



El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) es una organización internacional e independiente, fundada en 1968. Su Secretariado Internacional se encuentra en Copenhague, Dinamarca.

IWGIA colabora con pueblos indígenas de todo el mundo apoyando su lucha por los Derechos Humanos y la autodeterminación, el derecho al control de sus territorios, la integridad cultural y el derecho al desarrollo.

IWGIA trabaja a nivel local, regional e internacional a fin de promover la participación, la comprensión y el conocimiento de la causa de los pueblos indígenas.

[www.iwgia.org](http://www.iwgia.org)



El 28 y 29 de noviembre de 2006 se realizó en Santiago de Chile el Seminario Internacional sobre Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Bajo la convocatoria del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas y de diversas entidades nacionales y extranjeras, académicos, trabajadores de derechos humanos, representantes de pueblos indígenas de Chile y América Latina, así como de Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá, se reunieron para debatir y analizar, desde distintas ópticas y perspectivas, los impactos económicos, ambientales, culturales y sociales de los actuales procesos de globalización sobre los pueblos indígenas.

El libro incluye más de treinta trabajos y visiones que muestran como la globalización afecta la vida cotidiana, los derechos y los territorios de los pueblos indígenas en distintos momentos y contextos geográficos. Las ponencias muestran que la globalización puede ser entendida no solo desde sus peligros y amenazas, sino también desde una dimensión distinta como son los derechos humanos, la cultura y las identidades.

Las ponencias muestran, además, que mientras la mayor parte de los estados y gobiernos, así como las multinacionales, promueven una globalización orientada únicamente al intercambio comercial y financiero, otros actores, los pueblos indígenas, organizaciones de la sociedad civil y organismos internacionales, trabajan en la construcción de una globalización distinta basada en la evolución del derecho internacional y los derechos humanos. Enfrentados a una dinámica económica global que busca apropiarse los derechos sobre el agua, la tierra y los territorios de los pueblos indígenas, la acción colectiva indígena y las redes locales y regionales conformadas por diversos actores, cuestionan una globalización que empobrece a las comunidades y les disputa sus derechos ancestrales. El libro es por tanto una invitación a mirar estos procesos en la perspectiva de una globalización más cercana a los pueblos y sus derechos.

GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

# GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

Álvaro Bello M.  
José Aylwin O.  
COMPILADORES



El Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas es una organización no gubernamental sin fines de lucro que tiene como objetivos la promoción, documentación y defensa de los derechos de los pueblos indígenas en Chile. Creada el 2004, está integrada por un grupo de ciudadan@s de diversas profesiones y procedencia étnica. Su trabajo se orienta por los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos. Sus principales actividades han incluido la elaboración de informes y publicaciones sobre la situación de los derechos de pueblos indígenas en Chile, la realización de cursos, diplomados y seminarios de difusión de estos derechos, y la denuncia y defensa nacional e internacional frente a su violación. El Observatorio articula su trabajo con organizaciones de derechos humanos y de pueblos indígenas tanto en Chile como en América Latina. A contar del 2008 pasa a conformar el Observatorio Ciudadano, incorporando a su trabajo temáticas relacionadas con la ciudadanía y la interculturalidad, y la globalización y los derechos humanos.

[www.observatorio.cl](http://www.observatorio.cl)

GLOBALIZACIÓN,  
DERECHOS HUMANOS Y  
PUEBLOS INDÍGENAS

© Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas  
Edición 2008  
ISBN 978-956-8775-00-1

Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas  
Antonio Varas 428  
Temuco, Chile  
F: 56 45 213963

Edición: Lola de la Maza W. y Andrea Rubilar U.  
Diseño Portada y diagramación: Lola de la Maza W.  
Foto portada: “Koyon” de Eduardo Rapimán

Impreso en  
Alfabetas Artes Gráficas

IMPRESO EN CHILE

GLOBALIZACIÓN,  
DERECHOS HUMANOS Y  
PUEBLOS INDÍGENAS

ÁLVARO BELLO M.  
JOSÉ AYLWIN O.

COMPILADORES

TEMUCO, CHILE  
2008

# LA FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA INDÍGENA

*SERGIO FUENZALIDA*<sup>1</sup>

## RESUMEN

El texto trata de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en general, y en relación a los derechos indígenas, en particular.

Se sostiene que la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte para todos los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, que se han sujeto a la jurisdicción de la Corte Interamericana, deriva de que ellos forman parte de un orden jurídico supranacional, de carácter objetivo, que configura un sistema de derechos humanos coherente, y cuya finalidad es la protección más eficaz, amplia y favorable de los derechos fundamentales. El intérprete autorizado y último de este orden jurídico es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituida por el tratado para supervigilar su cumplimiento.

De no aceptarse la fuerza imperativa de las decisiones de la Corte para todos los países miembros del Pacto, se rompería la necesaria unidad y coherencia del sistema de derechos humanos interamericano, y constituiría una vuelta atrás en la defensa y protección internacional de los derechos humanos.

---

1 Abogado

En consecuencia con ello, y ya fijados por la Corte determinados estándares en materia de derechos indígenas, es necesario desplegar un amplio esfuerzo ante los tribunales internos para hacer efectiva esa rica fuente de derecho que constituyen las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 1. VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Es ya una verdad ampliamente consolidada en la doctrina nacional y comparada que la Constitución Política de un Estado constituye el vértice del ordenamiento jurídico, y que los preceptos que la integran tienen un carácter normativo y no meramente programático. Ella obliga directamente a toda persona, institución o grupo, y nadie puede eximirse de obedecer sus disposiciones, tanto formal como sustantivamente<sup>2</sup>. Lo cual implica no solo una prohibición de transgredir los preceptos constitucionales, sino un deber de cumplirlos en un sentido activo y positivo<sup>3</sup>. Los órganos del Estado, en consecuencia, no solo no pueden transgredir la Constitución y las leyes, sino que también están obligados a ejecutar fielmente sus mandatos<sup>4</sup>. De lo contrario, ellos estarían dejando de cumplir el fin para el cual fueron creados: a saber, el servicio de la persona humana y la promoción del bien común, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

La Constitución Política se erige así en el ápice del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>, como norma Fundamental y Primera. Al respecto, Eduardo

2 García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 63 a 65.

3 Cea Egaña, José Luis, "Presentación y Estudio Introductorio, Dignidad, Derechos, y Garantías en el Régimen Constitucional Chileno", en *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, p.17.

4 La Constitución, por ello, no solo "configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos", sino que asimismo "establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad". Ver, García de Enterría, *op. cit.*, p. 49.

