

# Epistemologías originarias de vida y territorio: gran desafío para la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*

Original epistemologies of life and territory: great challenge for the Inter-American Court Of Human Rights

**Cuitlahuac Lina Ramos\*\***

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal  
Ciudad de México, México  
[cuitlahuac.lina@cdhdf.org.mx](mailto:cuitlahuac.lina@cdhdf.org.mx)

Recibido: 19 de febrero de 2018  
Dictaminado: 7 de mayo de 2018

---

\* Este artículo es una versión sintetizada del extenso trabajo de investigación hecho por el autor, denominado originalmente *Vida y territorio. La justicia para los pueblos originarios desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

\*\* Abogado defensor de derechos humanos y maestro en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

## Resumen

Las disimilitudes entre el credo occidental liberal y el de los pueblos originarios acerca de la noción de tierra se inscriben en el marco de diferenciación hegemónica de culturas. La forma en que los paradigmas *originarios*<sup>1</sup> de existencia (tierra-identidad-vida) son ignorados exige el uso contra-hegemónico del derecho, esta vez desde las epistemologías originarias que intentan recuperarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). ¿Pero dicha Corte habrá integrado una noción holística de acceso a la tierra en su jurisprudencia relativa a los derechos a la propiedad, a la personalidad *colectiva*, y a la vida entendida como existencia física y simbólica? El concepto de *unidad esencial*, como nueva categoría de análisis, podría dar respuesta a ese cuestionamiento, enfrentando el desafío teórico-normativo.

*Palabras clave:* pueblos originarios, derechos humanos, hegemonía, Corte IDH, jurisprudencia.

## Abstract

The differences between the liberal western creed and that of the native peoples, about the notion of land, are part of the hegemonic differentiation of cultures. The way in which the *original* paradigms of existence (land-identity-life) are ignored, demands the counter-hegemonic use of law, this time from the original epistemologies that try to recover in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH). However, will such a Court have until now integrated a holistic notion of access to land in its jurisprudence regarding the rights to property, to the *collective* personality, and to life understood as a physical and symbolic existence? The concept of essential unity, as a new category of analysis, could respond to questioning, facing the theoretical-normative challenge.

*Keywords:* originary people, human rights, hegemony, Court IDH, case law.

<sup>1</sup> El término *originario* pretende ser usado en este artículo como adjetivo que define la cualidad del origen histórico continental de los pueblos, y que incluye a los pueblos tribales cuyas características son similares.

## Sumario

I. Violencia estructural; II. Los paradigmas originarios de *derechos humanos*; III. Acceso a la tierra para la existencia; IV. Unidad esencial; V. Justicia originaria; VI. La expectativa; VII. Bibliografía.

## I. Violencia estructural

A partir de los casos llevados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se han documentado las brechas de desigualdad, así como la historia de exclusión de los pueblos originarios y tribales, relacionadas con la explotación y el despojo de tierras,<sup>2</sup> el uso social de estereotipos desfavorables a ellos —a través de los cuales se desestima la reivindicación de sus tierras—,<sup>3</sup> y la marginación territorial, social y económica a la que han sido sometidos.<sup>4</sup> Tales prácticas se insertan en un contexto regional de acceso a la justicia, en el que es posible advertir algunos de los obstáculos estructurales que afectan el ejercicio de los derechos de los pueblos originarios, lo que en México ha sido visto como el desdén hacia las *costumbres* jurídicas indígenas en los procedimientos judiciales a los que son supeditados sus integrantes.<sup>5</sup>

La tradición jurídica europea acerca del *Estado-Nación* —paradigma impuesto en Latinoamérica en nombre de la *universalidad*, entendida ésta como un mecanismo de imposición de la legitimidad de un orden social—<sup>6</sup> habría afectado la configuración pluricultural de los pueblos originarios asentados históricamente en esta región.<sup>7</sup> Particularmente, la negación de las identidades originarias en la integración de los sistemas que conforman la vida pública —y que afectan especialmente a las mujeres indígenas,<sup>8</sup> que a menudo son discriminadas dentro de sus propios entornos comunitarios y espacios de decisión— y la exclusión sistemática de sus paradigmas jurí-

<sup>2</sup> Corte IDH, “Norín Catrimán y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279, párrs. 76-77.

<sup>3</sup> Corte IDH, “Norín Catrimán y otros vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 93.

<sup>4</sup> Corte IDH, “Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 20 de noviembre de 2013, serie C, núm. 270, párr. 87.

<sup>5</sup> Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/2004/80/Add.2, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a México*, 23 de diciembre de 2003, 11, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf?view=1> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>6</sup> Pierre Bourdieu, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64 (París: septiembre 1986), [http://www.persee.fr/doc/arss\\_0335-5322\\_1986\\_num\\_64\\_1\\_2332](http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>7</sup> Oswaldo Chacón, *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas* (México: UNAM/Unach, 2005), 109-111.

<sup>8</sup> Carolina Gómez, “La situación de las mujeres indígenas ha empeorado, denuncian durante congreso”, *La Jornada*. Sec. Sociedad, 6 de septiembre de 2015.

dicos<sup>9</sup> son algunos de los condicionamientos estructurales en el sistema de justicia que afectan el acceso de los pueblos originarios a los derechos.

A partir de esa etapa, el derecho occidental, aún desde su mestizaje, cumple una función oscura que oculta las relaciones de poder del que es producto y productor.<sup>10</sup> Es un obstáculo para el acceso a la justicia de los pueblos originarios, incluso un factor de criminalización. De tal suerte que, ante los ojos del Estado y su *legalidad*, los pueblos originarios parecen simples invitados en un mundo global configurado para las necesidades del occidente. Como ejemplo está lo que se ha visto, en Canadá, en el proceso de justicia transicional encabezado por la Comisión de la Verdad y Reconciliación –instancia creada con motivo del genocidio perpetrado en América del Norte contra diversos pueblos originarios–, en el que se ha dicho que la reconciliación exige un reconocimiento de los tipos de violencia y sus consecuencias,<sup>11</sup> lo que el Estado en cuestión no admitió.

Para reconocer desde lo jurídico las formas de violencia del pensamiento liberal, es preciso aceptar que la episteme de los sistemas jurídicos oficiales tienden a imponer un *orden* a la realidad, a través de la violencia simbólica de poder<sup>12</sup> y del dictado de valores morales que normalizan las relaciones sociales<sup>13</sup> al buscar preservarse por encima de las formas de organización jurídica originaria, como lo ha hecho sobre las mujeres, con la *abstracción* de la identidad femenina dentro del esquema del llamado *Estado*.<sup>14</sup> Por ello, es posible afirmar que la negación simbólica de identidades originarias latinoamericanas es una forma de diferenciación autoafirmativa del occidente, que en su función colonial, mediante sus eufemismos y fetiches teóricos, encubre la realidad con la ciencia moderna y su maquinaria conceptual, y así justifica un modo de apropiación del mundo natural y social,<sup>15</sup> lo que es tendencia visible

<sup>9</sup> Con respecto a la reducción de la epistemología del derecho indígena ante el derecho occidental véase a Magdalena Gómez *et al.*, “Derecho indígena y constitucionalidad”, en *Antropología jurídica: Perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*, editado por Esteban Krotz (México: Anthropos/UAM, 2002).

