

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

62



Julio - Diciembre 2015



REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2015 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano	11
<i>Fernando Javier Baralt Briceño</i>	
Igualdad y no discriminación: análisis de su aplicación al caso de las comunidades originarias	31
<i>Natalia Patricia Copello Barone</i>	
El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas	57
<i>Ángel Salvador Ferrer</i>	
Políticas públicas orientadas hacia la igualdad de derechos. La llave para preservar la paz social en los nuevos países receptores de flujos migratorios laborales	87
<i>Laura García Juan</i>	
La protección a los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	113
<i>Jesica Paola Gómez Muñoz</i>	
Los obstáculos y desafíos de las solicitudes de refugio en Brasil	147
<i>Rinara Granato Santos, Nilo Lima de Azevedo</i>	
Las mujeres en el proceso de reconstrucción de la sociedad mapuche	167
<i>Ronny Leiva Salamanca</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 62 de su Revista IIDH, cuya edición se ha alimentado de la colaboración que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as.

Para esta edición, el IIDH lanzó una convocatoria para recibir artículos en materia de derechos humanos de las diversidades nacionales, étnicas y culturales, de género, sexuales, etarias, religiosas, ideológicas, sociales, económicas, políticas o de capacidades. Se eligió esta temática puesto que es una de las prioridades estratégicas institucionales para el período 2015-2020, y la Revista IIDH representa, cada semestre, una oportunidad para difundir el debate, la investigación y los distintos aportes regionales e internacionales que permiten avanzar hacia una más efectiva protección de la diversidad.

En su estrategia institucional, el IIDH busca incidir para que las diversidades sean reconocidas y valoradas. Esto supone que se reconozca la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, pero también que se genere un cambio de percepción, tanto social como institucional, que asuma y priorice los principios de igualdad y no discriminación, encaminándose a producir acciones específicas para la eliminación de prejuicios y estereotipos estigmatizantes, así como para promover la erradicación de la discriminación y la criminalización de las diferencias.

Bajo esa visión, este número de la Revista IIDH recoge los artículos académicos de Ángel Salvador Ferrer (España), Ronny Leiva Salamanca (Chile), Jesica Paola Gómez Muñoz (Colombia), Fernando Javier Baralt Briceño (Venezuela), Rinara Granato Santos y Nilo Lima de Azevedo (Brasil), Laura García Juan (España) y Natalia Patricia Copello Barone (Argentina).

Las colaboraciones que hemos elegido para ser incluidas en este número incluyen el análisis de poblaciones en situación de vulnerabilidad, principalmente: las comunidades indígenas, con énfasis en las mujeres, las personas migrantes y refugiadas y las personas con discapacidad, sin excluir algunas reflexiones generales sobre el reconocimiento y protección de la diversidad y el principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto a las comunidades indígenas, se incluye un análisis sobre los elementos que conforma un fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva en casos de violaciones a derechos humanos a comunidades indígenas, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde 2001. Otro de los estudios que aquí se presenta analiza el papel que han tenido las mujeres *mapuche* en el proceso de reconstrucción de dicha sociedad, mediante un repaso a los antecedentes y contexto histórico, a la conceptualización de las mujeres *mapuche* en el movimiento de los derechos humanos y a la actividad pública de estas mujeres en diversos ámbitos, incluyendo la actividad profesional y la dirigencia social. Además, se incluye un estudio sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en casos de las comunidades originarias a través de un análisis legal, jurisprudencial y doctrinario, con un enfoque interdisciplinario.

En materia de los derechos de personas migrantes, se analiza la experiencia española a partir de una serie de políticas públicas

exitosas para preservar la paz social en países receptores de flujos migratorios laborales, incluyendo reformas legislativas, el discurso político y las políticas de integración. Esta edición de la Revista IIDH también incluye un artículo sobre las personas refugiadas que analiza los obstáculos y desafíos que aún presenta la política de acogida de refugiados/as en Brasil.

En cuanto a las personas con discapacidad, se presenta en este número un artículo que analiza la manera en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha protegido sus derechos a través de su mandato, tanto de promoción como de defensa. Lo anterior, mediante un riguroso estudio del sistema de peticiones y casos, informes temáticos, medidas cautelares y audiencias celebradas en el marco de sesiones ordinarias.

Finalmente, se estudia el reconocimiento y protección de la diversidad en la unidad del género humano respondiendo, desde un enfoque interdisciplinario, varios cuestionamientos que en un análisis integral permitan comprender por qué el ser humano es diverso y en qué forma esta diversidad debe ser protegida.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición. Esperamos que esta publicación sea un aporte a la doctrina en derechos humanos de las diversidades para promover el reconocimiento formal de sus derechos, la posibilidad de hacerlos exigibles y la implantación de una cultura y prácticas institucionales no discriminatorias que garanticen su vigencia.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

El fondo de desarrollo comunitario como reparación colectiva para las comunidades indígenas

*Ángel Salvador Ferrer**

Introducción

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, la Corte o el Tribunal) ha desarrollado el concepto de **reparación integral**, entre cuyos precedentes conceptuales fundamentales se encuentra la Resolución de las Naciones Unidas de 2005, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”¹, la cual dispone que:[...] se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos [...] una reparación plena y efectiva [que abarque...] las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición².

* Licenciado en Derecho y Magister en Estudios Internacionales por la Universidad de Barcelona. Visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investigador en la Comisión Colombiana de Juristas y pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, pág. 15.

2 Asamblea General de la ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 60/47, principio 18.

Con el fin de llevar a cabo una correcta aplicación de los remedios más adecuados dirigidos a reparar de forma integral los daños provocados en un supuesto concreto, la Corte IDH debe identificar, previamente, los daños específicos sufridos por la o las víctimas de violaciones a derechos humanos, los cuales pueden categorizarse, según tengan intrínseco valor económico³, en daños materiales e inmateriales. La identificación de los daños es un aspecto elemental, en el sentido que la figura del daño es requisito necesario para el surgimiento de responsabilidad internacional del Estado⁴.