5 Este capítulo se ha apoyado de manera muy importante en el texto *Dogmática Constitucional* del profesor Nogueira Alcalá y en el texto de Requejo Pages, "Consideraciones en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español". Ver, Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional, Chile*, Editorial Universidad de Talca, 1997, Capítulo II, pp. 67-106; y Requejo Pages, Juan Luis, "Consideraciones

García de Enterría, señala que es necesario establecer con “*absoluta explicitud*” que toda la Constitución “*tiene valor inmediato y directo*”. Ella es parte del ordenamiento, y “*su parte primordial y fundamental*” por cuanto expresa los “*valores superiores del ordenamiento jurídico*”. La vinculación directa de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico “*da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución*”. Supremacía constitucional que tiene como base la “*resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas o actos que de ella derivan*” y que constituyen “*la piedra angular*” de la eficacia de la Constitución “*como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico*”<sup>6</sup>.

Ese carácter de fuente primaria y suprema del orden jurídico, sin embargo, no se traduce necesariamente en que la Constitución va a fundar la validez de *todas* las demás normas aplicables en el sistema jurídico del país en que rige. La Constitución, esa es la verdad, junto con fundar la existencia de las normas creadas internamente, según la tramitación respectiva que le señala el propio ordenamiento jurídico (que de otro modo no podrían nacer a la vida del derecho), también se remite y hace aplicable a nivel interno a normas que no tienen su origen en el ámbito nacional, sino que tienen su principio en el ámbito internacional, de acuerdo a las formas de creación propias de ese sistema jurídico.

Ambos tipos de normas, las internas y las internacionales, de conformidad a lo dispuesto por la propia Constitución –emanada del poder constituyente– pasan a formar parte del orden jurídico vigente, siendo ambas igualmente aplicables<sup>7</sup>.

---

en torno de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 44, enero-abril, pp. 41-66.

6 Ver, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 63-65.

7 De esta suerte, es el mismo poder soberano el que crea, en conformidad a las reglas que se ha impuesto, la normativa interna, y el que hace aplicable internamente las normas procedentes del Derecho Internacional, remitiéndose a ellas. Todo ello en conformidad a la Norma Fundamental. Requejo Pages lo expresa así: “*Del mismo modo que el derecho interno no condiciona la validez de las normas del derecho internacional, así tampoco estas inciden en la validez de aquellas, razón por la cual, entre ordenamientos cuyos criterios de existencia jurídica en nada se confunden, no queda otro remedio que acudir a la idea de aplicación como pauta integradora de sus normas respectivas*”. Ver, Requejo Pages, *op. cit.*, p. 61.

Sin embargo, como se podrá ver, entre una y otra categoría de normas existe una marcada diferencia que deriva de fuentes tan diversas: el fundamento de validez de cada una de ellas<sup>8</sup> es distinto y las condiciones de aplicabilidad de las mismas son asimismo diferentes.

La validez de una norma interna (derivada), de acuerdo a lo que prácticamente todos los autores señalan, descansa en que su dictación haya sido autorizada por otra norma perteneciente al sistema jurídico en cuestión, en términos que concuerde “*con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1º al órgano que debe dictarla; 2º al procedimiento mediante el cual deber ser sancionada, y 3º al contenido que debe tener dicha norma*”<sup>9</sup>. En el caso de reunirse esos requisitos, la norma respectiva pertenecerá al sistema jurídico en cuestión y será asimismo aplicable, permaneciendo válida mientras no sea derogada o caiga en desuso. La validez y la aplicabilidad de la norma en este caso son términos intercambiables.

Distinto es el caso de las normas que provienen de los tratados internacionales. En este caso su ingreso al ordenamiento interno ha pasado por una remisión a ellas que hace el ordenamiento nacional según lo prescrito por la Constitución, que integra esas normas al orden jurídico interno, convirtiéndolas en normas obligatoriamente *aplicables*. Sin embargo, y aquí está la importancia de la distinción, no obstante su incorporación al sistema nacional, esas normas internacionales en todo lo relativo a “*su creación y validez*” dependen y siguen dependiendo del Derecho Internacional. Esas normas encuentran su fuente en el Derecho Internacional, y la Constitución, respecto de ellas, se encuentra vedada de disponer de su validez<sup>10</sup>.

8 “Fundamento de validez de las normas jurídicas es aquello que confiere u otorga validez a estas, o sea, aquello en virtud de lo cual podemos decir que una norma jurídica existe y que es obligatoria. De este modo, si validez es sinónimo de existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas, fundamento de validez es lo que otorga la validez, o sea, lo que permite certificar la existencia y obligatoriedad de las normas”. Squella Narducci, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 318.

9 Ver, Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, 2º edición ampliada y revisada, 2001, p. 114.

10 Dice Requejo Pages al respecto: “El argumento definitivo al que se suele recurrir para evidenciar la difícil, cuando no imposible, coexistencia entre los ordenamientos nacionales y el internacional consiste en oponer a todo intento de conmixtión entre ambos órdenes el principio de soberanía; principio que en su interpretación más asentada supone que las relaciones entre dos ordenamientos solo pueden conjugarse, alternativamente, en términos de subordinación o de

Así, para el derecho de los tratados, en razón de su propia condición de posibilidad, como veremos de inmediato, la validez de sus normas no va a depender en nada de las disposiciones internas, de las que son autónomas. Ellas van a ser válidas en la medida y en los términos que le señale el orden jurídico internacional<sup>11</sup>. “*El tratado no es generado por*

---

*absoluta independencia. Tan radical disyuntiva constituye el efecto necesario de una concepción de la soberanía en la que el principio se define como categoría fundadora de la validez de otras normas, razón por la cual la norma en que se materializa –la Constitución– aparece como única habilitada para decidir acerca de la existencia de otras normas, siendo así que las procedentes del Derecho Internacional solo disfrutarían de validez en la medida en que la Constitución lo decidiera y siempre que las mismas no contradijeran sus contenidos normativos. Se establece así una relación indisoluble entre validez y soberanía, caracterizada por el constreñimiento de los causes de producción de aquella a los expresa y directamente establecidos por la Constitución. Ello no obstante, aunque tal relación es, en principio, jurídicamente correcta, no basta por sí sola para dar cuenta de la existencia de otras vías de juridificación. Y ello porque, si bien es cierto que la aplicabilidad de toda norma presupone su validez y que por lo común la norma determina las condiciones de aplicación de otras normas establece también los procedimientos de generación de normas válidas, no es menos cierto que la Constitución, como norma suprema, puede perfectamente remitirse a normas que le son indisponibles en su propia validez (la internacionales) para que sean ellas las que determinen las condiciones y los supuestos en los que pueden generarse determinadas normas que, una vez dotadas así de validez, resultarán aplicables junto con las producidas a través de los procedimientos internos previstos y regulados por la propia Constitución”. Ver, Requejo Pages, op. cit., pp. 44 y 45.*

11 En relación al fundamento de validez de la norma internacional, o su “fuente del derecho”, en una de las acepciones que tiene esa expresión, tradicionalmente se ha dicho que “no hay más normas jurídicas internacionales que las creadas por los tratados y la costumbre”. De acuerdo a dicha esa doctrina ‘consensualista’ “todo el derecho internacional es producto de un acuerdo de voluntades entre Estados que deriva su validez del principio superior *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga)”. Acuerdo que puede ser expreso, en el caso de los tratados, o tácito, en el caso de la costumbre.