<sup>10</sup> Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique* (Montreal: Themis, 1996), 112, <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/32/0075.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).

<sup>11</sup> Jaime Porras Ferreyra, “Historia de una vileza”, *Proceso* núm. 2015 (13 de junio de 2015): 71-73.

<sup>12</sup> Véase la noción de *poder simbólico* ejercido por el occidente, en María Luisa Femenías, *El género del multiculturalismo* (Argentina: Bernal/Universidad Nacional de Quilmes, 2007), 69.

<sup>13</sup> Mauricio García Villegas, *Sociología y crítica del derecho* (México: Fontamara, 2010), 209.

<sup>14</sup> Catharine MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1989), 5 y 7, <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/mackinnon-hacia-una-teoria-feminista-del-estado.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>15</sup> Silvia Rivera Cusicanqui, “Orden epistemológico, orden político. La apuesta por la ‘alternativa’”, en *Alternativas epistemológicas: axiología, lenguaje y política*, coordinado por Silvia Rivera Cusicanqui (Buenos Aires: Prometeo, 2013), 19.

particularmente por cómo se percibe a la tierra –símbolo de los credos originarios–, la función de ésta y el derecho a la propiedad.

## II. Los paradigmas originarios de *derechos humanos*

A pesar de su esencia liberal, la Corte IDH se ha esforzado en determinar un piso de integración de las nociones de *tierra, identidad, propiedad y personalidad*, en el marco del sistema interamericano de derechos humanos. Ello, en medio de las grandes confrontaciones entre el pensamiento occidental moderno y los paradigmas originarios, a partir de los cuales los Estados latinoamericanos tienden a homogeneizar lo multiétnico al momento de adoptar decisiones públicas;<sup>16</sup> lo que es una clara tendencia del pensamiento globalizado que desdibuja las fronteras que definen a los pueblos originarios como sus otros.<sup>17</sup>

En ese contexto, el choque de paradigmas de lo *individual* –símbolo de lo homogéneo– y lo *colectivo* –que deberá entenderse como lo *comunitario*, en tanto que es máxima expresión de la otredad– se ha llevado al foro de la Corte IDH y a su sistema jurídico, donde se alberga una lucha de fuerzas contradictorias que desde su entraña erosionan al universo jurídico latinoamericano, y se convierten en una manifestación del derecho occidental que, en el intento plausible de reivindicar los paradigmas originarios y a través de las resoluciones que de dicho sistema emergen, ofrece una lucha intestina contra su propia naturaleza hegemónica. Lo anterior muestra la tensión descrita por el jurista italiano Zagrebelsky, entre el derecho reducido a la “legalidad” (de la tradición occidental) y la justicia con su amplio significado<sup>18</sup> (vista desde los criterios de oportunidad, idoneidad y progresividad).

A pesar de que existen algunos criterios individuales empecinados en la defensa del sentido individual de la *persona*,<sup>19</sup> adoptados en el seno de la Corte IDH, y un pobre entendimiento del principio de igualdad orientado hacia la imposición de la

<sup>16</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párr. 91.

<sup>17</sup> Fernando Coronil, “Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo”, en *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, compilado por Edgardo Lander (Buenos Aires: Clacso, 2000), 62, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>18</sup> Véase Gustavo Zagrebelsky, *La exigencia de justicia* (Madrid: Trotta, 2006).

<sup>19</sup> Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, voto del juez Oliver Jackman, 2.

norma jurídica estatal,<sup>20</sup> el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku muestra una noción colectiva original de los derechos humanos,<sup>21</sup> dado que intenta armonizar criterios jurídicos occidentales con los paradigmas que los transforman tangencialmente. Por ejemplo, ha redimensionado la noción oficial de responsabilidad penal, y cuando uno de los integrantes de la comunidad originaria Moiwana causa un daño a otra persona, en lugar de descargarse sobre el individuo, se hace en la esfera de la familia, como grupo dentro de la colectividad comunitaria originaria.<sup>22</sup>

El esfuerzo hecho por la Corte IDH no es de menor relevancia si se considera que tiende a recoger un rasgo común fundamental en las identidades originarias del continente. En el pensamiento de justicia tojolabal en México, la expresión “uno de nosotros cometimos un delito”<sup>23</sup> exhibe el choque de paradigmas de regulación social originaria y occidental, pues la noción de comisión del delito se proyecta nuevamente de manera comunitaria, y no desde esa concepción individualista asumida como una amenaza a la soberanía originaria.<sup>24</sup> Se trasciende así la noción clásica de punibilidad, y se adapta la norma oficial a la *emocionalidad* del espíritu existente en los fenómenos objeto de regulación, virtud holística que se filtra en el esquema rígido de la norma jurídica occidental, como un ejemplo virtuoso de *contra-sobre-cientificidad* de lo jurídico. Al destacar tales paradigmas, la Corte Interamericana los posiciona dentro del sistema jurídico continental como factores de rompimiento de la cultura legal clásica, los cuales apuntan a la recomposición de los sentidos de justicia y víctima.

Es a la luz del choque de paradigmas donde particularmente se dibujan dos rasgos semánticos fundamentales del pensamiento occidental en torno a la tierra: la propiedad y la personalidad (como derecho subjetivo), categorías de alto contraste con los

<sup>20</sup> Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto del juez Alejandro Montiel Argüello, párrs. 4-5.

<sup>21</sup> Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párr. 231.

<sup>22</sup> Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 86.10.

<sup>23</sup> Carlos Lenkersdorf, “Lenguas y diálogo intercultural”, *TONOS. Revista electrónica de estudios filológicos de la Universidad de Murcia*, núm. 6 (diciembre 2003): numeral 3.4, <http://www.um.es/tonosdigital/znum6/estudios/Lenkersdorf.htm> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>24</sup> Alberto Costi y Neil Boister, “‘Régionalisation’ du droit pénal international dans le pacifique: Enjeux et perspectives”, en *Droit Pénal International dans le Pacifique: Tentatives d’Harmonisation Régionale/Regionalising International Criminal Law in the Pacific*, editado por Neil Boister and Alberto Costi (Wellington: New Zealand Association for Comparative Law/ Association de Législation Comparée des Pays du Pacifique, 2006), 13 y 25, [https://www.researchgate.net/publication/254880502\\_'Regionalisation'\\_du\\_Droit\\_Penal\\_International\\_dans\\_le\\_Pacifique\\_Enjeux\\_et\\_Perspectives](https://www.researchgate.net/publication/254880502_'Regionalisation'_du_Droit_Penal_International_dans_le_Pacifique_Enjeux_et_Perspectives) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

paradigmas originarios de la tierra.<sup>25</sup> Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como la Corte IDH han destacado la incompatibilidad entre el derecho estatal y la personalidad jurídica basada en la cosmogonía de las identidades *indígenas*, que derivan en la posesión y propiedad de la tierra<sup>26</sup> y en la necesidad de atender las nociones originarias de propiedad; pues lo contrario implica afirmar que existe sólo una forma de usar y de disponer de los bienes,<sup>27</sup> es decir, desde el sentido occidental de propiedad.