Este artículo pretende analizar una de las múltiples formas en que la Corte IDH ha abordado su cometido de aproximarse tanto como sea posible a restablecer a la víctima o víctimas a la situación anterior al hecho ilícito, frente a casos de violaciones a derechos humanos, en particular la figura de los fondos de desarrollo comunitario como satisfacción con carácter compensatorio en concepto de daño inmaterial sufrido por colectividades indígenas.

1. Los fondos de desarrollo comunitarios como medida de reparación por daño inmaterial

Como se apuntó anteriormente, los fondos de desarrollo comunitario (FDC) se erigen como medidas de reparación vinculadas al daño inmaterial. Aquí es pertinente hacer una

3 Cfr. Ventura Robles, Manuel, “La ejecución de las sentencias de la Corte IDH de Derechos Humanos por parte de los tribunales nacionales”, Sala Constitucional, Suprema Corte de Justicia Costa Rica, San José, septiembre de 2009, pág. 7.

4 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)*, segunda edición. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile/AECID, Chile, 2009, pág. 12.

aclaración y discernir el daño inmaterial del daño moral, en tanto el segundo es una categoría del primero, la más genérica a nivel teórico y jurisprudencial.

El daño moral proviene del perjuicio a la honra, del sufrimiento y dolor de una violación, generalizándose en ocasiones, bajo el concepto de efectos psicológicos sufridos por los atentados a los derechos y libertades, lo que lo configura como una especie de *pretium doloris*⁵. El daño inmaterial, según la desarrollada jurisprudencia del Tribunal, “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”⁶; e incluye los daños morales y psicológicos, físicos, al proyecto de vida, los daños colectivos y sociales⁷. En esta última categoría se asientan los FDC.

Los FDC en poblaciones indígenas tienen el nexo causal entre violación-medida en la afectación grave a los valores y forma de vida, prácticas sociales, culturales o espirituales de las mismas comunidades. Esta breve introducción nos ayudará a entender

5 Cfr. García Ramírez, Sergio, “Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Número 3, Costa Rica, 1999, pág. 339.

6 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C No. 77, párr. 84; Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 275; Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, párr. 412.

7 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 35.

la lógica seguida por la Corte en aquellos supuestos donde los anteriores derechos fueron comprometidos.

2. Evolución de los fondos de desarrollo comunitario en la jurisprudencia de la Corte IDH

A lo largo de la jurisprudencia de la Corte podemos encontrar distintos casos en los que se menciona o, bien, se alude al concepto de **fondo de desarrollo comunitario**. Sin embargo, en sus resoluciones no aparece aproximación teleológica alguna, por lo que hemos decidido apoyarnos, simplemente con fines ilustrativos, en el carácter funcional que le da el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. Éste establece en su artículo primero que el Fondo Indígena tiene por objeto “establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de los pueblos [...] indígenas de América Latina y el Caribe”⁸.

La Corte tomó por primera vez en cuenta la identidad cultural de un grupo étnico dentro de las medidas de reparación en el caso *Aloeboetoe vs. Surinam*, confiriéndole un rol primordial a la identidad cultural de la comunidad beneficiaria al momento de determinar la forma de las reparaciones correspondientes⁹.

En dicho caso, la Corte ordenó al Estado crear una fundación como fideicomitente de los fondos depositados en una entidad bancaria en concepto de indemnización pecuniaria. Su

8 Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, 1992, art. 1.

9 Cfr. Rodríguez Garavito, César, y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Documentos DeJuSticia, Colombia, 2011, pág. 31.

instauración buscó brindar a los beneficiarios la posibilidad de obtener los máximos beneficios en clave de reparación procedente de los montos recibidos¹⁰. A pesar de no tratarse explícitamente de un FDC, antecedió a futuras sentencias en la línea evolutiva jurisprudencial del sistema de reparaciones al abordar un modelo de reparación “sistémico”, idea consistente en que la violación a derechos humanos puede llegar a afectar no únicamente a una persona humana individualizada o incluso a su familia, sino a toda una comunidad¹¹.

Las reparaciones con base en el daño inmaterial que envuelven a comunidades indígenas¹² se han tratado en diversos casos que, a pesar de no ser objeto del presente trabajo en cuanto no incorporan la figura del FDC, vale la pena mencionar de forma breve. En el caso *Plan de Sánchez vs. Guatemala* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) solicitó que el Estado creara un fondo de reparaciones para las víctimas de la masacre que tuviera por finalidad financiar programas educativos, capacitación laboral, atención psicológica y médica para los sobrevivientes y los familiares de las víctimas, considerando la afectación global de los derechos que produjo la masacre. La Corte finalmente optó por canalizar esta modalidad de reparación colectiva a través de programas de desarrollo de salud, educación,

10 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C No. 15, párr. 103.

11 Cfr. Bandeira Galindo, George, René Ureña y Aida Torres Pérez, *Protección multinivel de derechos humanos*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, España, 2013, pág. 245.

12 Dado que el análisis se centra estrictamente en las comunidades, se omiten casos en los que a miembros de estas comunidades, como individuos, también se les repara por concepto de daño inmaterial, como son los casos *Escué Zapata vs. Colombia*, *López Álvarez vs. Honduras*, *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *Chitay Nech vs. Guatemala*, *Fernández Ortega y otros vs. México* y *Rodendo Cantú vs. México*.

producción e infraestructura¹³. Por otro lado, en el caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* los representantes solicitaron a la Corte que, para fijar el daño inmaterial causado, tomara en cuenta que los integrantes de la comunidad de Río Negro fueron privados de sus costumbres, religión y vida familiar. La Corte se inclinó por fijar en concepto de daño inmaterial y material una serie de pagos que incluían lo aducido por los representantes, de forma que las medidas de reparación estuvieran dispuestas a favor de las víctimas de la comunidad¹⁴.