De esta suerte, dos serían las fuentes del derecho internacional (tomado esta vez la expresión como modos de expresión de las normas jurídicas internacionales): los tratados y las costumbres.

Sin embargo, de acuerdo a una concepción *realista* del derecho internacional, que parte de la base “de la práctica de los Estados y decisiones de los tribunales internacionales”, este está integrado por otros elementos que van más allá de la voluntad de los Estados. El mismo artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, señala que al decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. De este modo, si bien es cierto que los tratados y la costumbre “constituyen la base más importante y objetiva del derecho internacional... hay otros principios y elementos legales subsidiarios que también integran el derecho internacional: los principios generales de derecho, ciertas normas creadas por decisiones de organismos internacionales, la jurisprudencia internacional, la doctrina y los principios de equidad”. Ver, Benadava, Santiago,

*una fuente de derecho interna, sino por fuente internacional, por tanto su validez y vigencia se rigen por normas de derecho internacional*”, ha afirmado Humberto Nogueira<sup>12</sup>.

Y ello no puede ser de otro modo desde el momento que los principios que fundan y hacen posible el derecho de los tratados –me refiero a las normas de *jus cogens Pacta Sunt Servanda* y buena fe, recogidos en los Convenios de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos sobre *observancia* de los mismos; como, también, en virtud de la doctrina de los actos propios<sup>13</sup>– sitúan a los tratados por sobre el ordenamiento interno; de ahí que sus disposiciones no pierdan validez ni aplicabilidad frente a una eventual modificación legal e incluso constitucional del Estado Parte<sup>14, 15</sup>.

---

*Derecho Internacional Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 22. A lo que habría que agregar a estas fuentes las normas imperativas de *jus cogens* según está definida el artículo 53 del Convenio de Viena sobre los Tratados.

12 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, en *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Editorial Universidad de Talca, 2005.

13 Es interesante al respecto lo señalado por el voto del Ministro de la Corte Suprema Argentina, doctor Antonio Boggiano, en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004. Dijo el Ministro: “Que los “referidos tratados” no se han “incorporado” a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22). Mantiene toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y estas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que “la referencia” que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento (causa “Girolodi” de Fallos: 318: 514, considerando 11). Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados - Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (causa “Arce” de Fallos: 320:2145, considerando 7°)”.

14 Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos. Fundación de Derechos Administrativo*, Buenos Aires, 2005, pp. 71-72.

15 Al respecto Gil Domínguez ha indicado lo siguiente: “El concepto de validez (en sus diversas acepciones) permite establecer en forma completa el fundamento de un sistema de normas que puede reconducir su existencia formal y sustancial hacia una norma positiva superior”. “El problema se presenta cuando confluyen diversos sistemas normativos derivados de normas primarias distintas. En este supuesto, la validez resulta insuficiente como elemento integrador de normas que pertenecen a sistemas jurídicos con existencia independiente. Mediante la validez podemos determinar el conjunto de normas que integran un sistema, pero no podemos inferir la validez de las normas de un sistema distinto (que tendrá sus propios criterios de validez). En este punto, podemos afirmar que el concepto de validez es autorreferencial (solo opera en el interior del

En efecto, el principio básico que funda y hace posible el derecho internacional de los tratados son los contenidos en el Convención de Viena, expresados en sus artículos 26. “*Pacta sunt servanda*”: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”, y 27 “*El derecho interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, los cuales, ambos, consagran la aplicabilidad preferente de las normas internacionales sobre las normas internas. Principios normativos aplicables a los tribunales internacionales, pero, también, y esto es lo importante aquí, a los nacionales, so pena de incurrir en “*una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico*”<sup>16</sup>. Conclusión que tiene la mayor importancia a la hora de establecer las *condiciones de aplicabilidad* de las normas de origen internacional integradas al sistema nacional, por cuanto ellas mismas disponen por sí mismo “*la forma en que deben ser aplicadas una vez que los Derechos nacionales las han convertido en aplicables*”<sup>17</sup>. Es decir, una vez integradas esas normas internacionales al sistema nacional, es nuevamente el Derecho Internacional el que determina la manera en que deben ser aplicadas,

---

*propio sistema*)”. Para Gil una forma de superar el problema planteado “*es acudir a una categoría conceptual distinta de la validez*”. “*De esta manera emerge la aplicabilidad, que significa como una condición y en virtud de la cual una norma forma parte de un ordenamiento sin depender en su validez de la norma de articulación de los sistemas normativos concurrentes (la Constitución)*”. Una Constitución que abra sus puertas a un sistema externo solo puede validar las normas creadas a través de procedimientos de producción normativas establecidos por dicha norma superior, pero no puede erigirse como fundamento de las normas sistematizadas alrededor de otra norma constitutiva. Respecto de estas, los órganos constituidos solo pueden resolver la aplicabilidad y, llegado el caso, el régimen concreto de aplicación. En estos supuestos, el Constituyente parte de la base de una validez presupuesta e indisponible sobre la cual no cabe pronunciamiento alguno de parte de los órganos jurisdiccionales. De esta manera, se arriba a un ordenamiento que es el resultado de la conjugación de una pluralidad de sistemas normativos conducidos a la unidad e integración mediante una *Constitución que cumple el rol de norma sobre aplicación de normas*. De la Constitución dependerá, en el campo de la validez, las normas integradas en el sistema normativo instaurado por aquella en su condición de norma positiva superior. También dependerá de ella, ya no dentro del ámbito de la validez sino de la aplicabilidad, las normas de los sistemas que, conformados por normas positivas superiores distintas de las formalizadas en la Constitución, sean tenidas por esta como normas aplicables a los fines de organizar el ejercicio de la fuerza (aunque tratándose de normas derivadas de sistemas normativos externos, la decisión constituyente en punto a la aplicabilidad no se extenderá a las condiciones de su régimen de aplicación). Ver, Gil Domínguez, Andrés, *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Editorial Ediar, 2005, pp. 39-40.

16 Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. II-25.

17 Requejo Pages, Juan Luis, *op. cit.*, p. 51.

según sus propias normas de observancia y, como veremos más adelante, también de interpretación.

Por otro lado, desde otro punto de vista, el Estado, al incorporar un tratado internacional al Derecho Interno, en ejercicio de su soberanía, el mismo se autoimpone la prohibición de dictar normas que atenten contra la aplicabilidad y eficacia de las disposiciones del instrumento internacional, incluso a nivel de normas constitucionales; salvo, por supuesto, que recurra a la denuncia del tratado de acuerdo a las reglas del sistema internacional<sup>18</sup>.

