. Resolución 32/2016. Miembros de la comunidad indígena Otomí-Mixteca de San Francisco de Xochicuautla respecto de México, Medida cautelar 277-13. 11 de mayo del 2016.



E S P A C I O
DERECHOS
O R G A N I Z A C I Ó N