Vistas las aproximaciones casuísticas y conceptuales anteriores, analizaremos ahora los casos donde la Corte IDH incorporó los FDC en sus respectivas reparaciones.

a. Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua¹⁵

La comunidad Awas Tingni es una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo, asentada en la Costa Atlántica de Nicaragua. El Estado reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero hasta aquel momento no había regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento. Esto causó que, desde 1990, no se hubieran otorgado en el país títulos de esta naturaleza, vulnerando así el derecho a la propiedad comunal de la comunidad Awas Tingni¹⁶.

Es este el caso en que, por primera vez, la Corte IDH estableció la creación de un FDC, a pesar de no conceptualizarlo

13 Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, reparaciones, sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, párrs. 90 k y 110.

14 Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C No. 250, párrs. 305 y 309.

15 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79.

16 *Ibidem*, párrs. 103 y 152.

explícitamente como tal. Lo encuadró como una medida de reparación colectiva en concepto de daño inmaterial, al disponer lo siguiente:

La Corte considera que debido a la situación en la cual se encuentran los miembros de la Comunidad Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, el daño inmaterial ocasionado debe además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. En las circunstancias del caso es preciso recurrir a esta clase de indemnización fijándola conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del daño inmaterial, el cual no es susceptible de una tasación precisa. [...] La Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50,000 [...] en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana¹⁷.

Lo primero que llama la atención del caso es que, como se ha señalado, en ningún momento se refiere a la medida como FDC o mediante un concepto análogo. En segundo término, se puede apreciar que la Corte motivó la creación de un fondo por el daño inmaterial causado por la falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, es decir, por la violación del Estado de Nicaragua al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o la Convención). La lógica del Tribunal fue que, teniendo en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, la mera posesión de la tierra debía bastar para que, aunque carecieran de

17 *Ibidem*, párr. 167.

título real sobre la propiedad de la tierra, obtuvieran por parte del Estado el reconocimiento oficial de tal propiedad, sustentado jurídicamente en una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos armoniosa con el artículo 29.b) de la Convención, que incluía el derecho a la propiedad comunal indígena. Por lo tanto, toda vez que Nicaragua no delimitó ni demarcó la propiedad comunal vulneró el derecho a la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni¹⁸. El criterio seguido por la Corte en este caso es remarcable, puesto que se contempló por primera vez la posibilidad de indemnizar por concepto de daño inmaterial a un grupo humano como colectivo¹⁹. En este mismo sentido, el caso es jurisprudencialmente relevante por incluir la propiedad comunitaria dentro del ámbito de protección del artículo 21 de la Convención, apreciación que sería reiterada en posteriores ocasiones, como tendremos la ocasión de estudiar.

En cuanto al FDC, aparecen en la sentencia tres elementos más a tener en cuenta: primero, la Corte optó por fijar un plazo concreto para que Nicaragua llevase a cabo la inversión; segundo, especificó el destino de la cantidad pecuniaria; por último, instó a la CIDH a supervisar el buen destino de la inversión.

En cuanto al cumplimiento de la medida, la Corte valoró que el Estado cumplió con la obligación de inversión al construir, de acuerdo con los representantes, un albergue estudiantil, y detalló el monto total de la obra²⁰.

18 *Ibidem*, párr. 148.

19 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)*... pág. 55.

20 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 7 mayo de 2008, párrs. 34 y 35.

b. Caso comunidad Moiwana vs. Surinam²¹

La aldea de Moiwana fue fundada por clanes de cimarrones en la región de Marowijne, en Surinam. Con el inicio del conflicto interno en 1986, la aldea de Moiwana se vio envuelta en medio de una operación militar que ocasionó la muerte de 39 vecinos, la destrucción y quema de propiedades y el desplazamiento de los supervivientes, lo que impidió a los miembros de la comunidad la práctica de sus formas de subsistencia tradicionales.

En este caso, la Corte introdujo de forma expresa el concepto de **fondo de desarrollo** destinado a servicios para los miembros de la comunidad. Estipuló que un contexto donde las fuerzas militares habían atacado y destruido las propiedades indígenas en la localidad de Moiwana y desplazado a sus habitantes, era un buen escenario para la implementación de programas de salud, vivienda y educación. Con anterioridad a la resolución del caso, tanto los representantes como la CIDH enfatizaron la importancia de implementar estos programas de desarrollo para cubrir los servicios sociales básicos de los miembros de la comunidad en cuanto regresasen a sus hogares. Según dispuso el Tribunal:

[...] Surinam deberá crear un fondo de desarrollo por el monto US\$ 1,200,000.00 [...] que será destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad. Los elementos específicos de dichos programas deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de cinco años, a contar de la notificación de la presente Sentencia²².

21 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124.

22 *Ibidem*, párr. 214.

Dos elementos que llaman la atención son la introducción de la figura del **comité de implementación** y la forma de canalizar el fondo para alcanzar los objetivos definidos por la Corte. Por otro lado, el comité de implementación sustituyó a la CIDH en su papel de tercer agente participante –junto al Estado y las víctimas–, encargado de la supervisión de la implementación de la medida. El nuevo comité adquirió un papel absolutamente central, pasando de agente garante con funciones fiscalizadoras a órgano *ad hoc* encargado de moldear todo el proceso, desde la disposición del monto pecuniario hasta su traducción en forma de programas de desarrollo, con las siguientes especificidades:

El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros. El referido comité deberá contar con un representante designado por las víctimas y otro por el Estado; el tercer miembro de dicho comité será designado de común acuerdo entre los representantes de las víctimas y el Estado. Si dentro de los seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado y los representantes no hubieren llegado a un acuerdo respecto de la integración del comité de implementación, la Corte los convocará a una reunión para decidir sobre este asunto²³.