Pero aclaremos esa cuestión de inmediato. En relación a tratados internacionales que reconocen derechos humanos, esta posibilidad, el de denunciarlos, me refiero, está vedada mientras se mantenga el artículo 5 ° inciso 2° de la Constitución (además, dado el alto quórum que exige la Carta para la derogación o modificación de ese artículo, y por tratarse de una materia tan sensible políticamente, la incorporación de los derechos humanos incorporados en los tratados respectivos es virtualmente irreversible). Como ha dicho Nogueira: “*no es posible eliminar los derechos humanos y sus garantías ya incorporados al ordenamiento jurídico, ya que tales derechos limitan la soberanía, vale decir, la potestad constituyente derivada y los poderes constituidos, como lo ha sostenido la jurisprudencia uniforme de la Excm. Corte Suprema de Justicia*”<sup>19</sup>.

Con la reforma a la Constitución del año 2005 todo lo dicho hasta ahora encuentra un fuerte respaldo normativo. El actual inciso sexto del artículo 54 N° 1 consagra precisamente la intangibilidad de las cláusulas de un tratado internacional ratificado por Chile, en una expresión manifiesta de *constitucionalización del derecho internacional*, en relación a su principio más básico que le atribuye primacía sobre el derecho interno<sup>20</sup>.

18 “Ello implica en la práctica que, un tratado incorporado validamente al ordenamiento, siguiendo el procedimiento indicado por la Constitución a través de los órganos competentes constitucionalmente para ello, establece un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material, no formal), estableciendo una equivalencia de rango normativo, especialmente en los tratados sobre derechos humanos, tal como establece la Constitución en su artículo 5° inciso 2°”. Nogueira Alcalá, Humberto, *Dogmática Constitucional*, op cit., p. 72.

19 *Ibid*, p. 394.

20 **Bidart Campos, Germán**, *El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa*, EDIAR, 1995, p. 468.

Señala la norma: “*Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional*”<sup>21</sup>. Con ello, ahora de manera indudable, queda consagrado el deber del Estado de Chile de cumplir sus obligaciones mientras no se concrete un acto válido y legítimo en el derecho internacional que desvincule al Estado Parte de las obligaciones contenidas en el cuerpo normativo del tratado<sup>22</sup>, lo cual le está vedado en materia de derechos humanos, como ya dijimos, desde el momento que ellos constituyen un límite a la soberanía según la propia Carta Fundamental. De ahí que no solo prevalezca la aplicabilidad de la norma internacional sobre la norma interna posterior, cualquiera que sea, sino que incluso inhibe al Tribunal Constitucional a declarar la inaplicabilidad de las normas contenidas en un tratado<sup>23</sup>, limitando el control de constitucionalidad de los tratados solo al control preventivo<sup>24</sup>.

---

21 Esa norma fue propuesta por moción de los senadores de derecha, señores Chadwick y Romero, con el objeto de “establecer la primacía de las normas de los tratados internacionales y otras normas de menor jerarquía”. La moción original señalaba lo siguiente : “*Los tratados internacionales, una vez promulgados y publicados, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y una vez en vigor, prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional*”. Nótese que la primera parte del inciso de manera indirecta, pero clara, dejaba a los tratados por debajo de la Constitución. Ver, Pfeffer Urquiaga, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005, Antecedentes, Debates, Informes*. Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 281.

22 Nogueira Alacalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, pp. 387-388.

23 Al respecto, la Junta de Gobierno a raíz de la modificación de la Constitución Política del año 1989, en el Informe de la Primera Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, 12-6-89, se señala que: “*cabe señalar que su vigencia no obsta a la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad conforme a las reglas generales*”, p. 75. Citado por María Teresa Infante, “Los tratados en el derecho interno chileno: el efecto de la reforma constitucional de 1989 visto por la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho*, 1996, Vol. 23 N° 2 y 3. Tomo I, pp 277-297.

24 Para Hugo Llanos Mansilla, con lo prescrito en el artículo 54 N° 1, en relación a que solo las disposiciones de un tratado pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo al propio tratado o al derecho internacional, pone fin a la equivalencia que para algunos había entre la ley y los tratados, consagrando la norma constitucional “*la supremacía del tratado internacional sobre la ley chilena*”. Ver, del autor, “Los Tratados y la Reforma Constitucional”, *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2005, p. 378.

## 2. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Los tratados internacionales de los derechos humanos tienen características propias que los diferencian de los tratados celebrados entre los Estados para regular sus relaciones comerciales, fronterizas u otras. En unos, los tratados clásicos, prima el interés particular de cada Estado que los lleva a pactar acuerdos con otros en beneficio mutuo, donde la voluntad y los intereses de los Estados contratantes son la medida de la existencia y alcance del acuerdo, y dan origen a derechos y obligaciones mutuamente exigibles en el ámbito de sus relaciones internacionales. En los otros, los tratados de derechos humanos, la situación es diferente. Veamos.

En primer término, como lo ha puesto de relieve Bidart Campos, lo que caracteriza y distingue a los tratados de derechos humanos de los tratados clásicos o comunes (los cuales se desenvuelven en el ámbito internacional), es que los tratados de derechos humanos “*tienen como objetivo cumplirse y hacerse efectivos en la jurisdicción interna del Estado*”. Precisamente, en razón de los principios de buena fe en su cumplimiento y de interpretación conforme a su finalidad, esos tratados no solo obligan al Estado respectivo internacionalmente sino que también, y principalmente, obligan al Estado a nivel interno<sup>25</sup>.

Así, no obstante que el derecho internacional de los derechos humanos provenga de una fuente externa, el Estado hace suya dicha legislación, incorporándola. Lo cual no significa que un derecho reemplace a otro. Lo cierto es que lo completa y lo fortalece desde el momento en que ambos se fundan en el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, a la cúspide de la pirámide del ordenamiento jurídico nacional, que representa la Constitución Política, se superpone, potenciándose la cúspide del derecho internacional, que también tiene a los derechos humanos aludidos en la Carta de Naciones Unidas en su vértice<sup>26</sup>.

25 Bidart Campos, Germán, *La Interpretación del Sistema de Derechos Humanos*, Editorial EDIAR, 1994, pp. 78-79.

26 *Ibid*, pp. 75 y 76. Para Bidart Campos el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, que hace prevalecer las obligaciones que ella impone por sobre todo otro pacto que los Estados miembros puedan celebrar, hacen del Capítulo I de la Carta (Propósitos y Principios), y de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que ahí alude, y luego enunciados en la Declaración Universal de 1948 y en la serie de tratados de derechos humanos, la “*cima de la pirámide internacional*”.

En segundo término, hay otra característica que vale la pena resaltar y que dice relación con el orden público internacional que dichos tratados vienen a configurar, en razón del plexo de valores, principios y normas que los Estados adhieren con la suscripción de esos pactos. Como ha señalado la Corte Internacional de Justicia, en ellos “*los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención*”. “*En consecuencia, en una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas las disposiciones*”, agrega el mismo Tribunal<sup>27</sup>.