Atinadamente, se ha caracterizado el sentido de propiedad como un fundamento de la *civilización* y su hegemonía producida por el derecho.<sup>28</sup> Los derechos de los pueblos indígenas fueron los que rompieron el principio de *individualidad* occidental y centro del paradigma de derechos humanos elaborado desde el siglo XIV en Europa.<sup>29</sup> En el plano continental ha sido la Corte IDH la que introdujo una noción abarcadora y progresista del sentido de propiedad y aunque ha intentado estirar el alcance del derecho a la propiedad *colectiva* originaria, no ha conseguido reposicionar el sentido comunitario de ese derecho como paradigma jurídico plenamente validado y al nivel de la noción individual.

En el seno del sistema interamericano se observan algunas contradicciones respecto del paradigma de propiedad comunitaria de la tierra, vistas por la tradición jurídica occidental de los Estados. En Nicaragua, los representantes del Estado manifestaron que mientras no existiera un título de propiedad a favor del pueblo Mayagna Sumo de Awas Tingni, no se le reconocería tal derecho, y por lo tanto podría concederse a particulares la explotación de los recursos naturales de su territorio,<sup>30</sup> con

<sup>25</sup> Franz y Keebet Von Benda-Beckmann, “Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia”, en *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*, compilado por Armando Guevara y Aníbal Gálvez (Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2014), 264.

<sup>26</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007, 235, 237 y 244, Recomendación 3.

<sup>27</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 120.

<sup>28</sup> Peter Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno* (México: Siglo XXI, 1998), 73, 52, 58 y 87.

<sup>29</sup> Francisco López Bárcenas, *Autonomía y derechos humanos en México* (México: Francisco López Bárcenas/Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A. C./Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2015), [http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/Autonomias\\_indigenas\\_en\\_Mexico\\_6deg\\_edicion\\_\\_version\\_electronica\\_0.pdf](http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/Autonomias_indigenas_en_Mexico_6deg_edicion__version_electronica_0.pdf) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>30</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 83, inciso e.

lo que se aceptaba oficialmente la titulación de esas tierras, siempre y cuando se realizara de manera individual,<sup>31</sup> es decir, conforme al régimen estatal de propiedad.

Así, desde el foro de la Corte Interamericana emergen algunos de los motivos esenciales del pensamiento occidental liberal que enmarcan el ejercicio de control estatal y articulan un sistema de *bloqueo* legal que favorece el derecho clásico de propiedad mediante diversas medidas procedimentales y legales que limitan la devolución de tierras a los pueblos originarios.<sup>32</sup> Se trata de un régimen de bloqueo que la propia Corte IDH ha conservado en su jurisprudencia, reproduciendo categorías como la de *interés general*, que prepondera los proyectos de “desarrollo”, en el sentido mercantilista,<sup>33</sup> sobre las tierras originarias, y con lo que el sistema jurídico se clausura a sí mismo como dispositivo de excepción del derecho de propiedad originaria.

Por fortuna, la Corte Interamericana ha acertado en transitar por la ruta del descubrimiento de la tierra y su ocupación, a partir de una idea holística que figura hacia la comprensión meta-ecosistémica de tal noción. Ello a pesar de que en este ejercicio ambivalente también ha negado de manera fáctica que los pueblos originarios tengan la propiedad originaria de la tierra, con lo que perdió la oportunidad de hacer un uso racional y progresista del discurso de los derechos de los pueblos originarios como herramienta de transformación. Así ocurrió con el caso del pueblo Yakye Axa, en el que la Corte IDH validó la conducta oficial inquisitoria hacia éste, derivado de lo que fue visto por el Estado paraguayo como una *usurpación* de tierras en perjuicio de las empresas que las explotaban, ignorando los motivos y las condiciones históricas por las que tal comunidad indígena pretendió reivindicar sus territorios ocupados.

El debilitamiento del derecho a la propiedad originaria y las estrategias de criminalización hacia las acciones reivindicatorias se han analizado generalmente en las sentencias de la Corte Interamericana al margen de la obligación de fiscalización a cargo del Estado, conforme a las obligaciones *erga omnes* entre particulares, encubriendo las afectaciones causadas por la relación de poder empresa-pueblos originarios. Nuevamente en el caso del pueblo Yakye Axa,<sup>34</sup> la Corte IDH se limitó

<sup>31</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 83, inciso k.

<sup>32</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 209.

<sup>33</sup> Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 108.

<sup>34</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 106-119.

a señalar las violaciones procesales y la violación al derecho de audiencia en la implementación de medidas provisionales que afectaron la posesión originaria de la tierra, sin destacar la relación de poder exhibida —en el marco del colonialismo— entre la empresa que se atribuyó el usufructo de las tierras originarias y la necesidad reivindicatoria de éstas.

Con respecto a esa tendencia, es necesario apuntar que la propiedad originaria es inevitablemente histórica, por lo que observarla desde otro enfoque implica su desnaturalización, y la negación de su historicidad se convierte en ocultamiento del derecho originario y comunitario a la tierra.

Aunque la Corte IDH ha advertido que el régimen constitucional latinoamericano reconoce la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los territorios originarios,<sup>35</sup> su jurisprudencia —acoplada por momentos a la tendencia del derecho liberal— muestra que es posible restringir el derecho a la propiedad originaria, a través de una cláusula comprendida en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), cuya interpretación es asumida mediante cinco condiciones que vuelven legítima la restricción,<sup>36</sup> encontrando en los *intereses de la sociedad* el motivo de restricción de la propiedad originaria. Se trata de un sistema excepcional, restrictivo, que remite a un subsistema de propiedad permisivo con su usufructo, al margen de la titularidad del territorio y que se asemeja a aquellos regímenes basados en las nuevas formas de expropiación y de compensación que surgen con base en las directrices dictadas por tratados comerciales y no precisamente en los estándares de derechos humanos.<sup>37</sup> Es un sistema que esencialmente permite el uso diverso de la propiedad originaria bajo el dudoso interés de una sociedad no necesariamente plural, regida por instituciones que dictan la generalidad del término *sociedad*, al que se alude cuando se analiza la aplicación del artículo 21 de la CADH.