Puede asumirse que la Corte trató de conferir al comité un carácter de ente velador e imparcial para lograr una efectiva implementación de lo dispuesto en la sentencia, voluntad manifiesta si se atiende a su composición: una terna de miembros, uno elegido por cada una de las partes y un tercero acordado entre ambas. Así, la Corte aspiró a que la implementación de los programas de desarrollo se llevase a cabo con las máximas

23 *Ibidem*, párr. 215.

garantías de imparcialidad y diligencia pero, al mismo tiempo, sin entrometerse en su confección. Además, su importancia era tal que en caso que las partes no llegasen a un acuerdo para su creación, se previó que la propia Corte dilucidase el asunto. La misma Corte expresó que el Comité:

[...] deb[ía] ser la autoridad que determin[ara] la forma en que se asign[aran] los fondos e implement[aran] los programas. Por este motivo, [...] deb[ía] haber un margen de flexibilidad que deb[ía] ser respetado y [...], dentro de su competencia, el Estado deb[ía] garantizar que el Comité cumpl[iera] con las cuestiones operativas y logísticas necesarias para lograr su misión²⁴.

Como se puede ver, existen notables diferencias entre el FDC de los casos *Awas Tingni* y *Moiwana*, aunque la motivación para su creación fue la misma. De manera genérica, ambas son medidas tendientes a reintegrar la dignidad de las comunidades y ayudar a reorientar su vida²⁵, en tanto ambas son medidas de satisfacción a colectividades. La valoración jurídica que hizo la Corte del daño inmaterial sufrido incorporó los “elementos culturales” para la fijación de la medida correspondiente de reparación. Esta tendencia a ampliar la idea del daño inmaterial ya se pudo apreciar en el caso *Yatama* cuando se extendió la noción de “dolor y sufrimiento”²⁶, tendencia que iba a repercutir en los términos de creación de los FDC –puesto que su alcance se computaba atendiendo al daño inmaterial sufrido por una colectividad– y cuya flexibilidad conceptual suscitó algunas reticencias doctrinales al entenderse que la Corte iba a controlar,

24 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 21 de noviembre de 2007, considerando 18.

25 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 53

26 Cfr. Nash Rojas, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte IDH de Derechos Humanos (1988-2007)...* pág. 53.

hasta cierto punto, indemnizaciones estimadas bajo parámetros tan subjetivos como los de “dolor y sufrimiento”²⁷.

A pesar de la especificidad de lo resuelto por la Corte, dar cumplimiento a esta innovadora fórmula en un contexto tan complejo como el surinamés en el año 2005, no iba a ser un trámite sencillo²⁸. Así, un año después de la sentencia el Estado informó de la creación de una Fundación para el Desarrollo de la Comunidad Moiwana (SFOMG) dirigida a programas de salud, vivienda y educación para los integrantes de la comunidad Moiwana, aunque según denunció la CIDH no se suministró información que indicase la financiación de dichos programas²⁹. En noviembre de 2010, cuando se cumplieron los cinco años de la sentencia, la Corte indicó que la información facilitada por el Estado era insuficiente respecto a: i) el importe total de dinero transferido al fondo de desarrollo; ii) a la construcción de viviendas y iii) su localización dentro de territorio Moiwana; iv) la construcción de instalaciones destinadas a la educación y salud, y v) la implementación de una estrategia de desarrollo sostenible en Moiwana (SSDI)³⁰. La resolución de supervisión

27 Cfr. Antkowiak, Thomas M., “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous People”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 25:1, 2015, pág. 78.

28 En la Decisión 1 (67) sobre Surinam, de noviembre de 2005, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial manifestó, entre otras cosas, “una profunda preocupación por la información en que se afirma que Surinam hace caso omiso, a sabiendas, de las recomendaciones del Comité”, y recomendó que “[v]ele por que se reconozcan legalmente los derechos de los pueblos indígenas y tribales a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras comunales y a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales asociados a ellas”, así como “[v]ele por que se otorgue a los pueblos indígenas y tribales el derecho de recurrir a los tribunales”.

29 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia..., considerandos 17 y 18.

30 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, supervisión de

de cumplimiento de 22 de noviembre de 2010 fue la última que se emitió respecto de este caso, por lo que no se dispone de información más actualizada sobre su estado de implementación.

c. Caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay³¹

La comunidad Yakye Axa es una comunidad indígena asentada desde finales del siglo XIX en la zona del Chaco paraguayo. En esa época, empresarios británicos compraron las extensiones de territorio y emplearon a los indígenas que allí habitaban para trabajos de ganadería. Varias décadas después, la comunidad Yakye Axa se trasladó a un nuevo territorio debido a las graves condiciones de vida que sufrían: los hombres no recibían sueldos, las mujeres eran explotadas sexualmente y no contaban con servicios de salud ni alimentación suficientes, por lo que dieron inicio a los trámites de reivindicación de su hábitat tradicional. Los recursos no generaron resultados positivos, lo que provocó que parte de la comunidad se viera obligada a asentarse al costado de una carretera³².

En este caso, la Corte continuó el patrón iniciado en el de Moiwana en aplicación de un FDC, aunque lo combinó con un programa de desarrollo comunitario.

[..el] Estado deberá crear un programa y un fondo de desarrollo comunitario que serán implementados en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El programa comunitario consistirá en el suministro de agua potable e infraestructura sanitaria. Además del

cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 22 de noviembre de 2010, considerando 37.

31 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

32 *Ibidem*, párrs. 50.1, 50.2, 50.13 y 50.91.

referido programa, el Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 950.000,00 [...] para un fondo de desarrollo comunitario, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud en beneficio de los miembros de la Comunidad³³.

El fondo y el programa de desarrollo comunitario se enmarcaron como medidas de reparación por daño inmaterial a una comunidad, considerando que, por definición, tal medida es una respuesta al sufrimiento acreditado de violaciones que repercuten en los patrones estructurales de un colectivo³⁴. Ambas medidas respondían al menoscabo de los valores representativos como comunidad indígena por la denegación estatal al goce y ejercicio de sus derechos territoriales y los problemas que eso generó al poner en peligro su identidad, su patrimonio, su vida cultural y la de futuras generaciones³⁵. Tales violaciones fueron las que motivaron impulsar los proyectos y el programa enunciados.