De ahí que deba ser trazada una esencial distinción “*entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional como un todo, y aquellas que surgen en relación con otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza las primeras son de interés de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, puede ser sostenido que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes*”<sup>28</sup>, y de naturaleza objetiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha señalado la naturaleza diversa de los tratados de derechos humanos a los de tipo tradicional, dando cuenta de las características aquí mencionadas, de lo cual se sigue también un tratamiento y forma de interpretación también diferente. Dice la Corte:

*29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de*

---

27 Opinión consultiva CID Recueil 1955, p. 23, citado en Nogueira Alcalá, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*, p. 91.

28 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgement*, I. C.J. Reports 1970, pág. 3. Citado en sentencia de la Corte Suprema Argentina en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004.

*tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un **orden legal** dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de **carácter objetivo**, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes<sup>29</sup>.*

La Comisión Europea, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, enfatizó, además, “*que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino realizar los fines e ideales del Consejo de Europa... y establecer un **orden público común** de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho*”<sup>30, 31</sup>.

Así, dadas estas características anotadas, el derecho internacional de los derechos humanos se erige como orden jurídico superior que rige la relación a los Estados con sus habitantes<sup>32</sup>, y que en caso de

29 “Austria vs. Italy”, Application No. 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, (1961), vol. 4, pág. 140. (Los destacados en el texto citado son del autor).

30 *Ibid.*, pág. 138

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982 sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) (Los destacados en el texto citado son del autor).

32 **A propósito de lo mismo, Cançado Trindade ha señalado :** “*Los tratados de derechos humanos, en suma, se erigen sobre premisas distintas de los tratados clásicos (que reglamentan*

contradicción desplaza al derecho interno de cada país, el que frente a él es meramente un hecho<sup>33</sup>. Lo cual no puede ser de otra manera, como verbigracia para los países que han suscrito el Pacto de San José de Costa Rica y aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el momento que han suscrito un cuerpo normativo compulsivo, que obliga plenamente, y que consagra derechos humanos inmunes a la soberanía. Derechos fundamentales cuyas transgresiones son materia de juzgamiento, y eventual condena, por un tribunal internacional y que configuran un orden público común entre los Estados Partes<sup>34</sup> que no es posible volver a “nacionalizar”<sup>35</sup>.

Esta supremacía del derecho internacional se manifiesta de manera palpable en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Barrios Altos* y en el *Caso Almonacid Arellano*, en donde a propósito de delitos de lesa humanidad<sup>36</sup>, el tribunal declaró que **carecían de efectos jurídicos**<sup>37</sup> las leyes de amnistía dictadas en Perú y Chile, como, también, resultaban inadmisibles las disposiciones

---

*intereses recíprocos entre las partes), inspirados en la noción de garantía colectiva de los derechos del ser humano y dotados de mecanismos de supervisión propios, que requieren una interpretación y aplicación guiada por los valores comunes superiores que abrigan*. Por ello es que los tratados de derechos humanos “prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivos, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u orden public que trasciende los intereses individuales de las Partes Contratantes”. Ver, Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile 2006, pp. 28-40.

33 El Agente del Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró a propósito del Decreto Ley de Amnistía : “Yo quiero que quede bien claro y vuelvo a repetir acá, el Estado de Chile no está haciendo una defensa del Decreto Ley de Amnistía. Por el contrario, nosotros no consideramos que el Decreto Ley de Amnistía tenga valor, ni ético ni jurídico”. Alegatos orales del Estado en audiencia pública celebrada el 29 de marzo de 2006 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver, *Caso Almonacid Arellano*. Párraf. 92. Sentencia de 26 de septiembre de 2006

34 Gordillo, *op. cit.*, p. III-7,8.

35 Gordillo, *op. cit.*, p. III-1.

36 **Delitos de lesa humanidad según normas de jus cogens**, cuya violación “conmueve la conciencia de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de la protesta, el reconocimiento o la aquiescencia”, normas que no se encontraban consagradas como tal en una norma convencional pero que igualmente regían al momento de los hechos.

37 Así, en la sentencia, en sus puntos resolutivos declaró que “Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado”. *Caso Almonacid*, párrafo 171. En el mismo sentido *Caso Barrios Altos*, párraf. 51, N° 4.

de prescripción y, en general, “*el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”<sup>38, 39</sup>. Más aún, señaló expresamente que el hecho de que esas normas se hubieran adoptado de acuerdo o en contravención al ordenamiento jurídico interno de esos países, resultaba “*indiferente para estos efectos*”<sup>40</sup>. “*La Corte, señaló la sentencia, es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la*

38 Ver, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Párr. 41. También, *Caso Almonacid Arellano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párraf. 117.

39 La Corte señaló: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del Sr. Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, puesto que el Estado está en la obligación de dejar sin efecto el citado Decreto Ley (supra, párr. 144). Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio non bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. También dispuso: “Leyes de amnistía con las características descritas (supra párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile”. *Caso Almonacid Arellano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párr. 150 y 119. En el mismo sentido *Caso Barrios Altos*, párr. 44: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos (...) ni para la identificación y el castigo de los responsables (...)”.

40 Señaló la Corte en el párrafo 120 del *Caso Almonacid*: “Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma; el hecho de que esas normas se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves hechos delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar. También, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr., 26 y 27.

*ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>41, 42</sup>.*

De ahí que no pueda haber lugar a dudas acerca de la superioridad de un ordenamiento por sobre otro, especialmente cuando los Estados han resuelto regular sus actuaciones en materia de derechos humanos a un orden jurídico supranacional, y han sometido a un tribunal internacional la aplicación de dicho derecho con competencia para sancionar al propio Estado, incluso declarando inválidas las normas de su derecho interno que no se adecuen a las normas internacionales y ordenando su inaplicabilidad a futuro<sup>43</sup>. Lo cual no es contradictorio

---

41 Caso *Almonacid Arellano*, párr. 124. (Los destacados en el texto citado son del autor)

42 Asimismo la Corte Interamericana ha señalado que “el deber general del artículo 2 de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. Ver, Caso *Caesar*, párr. 91; Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 219; Caso “*Instituto de Reeducación del Menor*”, párr. 206; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 78, Caso *Yatama*, párr. 189.

43 La Corte Suprema de Justicia de Chile así lo ha reconocido al señalar que: “... El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y, en cuanto el Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema, en reiteradas sentencias lo ha reconocido”. “Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que

con el rol asignado a la Constitución Política como fuente primera del ordenamiento jurídico, por cuanto es ella misma la que consiente remitirse a la normativa internacional y sujetarse así a un orden normativo superior, que por lo demás no lo reemplaza sino que lo complementa vigorizando su fuerza normativa<sup>44</sup>.

### 3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece una serie de reglas de interpretación de los tratados, las que tienen por objeto central conocer el sentido del texto de los instrumentos internacionales correspondientes, texto que se presume constituye la expresión auténtica de las intenciones de las partes y sirve de base para determinar el objeto y fin del tratado de que se trata.