Sin demeritar el impacto social que tuvo el resarcimiento del daño en las poblaciones afectadas por actos violatorios del derecho a la propiedad originaria, la medida promovida por la Corte Interamericana en casos como el del pueblo Yakyé Axa —a

<sup>35</sup> Corte IDH, “Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 284, párr. 142.

<sup>36</sup> Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 127-128.

<sup>37</sup> Miguel Rábago Dorbecker, “Derechos de propiedad. Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional”, en *Derechos humanos en la Constitución: comentarios a la jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordinado por Eduardo Ferrer MacGregor Poisot et al., México: IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013), 27, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017).

través de la dotación de servicios públicos—<sup>38</sup> muestra una tendencia asistencialista. Por otra parte, es de preguntarse si la noción de resarcimiento por daño, expuesta por el juez Eduardo Ferrer más recientemente en el caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, por causa de las restricciones impuestas a la posesión de la propiedad originaria,<sup>39</sup> es compatible con el interés de los pueblos originarios, en el entendido de que las tierras no tienen un valor preponderantemente económico para éstos. Sin la intención de promover una visión absolutista, insistimos en que tales medidas podrían imponer valores económicos afines a la configuración de la propiedad desde el derecho estatal con su esencia mercantilista, situación que fue advertida inteligentemente ante la Corte IDH por representantes de las víctimas del Pueblo originario Xakmok Kasek.<sup>40</sup>

Otra de las instituciones “sospechosas”, concebidas desde la tradición teórica occidental de la propiedad originaria, es el derecho a la *consulta previa e informada*, válvula de escape que desvía la atención de ese derecho y evade la exigencia de adoptar hermenéuticas jurídicas progresistas que determinen de manera contundente las restricciones al uso de las tierras conforme a los paradigmas originarios.

Tal y como está establecida esa institución, como subsistema de neo-propiedad, aporta mayores beneficios a la noción occidental de propiedad, pues asimila la expresión indígena de la tierra a la dimensión de la *producción*, para permitir una forma *amable* de explotación mercantil de ésta, haciendo posible una suerte de propiedad temporal compartida, con provecho para los inversionistas que usufructúan las tierras, cuya propiedad histórica es *reconocida* en la letra por el Estado, sin efectos favorables para los pueblos originarios, considerando que los beneficios de la explotación no necesariamente son favorables para la estructura sociocultural de dichos pueblos.

En el mismo campo minado se posiciona la normatividad de los Estados latinoamericanos respecto del derecho a la *autodeterminación* de los pueblos originarios, que selectivamente excluye a la autodeterminación de la propiedad comunitaria. Por lo menos desde la interpretación de la Corte IDH existe un consenso sobre las posibilidades de afectar, bajo ciertos supuestos, el territorio de los pueblos originarios; es

<sup>38</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 205.

<sup>39</sup> Corte IDH, “Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer, párr. 23.

<sup>40</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 148.

preciso observar que el control del derecho oficial sobre las prestaciones que otorga la figura de *autodeterminación de los pueblos originarios* articula categorías contingentes de preservación del espíritu jurídico dominante, como es el caso de los llamados *usos y costumbres*, que es un concepto creado por el poder colonial, el cual describe un producto del mestizaje con el que el derecho europeo intenta interpretar los sistemas jurídicos no occidentales.<sup>41</sup> Se trata de un artificio conceptual construido desde la lógica de la diferenciación hegemónica del sistema jurídico oficial con el fin de describir las prácticas sociales y jurídicas originarias en tanto son sistemas “inferiores” dentro del credo del derecho. Dicho artificio, como fue documentado en el caso de los pueblos africanos, representó una herramienta del gobierno colonial que legitimó la dominación y asimiló el pluralismo legal.<sup>42</sup>

La Corte IDH, encabezada actualmente por el juez Eduardo Ferrer, tendrá el desafío de advertir tales circunstancias y de trabajar, desde ese enfoque epistemológico, la validación de la consulta previa e informada y otras categorías sospechosas, no como mecanismos de imposición de los proyectos occidentales,<sup>43</sup> sino como herramientas de reconocimiento y diferenciación de los paradigmas originarios de vida. De lo contrario, lejos de enfrentar las posturas estatales que afectan a los territorios originarios, mantendrá la legitimación de los designios macroeconómicos que estimulan la “inclusión” de estos pueblos en los procesos tecnocráticos de “desarrollo” que los empobrecen.<sup>44</sup>

Por lo pronto, en el caso del pueblo Mayagna (Sumo) Awas Tingni, la Corte IDH ha acertado en promover la asimilación progresiva de paradigmas contra-hegemónicos, anotando que el *derecho consuetudinario indígena* no debe ser considerado sólo un mecanismo, sino una serie de prácticas reales que varían entre comunidades<sup>45</sup> y que, en todo caso, son equivalentes a los principios del derecho occidental.

<sup>41</sup> Sally Engle Merry, “Pluralismo jurídico”, en *Pluralismo jurídico*, editado por Sally Engle et al. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007), 9-10, <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jurc3addico-sally-ingle-merry.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>42</sup> Rachel Sieder y John Andrew McNeish (eds.), *Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas*, trad. por Lucía Rayas (México: CIESAS, 2014), 16-17.

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párrs. 159-160.

<sup>44</sup> María Teresa Sierra et al., eds., *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas* (México: Flacso/CIESAS, 2013), 20.

<sup>45</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 83, inciso d.

### III. Acceso a la tierra para la existencia

Los claroscuros de la jurisprudencia de la Corte IDH revelan, por una parte, el análisis marginal del derecho a la vida mediante la noción de subsistencia, el cual se relaciona únicamente con el acceso a los servicios públicos y la asistencia social,<sup>46</sup> en el marco de la aplicación del artículo 5.1 de la CADH.<sup>47</sup> Por otra parte, exhiben los intentos de desdoblamiento del derecho occidental a favor de las epistemologías originarias, vinculando la posesión del territorio con la vida y la identidad cultural desde un correlato insólito basado en una apreciación histórica que no se encuentra en otros casos resueltos por ella: la Corte Interamericana documenta que el territorio del pueblo Saramaka en Surinam también representa la base de la lucha contra el esclavismo.