Del mismo modo que ocurrió en el caso Awas Tingni, es importarte no asociar estas medidas a una clase de restitución, especialmente porque la jurisprudencia de la Corte contempla como medida de restitución la devolución de tierras tradicionales a los miembros de las comunidades indígenas – como también lo dispuso en el caso de la comunidad Yakye Axa. Conviene traer a colación el caso Awas Tingni porque en aquella ocasión la Corte sustentó jurídicamente que los elementos incorporeales que se desprendían de los territorios tradicionales indígenas formaban parte de aquellos derechos salvaguardados por el artículo 21

33 *Ibidem*, párr. 205.

34 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 61.

35 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas... párr. 203.

de la Convención³⁶. Así, en el caso que nos ocupa, el Tribunal señaló que el derecho a la propiedad privada contemplado en el artículo 21 de la Convención podía llegar a ser condición necesaria para lograr la preservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas³⁷. De ahí que la falta de reconocimiento de la propiedad colectiva de la comunidad Yakye Axa comprometía sus rasgos definitorios como comunidad, en contravención al artículo 21 de la Convención, motivando así la creación de proyectos y programas con el objeto de reintegrar la dignidad de la comunidad.

Los elementos específicos de dichos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena. El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros [...]³⁸.

La Corte repitió el modelo del comité de implementación tripartito introducido en el caso de la comunidad Moiwana. Es más, la redacción sobre su mandato, designación y conformación fue idéntica a la de su precedente. De este modo, la Corte empezó a considerar que los FDC, en tanto tomaban en cuenta la naturaleza colectiva del daño causado, eran una herramienta idónea y efectiva³⁹ que encajaba con el espíritu

36 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas... párr. 144.

37 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo reparaciones y costas... párr. 148.

38 *Ibidem*, párr. 205.

39 Cfr. Rodríguez Garavito, César, y Yukyan Lam, *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades*

de las etnorreparaciones. El punto diferencial entre el comité de implementación del caso Moiwana y el del caso Yakye Axa es que mientras el primero gozaba de un plazo de cinco años para completar la implementación de los programas, el del caso paraguayo no podía exceder los dos años contando a partir de la entrega de las tierras.

Tras la resolución del caso, a efecto de que la Corte pudiera supervisar su implementación acorde a lo dispuesto, el Tribunal le indicó al Estado que debía remitir información sobre el comité de implementación que incluyera “los nombres de las personas que integran el Comité, y las actas o constancias de cada sesión del mismo, y los avances en la implementación del programa y del fondo de desarrollo comunitario”⁴⁰. Las partes facilitaron información al respecto y manifestaron que el fondo fue creado el año 2006, aunque el Estado y representantes se pronunciaron en sentido opuesto respecto a los montos agregados a dicho fondo y sobre la operatividad del comité de implementación. Así, al momento de resolver el estado de cumplimiento de la medida reparatoria, la CIDH indicó en dos ocasiones que el Estado no había presentado suficiente información al respecto y la Corte manifestó que para el año 2008, es decir, tres años después de ordenar la creación del fondo y su comité, no contaba con los elementos necesarios para establecer su cumplimiento, por lo que instaba a las partes a aportar mayor información⁴¹.

afrodescendientes en Colombia... pág. 25.

40 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del Presidente de la Corte IDH de 14 diciembre de 2007, considerando 6.c.

41 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, considerando 30.

d. Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay⁴²

La comunidad Sawhoyamaxa tradicionalmente habitaba la zona del Chaco, pero sus tierras fueron vendidas e individualizadas a nombre de empresas privadas. Esta situación provocó que miembros de la comunidad vivieran en condiciones de pobreza extrema, sin los niveles mínimos de salud, bajo situación de explotación laboral e impedidos de practicar sus actividades tradicionales de subsistencia. Unido a esto, en el año 1991 la comunidad empezó los trámites de reivindicación de su hábitat ancestral, lo cual no solamente trajo resultados insatisfactorios, sino que la situación empeoró cuando los propietarios individuales de las tierras se enteraron de los reclamos iniciados por la comunidad, lo que se tradujo en presiones y amenazas. La mayoría de los miembros optó por salir de esas estancias y empezaron a vivir al borde de una carretera en completa precariedad⁴³.

En este caso, con relación a la reparación colectiva la Corte ordenó al Estado:

[...] la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad [...]. El Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 1.000.000,00 [...] para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad⁴⁴.

42 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146.

43 *Ibidem*, párrs. 73.36, 73.61 y 73.62.

44 *Ibidem*, párr. 224.

La Corte siguió el razonamiento de los casos anteriores: el fondo de desarrollo se presentó como una satisfacción con carácter compensatorio en forma de medidas socioeconómicas de reparación colectiva por el daño inmaterial sufrido por la colectividad. Las circunstancias del caso alteraron gravemente las condiciones de existencia de la comunidad Sawhoyamaxa por la falta de concreción de su derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención. Como ocurrió en los casos anteriores, para fijar el daño inmaterial la Corte valoró que tal denegación comprometía la vida, identidad y patrimonio comunitario⁴⁵, por lo que se hacía necesario dictaminar las mencionadas medidas socioeconómicas con un amplio alcance para la colectividad.

Estos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación [...] y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena. El comité [...] estará encargado de determinar las modalidades de implementación del fondo de desarrollo, y estará conformado por tres miembros [...]⁴⁶.