La primera regla que establece dicho Convenio, es una norma general y que está contenido en su artículo 31, párrafo primero, que establece:

*“Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.*

El sentido “corriente” de los términos no necesariamente es el “evidente de por sí” de acuerdo a su uso habitual, “sino que debe establecerse para cada término, dentro del conjunto de todo el tratado”<sup>45</sup>. Como indica el artículo 31.4 de ambos Convenios de Viena, solo se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por su parte, la buena fe se erige en un componente fundamental de la interpretación de los tratados, y comprende y califica el principio

---

*impiden sean desconocidos”.* Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998. Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4º. Citado por Cea Egaña, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, Tomo I, p. 236.

44 Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y ...*, pp. 261, 266 y 267.

45 *Ibid.*, p. 310.

de eficacia, o del efecto útil que deben tener las disposiciones de los tratados.

Asimismo, el objeto y fin del tratado, elemento teleológico, es un componente normativo decisivo a la hora de interpretar los tratados, y que si bien por regla general no puede ir en contra del “sentido ordinario” de los términos a interpretar en un tratado, ello sí es posible en relación a tratados que persigan una *finalidad humanitaria* como veremos más adelante<sup>46</sup>.

Ahora bien, para los efectos de dilucidar el “contexto” de un tratado, reviste fundamental importancia lo relativo a otras normas de derecho internacional general o particular aplicables al caso. El Tribunal Internacional de Justicia ha indicado que “*un instrumento internacional tiene que ser interpretado y aplicado dentro del marco del completo sistema jurídico prevaleciente en el momento de la interpretación*”<sup>47</sup>. De ahí que el sentido y alcance de sus términos depende del actual Estado de desarrollo del derecho internacional en el momento de su interpretación, según el llamado *principio de progresividad*.

Principio de progresividad del orden jurídico internacional que el mismo Tribunal ha sancionado con la interpretación evolutiva de los tratados internacionales en razón de la innovación general del derecho:

[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el *corpus juris gentium* se ha enriquecido

---

46 Dice Mariño Menéndez “*la finalidad humanitaria de ciertos tratados ha permitido la adopción de decisiones de aplicación por órganos internacionales que, a pesar de sobrepasar efectivamente el indicado sentido ordinario, no violentan los principios y directrices generales en materia de interpretación. La decisión del Tribunal Europeo de derechos humanos en el asunto Golder, así como decisiones de la Comisión Europea de derechos humanos, van en ese sentido*”. Op. cit., p. 311.

47 Dictamen sobre Namibia, citada por Mariño Menéndez, op. cit., p. 314.

considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones<sup>48</sup>.

De la misma manera se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ahora en relación a los tratados de derechos humanos, donde este aspecto cobra una importancia decisiva:

113. [...] al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31) [...]
114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagrados en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte... como la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.
115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los

---

48 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971; pág. 16 ad 31). Citado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 113, *Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999*.

derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo<sup>49 50</sup>.

A esta característica de los derechos humanos, expresada en las normas de interpretación de los tratados internacionales, en cuya virtud el contenido de ellos se van ampliando a propósito de los diversos tratados y convenciones que van creándose –“otorgándoles un “plus” sobre las normas anteriores, retroalimentándose recíprocamente”<sup>51</sup>–, como también a merced de la evolución general del derecho y la jurisprudencia, se suman otros principios de interpretación autónomos en relación a los derechos humanos, de aplicación tanto a nivel internacional como en el ámbito interno.

Entre ellos destacan los siguientes principios de interpretación<sup>52</sup>:

- i. Los principios “*pro cives*”, “*favor libertatis*” o “*pro homine*”, que mandan aplicar siempre la disposición más favorable a los

---

49 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 16/99 del 1 de octubre de 1999.

50 Y en el mismo sentido se pronunció dicha Corte en las sentencias *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, al señalar: “Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”. Fallos *Caso De La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrs. 146 a 148, y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, párrs. 125.

51 Nogueira señala que hay diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 29 b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados». El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 52, en el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador, artículo 4º; la Convención sobre la Eliminación sobre todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41; entre otras. Ver, Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” [en línea], *Revista Ius Et Praxis*, 2003, Vol.9, No.1. p.403-466. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso)

52 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op cit*.

derechos de las personas, por lo que se debe elegir la norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, “*no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno*”. Asimismo, el principio exige al intérprete a optar por la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos<sup>53</sup>.

- ii. “*El principio de retroalimentación recíproca entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos que determina que el juez nacional debe interpretar y aplicar el derecho internacional de los derechos humanos cuando este fije un “plus” sobre el derecho nacional; a su vez, el juez internacional debe considerar el derecho nacional que mejora o complementa el derecho internacional*”<sup>54</sup>.
- iii. El principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que estatuye que los derechos forman parte de un sistema, “*donde todos ellos son interdependientes, los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos solidarios, donde todos ellos deben ser preservados armónicamente, sin perjuicio de su debida ponderación en los casos específicos*”<sup>55</sup>.
- iv. El principio de eficacia directa o autoejecutividad de los derechos humanos, que presume la ejecutabilidad de las disposiciones que consagran derechos humanos, “*excepto si contienen una estipulación expresa de su ejecución por medio de leyes*

53 La Convención Americana de Derechos Humanos expresa este principio al señalar que no puede interpretarse ninguna de sus disposiciones para “*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrático representativa de gobierno*” (artículo 29, literal c) o para: “*excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*” (artículo 29 literal d). De acuerdo al juez García Ramírez este primer criterio de interpretación encuentra su fundamento jurídico en el principio de buena fe y en el de finalidad. Ver, Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

54 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

55 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

*subsecuentes, que condicionen enteramente el cumplimiento de las obligaciones contraídas*<sup>56</sup>.

- v. El principio de interpretación teleológica o finalista en materia de derechos esenciales, que prescribe que *“el tribunal nacional o internacional debe interpretar las normas jurídicas internas y su interrelación con los tratados de derechos humanos, teniendo en cuenta su fin último que es la protección más efectiva posible de los derechos”*<sup>57</sup>.
- vi. Y, por último, el principio de interpretación restrictiva, que señala que *“las normas jurídicas que limitan o restringen el ejercicio de los derechos deben interpretarse siempre en sentido restrictivo”, lo que implica que tales limitaciones no pueden extenderse “más allá de lo que se autoriza expresamente, ni pueden extenderse analógicamente a otros derechos”*<sup>58</sup>.