Con lo anterior se potencia el paradigma de tierra y propiedad como derecho originario, y desde una epistemología histórica que reconstruye la motivación de la norma jurídica integra a ella el factor de la violencia histórica hacia ese pueblo y tiene el efecto creativo de reposicionar la iniciativa contra-hegemónica de los pensamientos originarios contra el derecho liberal.<sup>48</sup>

La jurisprudencia de la Corte IDH avanzó notablemente en el marco de la interpretación del artículo 21 de la CADH, con lo que se acercó tangencialmente a una noción contra-hegemónica del paradigma clásico de la propiedad territorial, reconociendo el carácter indisociable del uso del territorio por los pueblos originarios como condición de supervivencia física y cultural simbólica.<sup>49</sup> Desafortunadamente, en el caso del pueblo Garífuna de Punta Piedra —el más reciente de los casos resueltos por la Corte Interamericana en relación con los derechos de los pueblos originarios— se advirtió un incómodo retroceso de su hermenéutica, pues reafirmó el sentido clásico del derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de la CADH, pero sólo lo vinculó, de manera incipiente, hacia la noción de existencia simbólica de los pueblos, ello a pesar de que el respeto a la posesión y la propiedad de los territorios originarios, promovido por la Corte IDH, depende en gran medida de la existencia holística de sus pueblos. Cabe expresar que lo anterior bien podría incluirse en el contenido del artículo 4º de la CADH, bajo el enfoque de *unidad esencial* que la CIDH

<sup>46</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 194-217.

<sup>47</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 244.

<sup>48</sup> Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 82.

<sup>49</sup> Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párr. 146.

recientemente ha insinuado, al considerar que un fundamento de la prevalencia del derecho a la propiedad comunitaria de las tierras originarias sobre la propiedad individual clásica reposa en la conexión de su sentido con la vida.<sup>50</sup>

En suma, frente a la progresividad de algunos criterios hermenéuticos conformados por la Corte IDH, es indispensable que el análisis del derecho a la propiedad se aborde en el futuro desde las epistemologías originarias de integridad comunitaria y vida cultural simbólica o meta-ecosistémica, con una hermenéutica asociada al derecho a la vida consagrado en el artículo 4º de la CADH. Esto daría al bien jurídico tutelado por el derecho a la propiedad originaria un fundamento heterogéneo, a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

#### iv. Unidad esencial

Desde el desarrollo hermenéutico de la norma internacional sobre derechos humanos, consideramos que el enfoque de la *unidad esencial* se aproxima a los paradigmas de existencia originaria que exigen la inclusión, en el derecho occidental estatal —el cual rige la vida de los pueblos originarios—, de un paradigma holístico existencial compuesto de manera interdependiente por las categorías de vida, territorio e identidad, en el marco de la comprensión meta-ecosistémica de la relación entre pueblos y tierras originarios.

De inicio, para entender el principio de *unidad esencial* de los pueblos originarios debemos considerar que la noción de *propiedad* requiere comprenderse desde el paradigma holístico de lo comunitario, tomando distancia de la idea estrictamente *colectiva* utilizada por la Corte IDH, así como de la esencia *individualista* del pensamiento liberal occidental. El tribunal interamericano se ha acercado a ese entendimiento en la sentencia del caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, y ha señalado que el régimen de propiedad comunitario no solamente busca proteger el uso y goce de la tierra, sino al pensamiento integrado de los pueblos originarios y tribales,<sup>51</sup> lo que exhibe una idea de protección colectiva permeada por los fundamentos de paradigmas indígenas.

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe No. 44/15, Caso 12.728. Fondo. Pueblo indígena Xucuru, Brasil*, 28 de julio de 2015, párr. 67.

<sup>51</sup> Corte IDH, “Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia

En segundo término, el *paradigma de equilibrio meta-ecosistémico de conservación* –dentro del que se ubican los pueblos originarios– enfatiza, desde el derecho, la necesidad fundamental de la preservación de su existencia armónica con la naturaleza y sus símbolos de vida. En ese sentido, el pensamiento originario, como el de las comunidades Kichwa de Sarayaku o el de Yakye Axa, refleja el entendimiento de su pueblo en comunión con la tierra y sus recursos, como una unidad ecosistémica de existencia física y simbólica.<sup>52</sup> Lo anterior es una idea compleja del territorio que se relaciona con la conservación de la naturaleza ecosistémica, de la cual la persona humana forma parte de manera subordinada, y que contiene su identidad histórica como requisito de existencia. Tal noción desestima la relación utilitaria con la tierra y, en cambio, se acerca al equilibrio natural simbolizado en la expresión “vivir *con* la naturaleza”, a diferencia de la sociedad moderna occidental que suele vivir *de* la naturaleza.<sup>53</sup>

Esa dimensión vincula el derecho de acceso a la tierra con el equilibrio existencial natural y su noción de vida, que rebasa la simple representación de subsistencia material. Es en ese plano que las ideas de *intertemporalidad* de la relación de los ancestros de los pueblos y la tierra adquieren relevancia,<sup>54</sup> así como la noción omnicompreensiva del territorio<sup>55</sup> y la representación religiosa de ésta.<sup>56</sup>

Desde este enfoque parece indisociable la idea de comunión entre el derecho a la tierra (propiedad), incluidas las categorías relacionadas con éste (consulta, autodeterminación y personalidad), con dos derechos fundamentales: la vida –paradigma del derecho a la vida basado en la existencia comunitaria simbólica– y la integridad –paradigma de integridad intracomunitaria simbólica. Es indispensable adentrarse en la tarea de perfeccionar tal relación para que el paradigma comunitario tratado por la Corte Interamericana adquiera mayor congruencia con el pensamiento de los pueblos originarios.

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 346.

<sup>52</sup> Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párrs. 151-154 y 212; y Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 131 y 135.

<sup>53</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 38, inciso *d* y párr. 7.

<sup>54</sup> Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrs. 1 y 15.

<sup>55</sup> Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 132-133.

<sup>56</sup> Corte IDH, “Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”, párr. 150.

Por su parte, la CIDH<sup>57</sup> se ha acercado sensiblemente al entendimiento del principio de *unidad esencial* que el Estado, cabe decir, niega.<sup>58</sup> De manera particular, algunos jueces de la Corte IDH han desarrollado criterios que podrían conformar la base de un nuevo paradigma de derechos de los pueblos originarios, que se vincule al principio de *unidad esencial* y se aproxime a la reformulación del derecho a la vida consagrado en la CADH.<sup>59</sup>

La relación inexpugnable entre las categorías de identidad y de vida ha sido sugerida por diversas sentencias de la Corte IDH respecto del derecho a la propiedad originaria,<sup>60</sup> pero fue el juez Antonio A. Cançado Trindade quien consideró, en el caso del pueblo Yakye Axa, que debía razonarse mayormente el derecho a la vida,<sup>61</sup> y advirtió la posibilidad de perfeccionar la hermenéutica de tal derecho, en la que se incluye la noción de existencia meta-ecosistémica que se ha propuesto. Tal iniciativa es importante dado que será necesaria para que se integre a nuestra noción jurídica, con la plena convicción de que la falta de garantía hacia el derecho a la vida –bajo el esquema tratado– provoca que los demás derechos, incluido el de la propiedad, carezcan de sentido.<sup>62</sup>

## v. Justicia originaria

Debemos reconocer que la reivindicación jurídica y social de los pueblos originarios incluye el reposicionamiento de sus paradigmas como sistemas de creencias; esfuerzo que debe hallar cobijo en las bases axiológicas del pensamiento y la moral, que en franca interacción con el derecho podría brindarle a éste un recurso de fortalecimiento,<sup>63</sup> preponderando la *necesidad fundamental de derecho emanci-*

<sup>57</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 183.