Las similitudes entre los FDC en el caso Yakye Axa y el caso Sawhoyamaxa son evidentes: en ambos casos el FDC pretendía servir para el desarrollo de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, y sus comités de implementación debían tener la misma composición y plazo de dos años para completar los proyectos. La diferencia entre ambos es que en el caso Yakye Axa se adicionó la creación de un programa comunitario separado del fondo, mientras que en el caso Sawhoyamaxa los objetivos de potabilización de agua e

45 *Ibidem*, párrs. 221 y 222.

46 *Ibidem*, párrs. 224 y 225.

infraestructura sanitaria de aquel programa se incluyeron en el mismo fondo. Eso significó, de entrada, que estos dos últimos objetivos en el caso Sawhoyamaya tuvieran asignada para su implementación una cantidad pecuniaria, aunque fuese en términos generales en conjunto con el resto de finalidades del fondo, ordenado así, presumiblemente, para afianzar el flujo de capitales hacia los mismos. Si se observa, en el caso Yakyé Axa la Corte IDH determinó la asignación de US\$ 950.000,00 para el fondo comunitario, mientras que en el caso Sawhoyamaya la dotación del fondo fue incrementada hasta US\$ 1.000.000,00 e incluyó los objetivos referidos.

Tal como ocurrió con el caso Yakyé Axa, la Corte tuvo dificultades para poder determinar en un sentido positivo el cumplimiento de la medida, puesto que hasta en cuatro ocasiones se pronunció al respecto en el mismo sentido: que tanto sobre el FDC como sobre la implementación de proyectos del comité, no contaba con elementos suficientes para establecer el cumplimiento del punto. Frente a la situación de falta de información, desde el año 2008 la Corte instó al Estado a ofrecer información adicional sobre “los nombres de las personas que [integran el Comité], y las actas o constancias que en cada sesión del Comité se adopten”⁴⁷, reiterado en el 2009 en los siguientes términos: “es necesario requerir al Estado información detallada sobre la asignación del presupuesto que la sentencia de esta Corte ordenó se entregara al fondo de desarrollo comunitario y el funcionamiento y las actividades desarrolladas por el Comité de implementación”⁴⁸. No sería hasta seis años después, en la resolución de supervisión

47 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, considerando 14.

48 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Presidenta de Corte IDH de 20 de mayo de 2009, considerando 13.

conjunta con el resto de casos paraguayos –que se abordará más adelante–, que la Corte se pronunciara de nuevo sobre el caso.

e. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam⁴⁹

El pueblo Saramaka fue fundado por un grupo de cimarrones de Surinam en la región superior del Río Surinam, pueblo con una constatada y profunda relación con sus tierras ancestrales. Sin embargo, la legislación interna de Surinam no reconocía el derecho a la propiedad colectiva de los miembros de comunidades indígenas y tribales, por lo que carecían de estatuto jurídico de Surinam. Dado que bajo la ley de Surinam el Estado era el propietario del territorio y los recursos utilizados por el pueblo Saramaka, éste empezó a otorgar en la zona del Río Surinam concesiones a terceros para actividades madereras y de minería. De esta forma, los miembros de la comunidad se vieron privados del reconocimiento de títulos comunales sobre la tierra y del uso y disfrute de la misma.

En este caso, la Corte procedió a la creación de un FDC en los siguientes términos:

La Corte ordena, en equidad, que el Estado asigne la suma de US\$ 600,000.00 [...] a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido a beneficio de los miembros del pueblo Saramaka en su territorio tradicional. Dicho fondo tendrá como objetivo financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como proporcionar electricidad y agua potable, de ser necesario, a favor del pueblo Saramaka⁵⁰.

49 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172.

50 *Ibidem*, párr. 201.

El FDC se creó, de nuevo, en razón del daño inmaterial sufrido. No obstante, esta vez la Corte introdujo en el monto total asignado para el fondo una partida procedente del daño provocado por la extracción de madera y el causado sobre la propiedad indígena en su territorio, lo cual encajaba en el concepto de daño material si se observa el desarrollo jurisprudencial del concepto, que incluía “la pérdida o detrimento de los ingresos de la víctima [...] y las consecuencias de carácter pecuniario que [tuvieran] un nexo causal con los hechos del caso”⁵¹. Así, el Tribunal “fij[ó], por el daño material directo [...] la cantidad de US\$ 75.000 [...] a favor del pueblo Saramaka. Esta suma deb[ía] agregarse al fondo de desarrollo descrito [...]” y resolvió que “[e]l Estado deb[ía] asignar las cantidades fijadas en esta Sentencia como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario [...]”⁵². Por lo tanto, el monto total estaba conformado por fondos en concepto de daño inmaterial y en menor medida material, y, sin embargo, la destinación de la totalidad de los mismos se encomendó a la implementación de proyectos como medidas de satisfacción en un caso de reparación colectiva en respuesta a un daño inmaterial.

En el caso Saramaka el comité de implementación mantuvo el carácter tripartito y también el plazo de seis meses para conformarlo, pero en esta ocasión la Corte añadió un requerimiento a la actividad del comité: éste “deb[ía] consultar con el pueblo Saramaka antes de que las decisiones se tomen e

51 Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala y Caso Cepeda Vargas vs. Colombia*, citados en Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 41.

52 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, supervisión **de cumplimiento de sentencia**, resolución de la Corte IDH de 8 febrero de 2008, párr. 199 y dispositivo 13.

implementen”⁵³. Esta directriz fue introducida en una solicitud de los representantes, quienes pidieron a la Corte que se estableciera “un fondo de desarrollo [...] determinado e implementado con la participación y consentimiento informado del pueblo Saramaka”⁵⁴. Por tanto, en este modelo el papel de la comunidad indígena adquirió una nueva dimensión para la implementación de los proyectos socioeconómicos, a pesar de que la Corte seguía dirigiendo el destino de los proyectos. De hecho, otra disposición innovadora en el caso Saramaka fue que la Corte se pronunció acerca de i) el tipo de cambio a utilizar en caso que las cantidades se tradujesen a la moneda local, ii) los intereses moratorios por el atraso en la creación del FDC y iii) el modo en que el Estado debía realizar los ingresos en el FDC, dividiéndolo de la siguiente forma:

Dentro de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado deberá designar al menos US\$ 225,000.00 [...] para el fondo de desarrollo [...] y el resto deberá ser designado dentro de tres años, contados a partir de la notificación de esta Sentencia⁵⁵.