Expresión notable de estos principios en materia de derecho internacional de los derechos humanos lo constituye la norma del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual funda de manera muy clara la retroalimentación de las distintas fuentes de derecho para obtener la maximización de un “sistema de derechos” que no se limita al ordenamiento interno de cada país, sino que se abre al derecho internacional en sus diferentes formas de producción de normas<sup>59</sup>. Así, haciendo una sistematización de lo que ese artículo clave dispone, es posible sostener que: 1) el derecho internacional prima sobre el nacional cuando el primero es más favorable; 2) el

---

56 Ver, Araya Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002, p. 85.

57 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

58 Nogueira Alcalá, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma...”, *op. cit.*

59 El Artículo 29 señala: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

derecho interno es válido y prima respecto del internacional cuando el primero más favorable (incorporando al derecho interno como fuente del derecho internacional); 3) si el Estado de que se trate es parte en un convenio que reconoce un derecho de manera más favorable que la Convención Americana, predomina esa disposición más favorable; 4) la misma regla se aplica cuando ese derecho reconocido de manera más favorable está contenido en una declaración internacional u otro instrumento internacional similar; y 5) la misma regla es aplicable respecto de otros derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Es decir, el artículo 29 de la Convención Americana abarca un espectro amplísimo de fuentes, en donde con ocasión de la interpretación de las normas contenidas en el Pacto, es posible remitirse a prácticamente todas las disposiciones que estén dentro del campo de aplicación de la norma que reconoce el derecho fundamental, o se relacionen con este (campo de aplicación cuyos contornos también pueden ser ampliados de acuerdo con la evolución del sentido y alcance que se dé a los términos utilizados), constituyendo al órgano jurisdiccional que aplica el Convenio, tanto internacional como nacional, en una jurisdicción muy vasta y con una variadísima posibilidad de ejercer su función, y encontrar la solución más acorde con la defensa de la dignidad del hombre en los casos que le toca conocer<sup>60</sup>.

#### 4. LA INTERPRETACIÓN INTERNA DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Ahora bien, como hemos venido señalando, de la misma forma que la aplicación de las normas de una convención internacional prima sobre la normativa interna de cada país en que debe ser aplicado, cuando este es más favorable, también la interpretación de los tratados internacionales en el ámbito nacional debe ser fiel a las reglas de interpretación de los tratados (que se han *internalizado*) y debe –además– ceñirse a la jurisprudencia de los órganos internacionales llamados a aplicarlos<sup>61</sup>. Como lo ha puesto de relieve el juez de la

60 Ver, Bidart Campos, Germán, *El Derecho de la Constitución y...* pp. 84-85.

61 Ha sido reconocido por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha 5 de enero del año 2004, que se ciñó a la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Dicha

Corte Suprema argentina Antonio Boggiano, “*de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional*”. “*Precisamente el fin universal de aquellos tratados solo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional, lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio*”, agrega<sup>62</sup>.

De esta suerte, por tanto, y precisamente porque estamos frente a un *sistema* que debe guardar coherencia entre sus partes como pone de relieve el magistrado argentino, a la interpretación evolutiva de los preceptos de un tratado necesariamente se le debe agregar una interpretación uniforme o coincidente en cada uno de los países en que debe ser aplicado, de acuerdo a los dictámenes de los órganos instituidos por el mismo tratado para su supervigilancia. Y ello no solo cuando a los tribunales internos les toque interpretar disposiciones específicas contenidas en los tratados internacionales, lo que en la práctica es poco habitual, sino que cada vez que tengan que interpretar normas (internas) que reconozcan derechos humanos sobre los cuales existe jurisprudencia internacional que les haya fijado un determinado sentido y alcance. Y ello es importante porque los derechos reconocidos por los tratados están por lo general reconocidos también a nivel interno, en las constituciones y leyes respectivas, cuestión que no puede servir de excusa para que los tribunales, a propósito de la interpretación de una norma “nacional”, les den un tratamiento diverso de lo señalado por la jurisprudencia internacional a esos derechos.

---

sentencia ha sido comentada por el profesor Humberto Nogueira en los términos siguientes: “*La Corte de Apelaciones de Santiago considera como interpretación fidedigna y suprema de la Convención Americana de Derechos Humanos, aquella emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que asume como parámetro interpretativo de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, concretando fidedignamente la obligación de los órganos del Estado Partes de la Convención, de cumplir de buena fe las obligaciones que emanan de ella ...*”. Nogueira Alcalá, Humberto, “Una senda que merece ser transitada: la Sentencia Definitiva de Casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003, Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez”, *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 2, pp. 235-236. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile.

62 **Voto del Ministro de la Corte Suprema Argentina, doctor Antonio Boggiano, en la causa “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, de 24 de agosto de 2004, op. cit.**

Por ende, podemos decir ya con propiedad, que partiendo de un acto voluntario del Estado como es la ratificación de un tratado de derechos humanos, como en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado se adhiere a un orden normativo objetivo, que mira a la satisfacción de determinados mandatos jurídicos que conforman un orden público internacional de cara a la defensa de las personas. Orden normativo que se integra con las normas contenidas en el Pacto de San José, que incorporan además a los derechos consagrados en otros convenios o declaraciones internacionales, a los derechos inherentes a la persona humana, al mismo derecho interno de los Estados partes cuando la legislación sea más favorable y, también, a la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales que tienen a su cargo la supervigilancia de dichos tratados. Todo lo cual constituye un sistema normativo de aplicación obligatoria para los órganos jurisdicciones de cada uno de los Estados Partes, aparte de su vigencia en el orden internacional.

## **5. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS INDÍGENAS**

Llegado ya a esta conclusión, resta referirse a lo que ha sido la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación a denuncias interpuestas por personas y comunidades indígenas sobre violaciones a los derechos consagrados en la Convención Americana.

Las sentencias que se han dictado hasta ahora son las de los casos 1) *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001; 2) *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, de 29 de abril de 2004; 3) *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, de 15 de junio de 2005, 4); *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; 5) *Yatama vs. Nicaragua*, de 23 de junio de 2005; y 6) *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006.

La jurisprudencia al respecto, en una apretada síntesis, ha resuelto lo siguiente:

**a. En relación al Derecho a la Propiedad Privada (artículo 21 de la Convención)<sup>63</sup>:**

- i. Por la palabra “bienes” se entiende aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor<sup>64</sup>.
- ii. Lo que protege el artículo 21 de la Convención Americana es el “uso y goce de los *bienes*” y no exclusivamente la “propiedad privada”<sup>65</sup>.
- iii. Al analizar los alcances del artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>66</sup>.
- iv. El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal<sup>67</sup>.
- v. La estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana<sup>68</sup>.

63 El artículo 21 de la Convención Americana establece que:

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

64 **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni**, párr. 144.

65 *Ibid.*, párr. 145.

66 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párrs. 127-130.

67 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 148.

68 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 137.

- vi. La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado<sup>69</sup>.
- vii. La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro<sup>70</sup>.
- viii. La existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas a sus territorios exige la realización efectiva de ese derecho<sup>71</sup>, mediante la delimitación, demarcación y titulación de su territorio por parte del Estado.
- ix. El Estado debe adoptar en su derecho interno todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de ellas<sup>72</sup>.
- x. Mientras no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, el Estado debe abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de las comunidades indígenas<sup>73</sup>.

#### a. 1 La relación de los indígenas con la tierra

- xi. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica<sup>74</sup>.
- xii. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un

69 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 128.

70 *Idem*.

71 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 140.