<sup>58</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 185.

<sup>59</sup> Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez Sergio García, párr. 24, y Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 18.

<sup>60</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 4, y Corte IDH, “Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 13.

<sup>61</sup> Corte IDH, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 20.

<sup>62</sup> Corte IDH, “Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99, párr. 110, y Corte IDH, “19 comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párr. 156.

<sup>63</sup> Jean Carbonnier, *Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ª ed (París: L.G.D.J., 2001), 96.

*pador*, justificado desde la postura de la ley del más débil,<sup>64</sup> pero afín a las exigencias de los grupos sociales oprimidos. De tal forma que el conocimiento alcanzado al margen del credo occidental determinará las posibilidades de dotar de racionalidad genuina a la norma jurídica aplicada a los pueblos originarios, basada en el pensamiento emanado de éstos,<sup>65</sup> con el fin de dotar de efectividad a la garantía de acceso a la justicia y conforme a la noción del equilibrio intersubjetivo concebido por los pueblos originarios.

Podemos asegurar que, en el plano jurídico, la Corte IDH se ha convertido en uno de los foros más fecundos para la reconfiguración de los derechos originarios, la cual hace frente al modelo de resistencia constitucional de los Estados que ha sido descrito por el profesor italiano Ermanno Vitale,<sup>66</sup> quien devela las formas de violencia estructural ejercidas por el occidente en contra de los pueblos originarios, como la criminalización de sus integrantes a través del sistema penal útil para la colonización, y que afecta particularmente a las mujeres indígenas, dado que enfrentan grados de vulnerabilidad específicos en dichos procesos.<sup>67</sup>

Es necesario afirmar que, para que el derecho a la propiedad pueda acoplarse a las necesidades territoriales de los pueblos originarios —esto es, con un sentido contrahegemónico—, debe adoptarse el enfoque de la multiculturalidad progresista,<sup>68</sup> que esté dirigido hacia las garantías de reconocimiento y diversidad, así como a la aplicación de mecanismos jurídicos que busquen fortalecer la noción del pluralismo cultural equitativo desde el orden jurídico oficial. Para ello, la Corte IDH se encuentra en la mejor coyuntura regional por el hecho de erigirse en el motor del convencionalismo multicultural, que incita a la composición de un constitucionalismo multicultural en los Estados, el cual es un modelo virtuoso que discurre las formas de transformar la interpretación y aplicación normativa. Cabe señalar que lo anterior es gracias a la lucidez con la que algunos integrantes de dicho Tribunal han recibido los pensamientos originarios, quienes han adoptado la racionalidad filosófica transcultural

<sup>64</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001).

<sup>65</sup> Michael Walzer, *Las esferas de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), 322.

<sup>66</sup> Ermanno Vitale, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional* (Madrid: Trotta, 2012), 89 y 128.

<sup>67</sup> Documenta. Análisis y Acción para la Justicia Social, A. C., Boletín informativo Documenta. Mujeres indígenas en la justicia penal, un castigo múltiple (febrero 2015): 1, <http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/mujeres-indigenas-justicia-penal.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>68</sup> Boaventura De Sousa Santos, *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal* (Buenos Aires: Clacso/Prometeo, 2010), 87.

de la ciencia jurídica, la cual permite el diálogo de paradigmas<sup>69</sup> y su acoplamiento complementario con el sistema jurídico, que reconoce la *espiritualidad* de la norma.

En el ejercicio hermenéutico de la Corte IDH se ubica el desafío de un paradigma de reivindicación que ésta tiene frente al sistema económico y que pone en riesgo permanente el control y la gestión de los recursos naturales materiales y simbólicos que son necesarios para la existencia de los pueblos originarios. La construcción dogmática de la incidencia en los sistemas jurídicos estatales hace de la jurisprudencia de la Corte Interamericana una plataforma legítima de obligatoriedad en dichos sistemas, los cuales apuntan hacia el acceso real a la justicia regional, más aún cuando se ha considerado el alto impacto jurídico que pueden tener las sentencias en los casos de los pueblos originarios y tribales, ello debido a las semejanzas en las características culturales de éstos.<sup>70</sup> Desde el enfoque de *unidad esencial*, la cualidad contra-hegemónica de esa jurisprudencia la convierte en una forma de defensa de la vida y existencia originarias.

Además, ese Tribunal ha instrumentado un modelo de conjugación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional de los Estados, ante la promoción de un *ius constitutionale comune latinoamericanum* en materia de derechos humanos cada vez más legitimado en la región, como una herramienta de *justiciabilidad* que suple las carencias de los sistemas estatales internos.<sup>71</sup> Dicha herramienta bien podría enmendar la deficiencia legislativa, particularmente en el incumplimiento de la obligación funcional legislativa de crear leyes compatibles con el respeto a los derechos humanos –incluso guiando un modelo de *suplencia legislativa efectiva*–, que brinden alternativas para enfrentar el problema del autocontrol administrativo,<sup>72</sup> el cual presenta escasas posibilidades de transformación creativa de la norma.

En este contexto es exigible el perfeccionamiento de los mecanismos de vinculatoriedad (*lato sensu*) de la jurisprudencia, así como destacar su función en la

<sup>69</sup> Raúl Fonet-Betancourt, *La interculturalidad a prueba*, 16-17, <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>70</sup> Corte IDH, “Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

<sup>71</sup> Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en *Ius Constitutionales Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, coordinado por Héctor Fix Fierro et al. (México: IJ-UNAM, 2014), 63.

<sup>72</sup> Christian Courtis, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (México: Fontamara, 2009), 33.

dimensión regional y en los tribunales nacionales, en el marco del sistema de acoplamiento funcional<sup>73</sup> entre el control de convencionalidad y la interpretación conforme que, como lo ha dicho el abogado José Luis Caballero, es una herramienta integradora de los derechos que revela su contenido esencial, dirige la actuación de los tribunales nacionales e internacionales<sup>74</sup> y la proyecta hacia el contenido trascendental de la norma jurídica, destacando el creciente protagonismo de las y los jueces, cuya contribución es cada vez mayor en la recomposición constante de la jerarquía de normas.<sup>75</sup>

El alcance de la hermenéutica jurisprudencial regional debe recrear el vínculo efectivo entre la norma jurídica y sus razones epistémicas, con el fin de darle fidelidad al contenido del derecho que pretende armonizar. Para ello, es importante que dicha hermenéutica se fije sobre los procedimientos de justicia dentro del orden legal de los Estados latinoamericanos activados por el ejercicio del derecho de petición, con el fin de que la norma jurídica se ajuste a la dimensión contra-paradigmática de los derechos humanos y traiga las formas de regulación y pensamiento originarios al juego del derecho estatal. Es esta una forma de lograr su aplicación efectiva dentro de las realidades de los pueblos originarios, mediante la obligatoriedad de la adopción de criterios que fungen como puentes de comunicación armónica paradigática.