Una explicación sobre el nuevo papel que desempeñó la Corte en la confección e implementación del FDC, así como sobre el trabajo del comité, puede encontrarse en las experiencias en los casos Moiwana, Yakyé Axa y Sawhoyamaxa, en los que el correcto desempeño de los fondos y actividad del comité estaban obstaculizados, a efectos de supervisar su cumplimiento y en primer término, por la falta de información acerca de la ejecución de los ingresos recibidos, lo cual dificultaba enormemente valorar las subsiguientes etapas. Pero este viraje siguió arrastrando

53 Ibidem, párr. 202.

54 Ibidem, párr. 192.

55 Ibidem, párr. 208.

algunos de los problemas aparecidos en los casos precedentes. En el año 2011, tres años después de la resolución de la sentencia, la CIDH indicó que el Estado “no [había presentado] información referente a cómo y cuándo comenzaría a funcionar el fondo, ni la cantidad de dinero depositada”⁵⁶. La Corte dictaminó que la obligación había sido satisfecha de forma parcial, porque pasados más de tres años para que Surinam designara la cantidad total de recursos, todavía no había constatación alguna acerca del ingreso de los US\$ 75.000 por daño material. A pesar de no haberse dado cumplimiento total a la medida de reparación, en la siguiente resolución de supervisión de cumplimiento –del 2013–, la Corte no hizo pronunciamiento alguno en este sentido.

f. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay⁵⁷

La comunidad Xákmok Kásek vivía tradicionalmente en la zona del Chaco, pero a finales del siglo XIX dos terceras partes de sus tierras fueron vendidas en la bolsa de valores de Londres. En 1990 iniciaron los trámites para recuperar sus tierras tradicionales, con insatisfactorios resultados. La vida de la comunidad fue empeorando al grado de tener prohibido cultivar, poseer ganado o cazar, de forma que desarrollar su propio modo de vida se volvió imposible. Ante esta situación, muchos de los miembros se separaron de la comunidad⁵⁸.

En esta ocasión, la creación del FDC que dispuso la Corte IDH incorporó muy pocas novedades respecto de los precedentes

56 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 23 de noviembre de 2011, considerando 9.

57 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214.

58 *Ibidem*, párrs. 56, 58, 67 y 79.

de Yakye Axa y Sawhoyamaya: se creó como medida de satisfacción socioeconómica en un caso de reparación colectiva. Esta vez, al igual que en el caso Sawhoyamaya, se volvió a incluir el desarrollo del programa de potabilización de agua y de creación de infraestructuras sanitarias dentro de un único fondo, de manera que los recursos de dicho fondo debían ir destinados a los mismos programas. No obstante, en Xákmok Kásek la Corte albergó la posibilidad de que los programas no fueran estrictamente dirigidos a la consecución de los objetivos mentados al introducir la expresión “entre otras cosas”:

El Estado deberá destinar la cantidad de US\$ 700.000 [...] para tal fondo, respecto del cual se deben destinar recursos, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad⁵⁹.

La Corte dejó así cierta facultad al comité de implementación para disponer si los programas establecidos por la Corte debían ocupar una mayor o menor partida de los US\$ 700.000, desprendiéndose igualmente que al marcar las líneas generales, la Corte no estaba otorgando completa discrecionalidad sobre la inversión del monto total, ya que por definición una medida de satisfacción busca reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria⁶⁰ y, por tanto, no podía implementarse en una dirección que no mantuviera un nexo con la violación que pretendiera ser reparada. Igual que en las anteriores sentencias, el comité encargado de determinar las modalidades de implementación del FDC estaba conformado por

59 Ibidem, párr. 323.

60 Cfr. Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 54.

tres representantes elegidos por las partes y se fijaba un límite de seis meses para su configuración, aunque en esta ocasión la Corte dispuso que, transcurridos los seis meses, el mismo Tribunal decidiría⁶¹, desmarcándose de los anteriores casos, en los que dictó que transcurrido el plazo se convocaría a las partes para tratar el asunto. Sus palabras dieron a entender que en esta ocasión la Corte confería mayor prioridad a una pronta configuración del comité. Finalmente, la fecha límite para la implementación de los proyectos se redujo a dos años a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la comunidad.

El cumplimiento de la sentencia se supervisó cinco años después de dictada y se hizo mediante una resolución conjunta –junto a los casos de Yakye Axa y Sawhoyamaxa– que obedeció al seguimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes tras la audiencia de supervisión conjunta de 21 de mayo de 2014⁶². En la resolución de 24 de junio de 2015 la Corte corroboró irregularidades en una cuenta bancaria destinada a cumplir las obligaciones dictaminadas por las sentencias de la Corte IDH en los casos del Paraguay, aunque no se pudo determinar con precisión si dicha cantidad incluía los fondos destinados al FDC. Concretamente, se produjo una extracción por parte de funcionarios del Estado por un valor superior a al equivalente de US\$ 540.000. Además, la CIDH y la Corte coincidieron en que, al margen de la sustracción, Paraguay no facilitó suficiente información sobre cómo iba a ser utilizada la cantidad sustraída⁶³.

61 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay...* párr. 324.

62 Por este motivo y por tratarse el caso Xákmok Kásek del más reciente de los tres, hemos considerado pertinente hacer mención a dicha resolución dentro del análisis de éste último caso.