72 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 138.

73 *Ibid.*, párr. 153.

74 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 149. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 131.

elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras<sup>75</sup>.

- xiii. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural<sup>76</sup>.

#### a.2 Conflictos con la propiedad de terceros

- xiv. En caso de que las tierras reclamadas por los indígenas estén en manos de particulares, tanto la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas como la de los particulares están bajo la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana.
- xv. El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno, necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho<sup>77</sup>.
- xvi. Los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe<sup>78</sup>.
- xvii. Los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad<sup>79</sup>.

---

75 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 149.

76 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 135.

77 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 143.

78 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 128.

79 *Idem*.

- xviii. La posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas<sup>80</sup>.
- xix. El derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece mientras subsista su relación con sus tierras tradicionales como base espiritual y material del pueblo indígena de que se trata. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá<sup>81</sup>.
- xx. Además, esa relación con la tierra debe ser posible, aun cuando por obstáculos involuntarios no puedan desarrollar sus actividades tradicionales en ellas. En ese último caso se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan<sup>82</sup>.
- xxi. La Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional del pueblo indígena de que se trate está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado Parte. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros del respectivo pueblo indígena<sup>83</sup>.
- xxii. Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática<sup>84</sup>.
- xxiii. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el

---

80 *Idem*.

81 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 131.

82 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 132.

83 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 136.

84 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 144.

otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural<sup>85</sup>.

- xxiv. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros<sup>86</sup>.
- xxv. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.
- xxvi. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para estas<sup>87</sup>.
- xxvii. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos, no quedan sujetos a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuados con los pueblos

---

85 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 146.

86 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 147.

87 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 149.

- interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario<sup>88</sup>.
- xxviii. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Para ello deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la comunidad en cuestión, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la comunidad indígena no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad<sup>89</sup>.
- xxix. El mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias<sup>90</sup>.
- xxx. El hecho de que las tierras reclamadas por los indígenas estén siendo explotadas y en plena productividad no constituye una razón para negarle la restitución de las mismas dadas las peculiaridades propias de dichos pueblos<sup>91</sup>.
- xxxi. La aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana como son las referidas a la obligación de restituir las tierras indígenas<sup>92</sup>.

---

88 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 151.

89 *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya*, párr. 212.

90 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 138.

91 *Idem*.

92 *Caso Sawhoyamaya*, párr. 140.

**b. En relación al Derecho a la Integridad Personal (artículo 5° de la Convención)**

- xxxii. La conexión de las comunidades (afrodescendientes) a sus tierras tradicionales reviste vital importancia espiritual, cultural y material. Para que puedan preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de las comunidades deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales.
- xxxiii. La pérdida de las tierras acarrea sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico, lo que constituye una violación por parte del Estado a la integridad física, psíquica y moral<sup>93</sup>.

**c. En relación al Derecho de Circulación y de Residencia (artículo 22 de la Convención)**

- xxxiv. Una situación que constituya una restricción de facto a volver a las tierras tradicionales de las comunidades (afrodescendientes), verbigracia un miedo fundado que los aleja de su territorio ancestral, constituye una afectación a la libertad de circulación y residencia.

**d. En relación al Derecho a la Protección Judicial (artículo 25 de la Convención) y a las Garantías Judiciales (artículo 8 de la Convención)**

- xxxv. Los procedimientos (administrativos o cualquier otro) para solucionar la reivindicación de tierras indígenas se deben desarrollar con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y deben constituir un recurso efectivo para asegurar los derechos de los solicitantes<sup>94</sup>.
- xxxvi. Es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales,

---

93 *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 101 y 103.

94 *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, párr. 96 y 102. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaxa*, párr. 82.

así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres<sup>95</sup>.

**e. En relación al Derecho a la Vida (artículo 4 de la Convención)**

xxxvii. El hecho de que un Estado no haya garantizado el derecho de los miembros de una comunidad indígena a la propiedad comunitaria, afecta el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades<sup>96</sup>.

**f. En relación a los Derechos Políticos (artículo 23 de la Convención) y a la Igualdad ante la Ley (artículo 24 de la Convención)**

xxxviii. La participación política a través de partidos políticos no constituye una forma de organización propia de las comunidades indígenas (como es el caso de las que habitan en la Costa Atlántica de Nicaragua). El requisito de transformarse en partido político para participar un proceso electoral desconocería las costumbres, organización y cultura de los miembros de los pueblos indígenas<sup>97</sup>.

xxxix. La participación en los asuntos públicos mediante organizaciones diversas de los partidos políticos es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trata de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación<sup>98</sup>.

xl. Cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los

95 *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa*, párr. 63. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaya*, párr. 83.

96 *Caso Comunidad indígena Yakyé Axa*, párr. 168. En el mismo sentido *Caso Sawoyamaya*, párr. 164.

97 *Caso Yatama*, párr. 214.

98 *Caso Yatama*, párr. 217.

artículos 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos<sup>99</sup>.

- xli. Los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención<sup>100</sup>. En consecuencia, los requisitos que se establezcan en las leyes electorales deben permitir y fomentar que los miembros de esas comunidades cuenten con una representación adecuada que les permita intervenir en los procesos de decisión sobre las cuestiones nacionales, que concierne a la sociedad en su conjunto, y los asuntos particulares que atañen a dichas comunidades, por lo que dichos requisitos no deberán constituir obstáculos a dicha participación política<sup>101</sup>.

## CONCLUSIÓN

La fuerza vinculante o imperatividad jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en general, y en relación a los derechos indígenas en particular, deriva de la circunstancia de que los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos se han sujeto a un orden jurídico supranacional, de carácter objetivo, que configura un sistema de derechos humanos coherente, y

---

99 *Caso Yatama*, párr. 220.

100 *Caso Yatama*, párr. 225.

101 *Caso Yatama*, párr. 259.

cuya finalidad es la protección más eficaz, amplia y favorable de los derechos fundamentales. Intérprete autorizado y último de este orden jurídico es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituida por el tratado para supervigilar su cumplimiento. Su jurisprudencia, en relación al alcance y sentido de los derechos humanos, es obligatoria para los firmantes del Pacto. De no ser así se rompería la necesaria unidad y coherencia del sistema de derechos humanos interamericano, y constituiría una vuelta atrás en la defensa y protección internacional de los derechos humanos; un retorno a la “*barbarie nacional*”, como ha señalado Agustín Gordillo.

A la loable actividad de la Corte Interamericana –y de quienes han presentado sus denuncias ante el sistema interamericano, permitiendo la muy notable jurisprudencia comentada aquí– es indispensable ahora desplegar un esfuerzo paralelo ante los tribunales internos, de modo de empapar a los órganos nacionales de esta rica fuente de derecho. Esta jurisprudencia debe servir de base fundante a los esfuerzos que se desarrollen en pos del ejercicio y efectiva vigencia de los derechos de los pueblos indígenas en América.