Las condiciones están puestas para que la Corte IDH transite hacia un modelo de activismo judicial dialógico –como aquél caracterizado por la Corte Constitucional Colombiana–,<sup>76</sup> con el uso eficiente y progresista del derecho, la redefinición del contenido de los derechos desde su dimensión *declarativa*, y la transformación en la geografía continental del vínculo del mundo occidental y mestizo con los pueblos originarios. En concreto, si la Corte Interamericana puede emitir sentencias estructurales en la dimensión simbólica epistémica, se fortalecería la lucha contra

<sup>73</sup> Concepto creado por Humberto Maturana y utilizado por Niklas Luhmann, empleado en este caso para definir el mecanismo por el cual la epistemología y hermenéutica contra-hegemónica se amalgaman con la interpretación conforme y el principio pro persona para perfeccionar el ejercicio del control de convencionalidad.

<sup>74</sup> José Luis Caballero, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad* (México: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013), 53-54.

<sup>75</sup> François Ost y Michel Van de Kerchove, “De la pyramide au réseau ¿Vers un nouveau mode de production du droit?”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, R.I.E.J.*, núm. 44 (2000): 64, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>76</sup> César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), 29-30.

la resistencia política de los Estados latinoamericanos y sería un obstáculo principal al momento de implementar la decisión jurisdiccional; aunque, por otra parte, permitiría enfrentar, en mejores condiciones, el bloqueo jurídico que mediante sus instituciones despliega el mundo occidental en el proceso de formación de la ley y en perjuicio de grupos sociales marginados.

Este panorama circunstancial exige que en las sentencias emitidas por la Corte IDH existan prácticas epistémicas de mayor calado, desde estructuras axiológicas de ética meta-ecosistémica de conservación, hasta la acción comunicativa jurídica de raíces históricas, que reproduciría con mayor fidelidad la transformación de los mitos del derecho occidental, como ya lo ha hecho en cierta medida con el derecho a la propiedad. Incluir en el análisis estructural las circunstancias históricas de dominio del derecho oficial permite advertir que éstas han provocado la necesidad fundamental de derecho liberador de los pueblos originarios, a través de la visualización de un *núcleo de exigencias legales vinculantes* en el ejercicio de sus derechos.

Una jurisprudencia interamericana dotada de fuerza obligatoria en los Estados, fiel a la historia de los pueblos y su epistemología originaria, brindaría sin duda más posibilidades de desarrollar una forma de acción jurídica contra-hegemónica en beneficio de los pueblos originarios como sector social e histórico fundamental en la vida de América Latina.

## vi. La expectativa

Desde la hermenéutica de la sospecha,<sup>77</sup> los derechos humanos son, en su forma tradicional, un lenguaje de hegemonía cultural en el entorno global de los pueblos, con su inviolabilidad mítica,<sup>78</sup> como paradigma que selecciona y sobrevalora un tipo de conocimiento, mientras suprime el de *los otros*. No obstante, la hermenéutica practicada por la Corte IDH con la fuerza de algunos de sus criterios progresistas puede aún evolucionar reestructurando el contenido de los artículos 4º y 21 de la CADH. Por ello, es preciso enfatizar la importancia de respaldar un modelo óptimo de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo que implica la

<sup>77</sup> Boaventura De Sousa Santos, *Derechos humanos, desarrollo y democracia* (Bogotá: CEDJS, 2014), 14, <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derechos%20Humanos%20Democracia%20y%20Desarrollo.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

<sup>78</sup> Fitzpatrick, *La mitología del derecho moderno*, 73.

posibilidad de promover fuertemente, y de manera paralela, la aplicación de ésta en los mecanismos de justicia informales o no jurisdiccionales, y mejorar los mecanismos que, aunque tardados, han gozado de éxito, como el reciente caso en México de la restitución de la tierra al pueblo Huichol en Nayarit.<sup>79</sup>

Particularmente, el fiel entendimiento del derecho al territorio originario nos permite pensar que mientras no se analice desde el enfoque de la *unidad esencial*, en el contexto de violencia del occidente hacia ellos, y desde la idea de cuerpo-territorio-tiempo –promotora de la descolonización hetero-patriarcal de la tierra y de las relaciones de equilibrio de género intracomunitario que propone la epistemología del feminismo comunitario indígena–,<sup>80</sup> no podrá avanzarse en la construcción de mecanismos legales que garanticen de manera efectiva y real ese derecho, tanto al interior de las comunidades originarias, como al exterior de éstas.

## VII. Bibliografía

- Bourdieu, Pierre. “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique.” En vol. 64 de *Actes de la recherche en sciences sociales*. 3-19. Paris: septembre 1986. [http://www.persee.fr/doc/arss\\_0335-5322\\_1986\\_num\\_64\\_1\\_2332](http://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1986_num_64_1_2332) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Caballero, José Luis. *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. México: Porrúa/IMDPC, 2013.
- Carbonnier, Jean. *Fléxible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10ª edición. París: L.G.D.J., 2001. <http://197.14.51.10:81/pmb/DROIT/Jean%20Carbonnier%20Flexible%20droit.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79.
- \_\_\_\_\_. “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo indígena Mapuche) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 29 de mayo de 2014, serie C, núm. 279.

<sup>79</sup> Juan Carlos G. Partida, “Recuperan huicholes de Jalisco tierras en Nayarit”, *La Jornada*, Sec. Estados, 24 de septiembre de 2016.

<sup>80</sup> Begoña Dorrnsoro, “El territorio cuerpo-tierra como espacio-tiempo de resistencias y luchas en las mujeres indígenas y originarias”, ponencia presentada en el IV Coloquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6 y 7 diciembre de 2013, 3-4 y 7, [http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1\\_Begona\\_Dorrnsoro.pdf](http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1_Begona_Dorrnsoro.pdf) (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

- \_\_\_\_\_. “Caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.
- \_\_\_\_\_. “Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 20 de noviembre de 2013, serie C, núm. 270.
- \_\_\_\_\_. “Caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214.
- \_\_\_\_\_. “Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127.
- \_\_\_\_\_. “Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)”. Sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245.
- \_\_\_\_\_. “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.
- \_\_\_\_\_. “Caso de los Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 284.
- \_\_\_\_\_. “Caso de la Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 8 de octubre de 2015, serie C, núm. 304.
- \_\_\_\_\_. “Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125.
- \_\_\_\_\_. “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124.
- \_\_\_\_\_. “Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 7 de junio de 2003, serie C, núm. 99.
- \_\_\_\_\_. “Caso de 19 comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109.
- Chacón, Oswaldo. *Teoría de los derechos de los pueblos indígenas*. México: UNAM/Unach, 2005.
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. E/CN.4/2004/80/Add.2. Párrafo 31. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Adición. Misión a México*. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf?view=1> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 44/15, Caso 12.728. Fondo. Pueblo indígena Xucuru*. Brasil, 28 de julio de 2015, párr. 67.