63 Corte IDH, *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte IDH de 24 junio de 2015, párrs. 43 y 44.

g. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁶⁴

La sentencia del caso Sarayaku rompió con la línea jurisprudencial del Tribunal respecto a los FDC. En esta ocasión, de hecho, ni siquiera se mencionó la creación de un “fondo de desarrollo comunitario” como tal en ningún punto de la resolución. Veamos qué dijo la Corte:

[...] la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 1.250.000,00 [...] para el Pueblo Sarayaku, por concepto de indemnización por daño inmaterial. Este monto deberá ser entregado a la Asociación del Pueblo Sarayaku (Tayjasaruta), en el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia, para que inviertan el dinero en lo que el Pueblo decida, conforme a sus propios mecanismos e instituciones de toma de decisiones, entre otras cosas, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios⁶⁵.

Este párrafo dio un cambio de sentido a la operatividad del FDC desde el punto de vista que la Corte “retrocedió” un paso en su facultad de confeccionar las características del fondo y dejó de señalar restricciones sobre su implementación mediante la disposición de los fines a los que debían ir dirigidos. Esta vez el Tribunal concedió a la comunidad el pleno control sobre

64 Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 323.

65 *Ibidem*, párr. 317.

los bienes pecuniarios y la erigió, a través de una organización representante, como ente plenipotenciario sobre el total de la indemnización por daño inmaterial. A diferencia de lo ocurrido en el caso Saramaka, cuando el cambio de modelo del FDC respondió a las peticiones de los representantes sobre conferirle un papel más trascendente a la comunidad en la toma de decisiones del Comité, en esta ocasión las solicitudes de los representantes, si bien muy pormenorizadas en cuanto a cantidad, no referenciaron de forma concreta en qué modo la transferencia del monto de la indemnización debía llevarse a cabo, limitándose a expresar que la Corte debía fijar una cantidad determinada en equidad para reparar los daños inmateriales sufridos – que posteriormente enumeraron. Fue, por tanto, la propia voluntad de la Corte la que motivó el cambio de paradigma, muy posiblemente valorando lo aprendido en experiencias anteriores, que fácilmente podían apuntar hacia un elemento concreto: el comité de implementación tripartito no respondía con garantías a su función de canalizar unas indemnizaciones de resarcimiento por daños inmateriales en medidas eficaces de satisfacción con carácter compensatorio.

Se disiparon así algunas dudas que había generado el viejo modelo en ciertos sectores doctrinales que opinaban que, indistintamente de si los programas se conceptualizaban como daño inmaterial o material, la Corte no debería incluir limitaciones judicialmente impuestas⁶⁶. En otro sentido de las críticas, el representante de las víctimas en los casos Moiwana y Saramaka, Fergus MacKay, en la audiencia pública del caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, denunció que los modelos de los casos Moiwana y Saramaka no funcionaron, no por su estructura, sino por su implementación. Particularmente, según

66 Cfr. Antkowiak, Thomas M., “A Dark Side of Virtue: The Inter-American Court and Reparations for Indigenous People”... pág. 78.

sus palabras, en el caso *Moiwana* el fondo se ejecutó de forma contraria a lo resuelto por la Corte, y en el caso *Saramaka* hubo una paralización en su ejecución, en los pagos, etc. Según el representante, los pueblos indígenas eran suficientemente capaces de gestionar sus propios recursos y no requerían de un FDC con representación del Estado o terceros que los supervisara, en coherencia con la autodeterminación de las comunidades, su capacidad y propia voluntad para manejar los fondos⁶⁷.

Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado sobre la efectividad de este nuevo modelo, por lo que habrá que esperar para ver si el cambio de criterio que les confiere la entera capacidad de disposición a las propias comunidades consigue una mayor efectividad en su implementación, que obedezca al auténtico sentido de su creación: la reparación de los daños sufridos por las colectividades indígenas, que repercuten, sobretodo, en su calidad de grupo⁶⁸.

Conclusión

De lo visto a lo largo de estas páginas se puede apreciar que, hasta la sentencia del caso *Kichwa de Sarayaku*, la Corte IDH configuró FDC con notables restricciones sobre las líneas generales de actuación de los mismos, dejando un relativamente estrecho margen de disposición de los fondos a las víctimas, porque, además, su implementación dependía de la buena voluntad y correcto entendimiento con el Estado a través de un comité de implementación. Con la sentencia del caso *Sarayaku*,

67 Corte IDH, *Audiencia pública Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, 107 período ordinario de sesiones, 4 de febrero de 2015, minutos: 1:59:10 – 2:01:41. Disponible en: <<https://vimeo.com/118766033>>, a 8 de octubre de 2015.

68 *Cfr.* Calderón Gamboa, Jorge F., *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte IDH de Derechos Humanos...* pág. 40.

este comité se eliminó y se cedió el absoluto protagonismo a las víctimas sobre la dirección y destino de los recursos transferidos en calidad de satisfacción con carácter compensatorio por un daño inmaterial a un colectivo indígena a través de medidas de reparación colectiva. Este nuevo paradigma venía siendo demandado por las víctimas, hecho que facilitó la recepción de esta reconfiguración de la medida.

En el caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, aunque debe leerse con cierta precaución⁶⁹, la Corte reafirmó la idea de ofrecer directamente a la comunidad, a través de sus respectivas figuras representantes, una cantidad compensatoria, sin la intermediación de ninguna suerte de comité con participación foránea a las comunidades⁷⁰. De esta forma, es presumible que el nuevo modelo impuesto por la Corte va a persistir en sus próximas resoluciones, y que posiblemente en casos tales como Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam o Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, veamos cómo los FDC se afianzan como una medida de reparación centrada, en fondo y forma, en la capacidad indígena para gestionarlos.

69 La Corte IDH en esta ocasión no dotó a la compensación con un elemento final de impulso al desarrollo comunal, aunque tampoco se puede hacer la lectura en sentido contrario. En este caso, la Corte se limitó a sentenciar la entrega de unos montos para las comunidades Emberá de Ipetí y Piriati y al pueblo Kuna, sin siquiera sugerir un enfoque para su inversión.

70 Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 284, párr. 247.