- \_\_\_\_\_. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia, 28 de junio de 2007.
- Coronil, Fernando. "Naturaleza del poscolonialismo: del eurocentrismo al globocentrismo". En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Compilado por Edgardo Lander, 53-67. Buenos Aires: Clacso, 2000. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Costi, Alberto, y Neil Boister. "´Régionalisation´ du droit penal international dans le pacifique: Enjeux et perspectives". En *Droit Pénal International dans le Pacifique: Tentatives d'Harmonisation Régionale/Regionalising International Criminal Law in the Pacific*. Editado por Neil Boister y Alberto Costi, 1-30 (Wellington: New Zealand Association for Comparative Law/Association de Législation Comparée des Pays du Pacifique, 2006), [https://www.researchgate.net/publication/254880502\\_'Regionalisation'\\_du\\_Droit\\_Penal\\_International\\_dans\\_le\\_Pacifique\\_Enjeux\\_et\\_Perspectives](https://www.researchgate.net/publication/254880502_'Regionalisation'_du_Droit_Penal_International_dans_le_Pacifique_Enjeux_et_Perspectives) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Courtis, Christian. *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México: Fontamara, 2009.
- Cusicanqui, Silvia. "Orden epistemológico, orden político. La apuesta por la alternativa". En *Alternativas epistemológicas: axiología, lenguaje y política*. Coordinado por Silvia Rivera Cusicanqui. Buenos Aires: Prometeo, 2013.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Clacso/Prometeo, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Derechos humanos, desarrollo y democracia*. Bogotá: CEDJS, 2014. <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Derechos%20Humanos%20Democracia%20y%20Desarrollo.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Documenta. Análisis y Acción para la Justicia Social, A. C. Boletín informativo Documenta. Mujeres indígenas en la justicia penal, un castigo múltiple (febrero 2015). <http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-fortalecimiento-reforma-sistema-penitenciario/mujeres-indigenas-justicia-penal.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Dorrnsoro, Begoña. "El territorio cuerpo-tierra como espacio-tempo de resistencias y luchas en las mujeres indígenas y originarias". Ponencia presentada en el IV Coloquio Internacional de Doutorandos/as do CES, 6 y 7 diciembre de 2013. [http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1\\_Begona\\_Dorrnsoro.pdf](http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/11.3.1_Begona_Dorrnsoro.pdf) (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).
- Engle Merry, Sally. "Pluralismo jurídico". En *Pluralismo jurídico*. Editado por Sally Engle et al. (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007). <https://seminariodemetodologiadelainvestigacion.files.wordpress.com/2013/04/pluralismo-jurc3addico-sally-engle-merry.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

- Femenías, María Luisa. *El género del multiculturalismo*. Argentina: Bernal/Universidad Nacional de Quilmes, 2007.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Fitzpatrick, Peter. *La mitología del derecho moderno*. México: Siglo XXI, 1998.
- Fornet-Betancourt, Raúl. *La interculturalidad a prueba*. <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- García Villegas, Mauricio. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.
- Gómez, Carolina. “La situación de las mujeres indígenas ha empeorado, denuncian durante congreso.” *La Jornada*. Sec. Sociedad. 6 de septiembre de 2015.
- Gómez, Magdalena, et al. “Derecho indígena y constitucionalidad.” En *Antropología jurídica: Perspectivas socio-culturales en el estudio del derecho*. Editado por Esteban Krozt. 235-278. México: Anthropos/UAM, 2002.
- Lenkersdorf, Carlos. “Lenguas y diálogo intercultural.” *TONOS. Revista electrónica de estudios filológicos*, núm. 6 (diciembre 2003). <http://www.um.es/tonosdigital/znum6/estudios/Lenkersdorf.htm> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- López Bárcenas, Francisco. *Autonomía y derechos humanos en México*. México: Francisco López Bárcenas/Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A. C. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2015. [http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/Autonomias\\_indigenas\\_en\\_Mexico\\_6deg\\_edicion\\_\\_version\\_\\_electronica\\_0.pdf](http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/Autonomias_indigenas_en_Mexico_6deg_edicion__version__electronica_0.pdf) (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- MacKinnon, Catharine. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia/Instituto de la Mujer, 1989. <http://www.perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/mackinnon-hacia-una-teoria-feminista-del-estado.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Ost, François, y Michel Van De Kerchove. “De la pyramide au réseau ¿Vers un nouveau mode de production du droit?” *Revue interdisciplinaire d'études juridiques, R.I.E.J.*, núm. 44 (2000):1-82. <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/ostvdkpyram.pdf> (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).
- Partida, Juan Carlos G. “Recuperan huicholes de Jalisco tierras en Nayarit.” *La Jornada*. Sec. Estados. 24 de septiembre de 2016.
- Piovesan, Flávia. “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos.” En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Coordinado por Héctor Fix Fierro et al. 61-81. México: IIJ-UNAM, 2014.
- Porras, Jaime. “Historia de una vileza.” *Proceso*. núm. 2015 (junio 2015).
- Rábago Dorbecker, Miguel. “Derechos de propiedad. Art. 27 Constitucional y art. 21 convencional.” En *Derechos humanos en la Constitución: comentarios a la jurisprudencia constitucional e interamericana*. Coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot et al. 2292-2335. México: IIJ-UNAM/Suprema Corte de Justicia

- de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/39.pdf> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2017).
- Rocher, Guy. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*. Montreal: Themis, 1996. <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/32/0075.pdf> (fecha de consulta: 14 de diciembre de 2017).
- Sieder, Rachel, y John Andrew McNeish (eds.). *Justicia de género y pluralidades legales: perspectivas latinoamericanas y africanas*. Trad. Lucía Rayas. México: CIESAS, 2014.
- Sierra, María Teresa, et al., eds. *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*. México: Flacso/CIESAS, 2013.
- Vitale, Ermanno. *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*. Madrid: Trotta, 2012.
- Von Benda-Beckmann, Franz y Keebet. "Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia." En *Pluralismo jurídico e Interlegalidad*. Compilado por Armando Guevara y Aníbal Gálvez. 247-292. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2014.
- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Zagrebelsky, Gustavo. *La exigencia de justicia*. Madrid: Trotta, 2006.