

DESPLAZAMIENTOS INTERNOS Y PUEBLOS
INDÍGENAS:
SOBRE LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN
DE PROTECCIÓN ESPECIAL

Fecha de recepción: 09 de marzo de 2007
Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2007

CARLOS IVÁN FUENTES*
Universidad Latina de Panamá**

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas *Summa Cum Laude* por la Universidad Católica Santa María La Antigua (Ciudad de Panamá, Panamá) y *Master of Laws* por McGill University (Montreal, Canadá). Es abogado litigante en la República de Panamá desde abril de 2005 y está afiliado a la firma forense Fuentes y Asociados. Labora también como profesor en la Universidad Latina de Panamá. El autor desea agradecer a los participantes del II Congreso iberoamericano de derecho internacional por sus comentarios, en especial a G. ANEL ORTEGA, al profesor ENRIQUE ASTURIAS de la Universidad Francisco Marroquín y al profesor Dr. MARCELO RAFFIN de la Universidad de Buenos Aires. Es menester agradecer también al Dr. JUAN CARLOS SAINZ BORG, profesor agregado en el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Central de Venezuela, y a MARÍA ALEJANDRA URIBE por sus comentarios al borrador de la ponencia. En todo caso cualquier error u omisión es del autor solamente. Favor dirigir sus comentarios a carlos.ivan.fuentes@gmail.com.

** Avenida Ricardo J. Alfaro, Ciudad de Panamá. Tel.: (507)230-8600, Fax: (507)230 86 86. www.ulatina.ac.pa.

RESUMEN

La situación de los desplazados internos alrededor del mundo se hace cada vez más preocupante. La comunidad internacional ha respondido con la creación de normas que tratan de prohibir las acciones de beligerantes (en tiempo de guerra) y estados (en tiempo de paz) que tiendan a producir desplazamientos. Sin embargo, gran parte de las personas que sufren los efectos de los desplazamientos forzados en el continente americano son indígenas, y aunque para ellos existen ciertas normas especializadas éstas tratan la situación exclusivamente desde una perspectiva propietaria. Se explorará la necesidad y contenido de un régimen especial desde un punto de vista filosófico y se estudiará la solución encontrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Moiwana v. Surinam*; esto sin perder de vista que muchos de los criterios expresados por la Corte surgen de una interpretación bastante amplia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Palabras clave: desplazamiento, Moiwana, Surinam, el otro, protección especial, libertad de circulación.

*INTERNALLY DISPLACED PERSONS
AND INDIGENOUS PEOPLES:
THE NECESSITY OF A SPECIAL
PROTECTION REGIME*

ABSTRACT

The situation of internally displaced persons (hereinafter IDPs) around the globe is getting worse by the minute. The international community has responded by creating norms that ban the actions of belligerents (during armed conflicts) and States (in times of peace) which produce the unlawful displacement of people. However, an

*important part of the IDPs in the Americas are Indigenous Peoples; and even though there are some specialized norms for protecting them of the displacement, those norms focus exclusively in the proprietary interest of Indigenous peoples. I will use a philosophical approach to explore the necessity and possible content of a special IDP-protection regime for Indigenous Peoples. I will pay special attention to the situation and solution presented in the *Moiwana v. Suriname* case before the Inter-American Court of Human Rights; but without losing sight from the fact that the protection granted to Indigenous Peoples in this case came from a remarkably broad interpretation of the American Convention on Human Rights.*

Key words: *Displacement, IDP, Moiwana, Suriname, the other, special protection, freedom of movement and residence.*

SUMARIO

1. Introducción
2. Desplazados internos en el derecho internacional
3. La protección especial a los pueblos indígenas
4. La necesidad filosófica de un tratamiento especializado
5. El caso de la Comunidad Moiwana: la metafísica del desplazamiento
6. Conclusión: sobre el la forma

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La comunidad internacional ha tenido a lo largo de los años una postura un tanto ambivalente en cuanto a la problemática de los desplazados internos. Si bien podemos decir que el tema ha sido discutido con suficiencia en los foros internacionales, especialmente en el seno de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, pocas han sido las normas tendientes a regular específicamente este tema. Para colmo, la existencia de un sistema de protección legal bastante estructurado para los refugiados, da por resultado la categorización del desplazado interno como mero grupo residual que no llega a hacerse beneficiario de aquel régimen.

Incluso así tenemos una visión bastante clara de lo que es un desplazado: aquella persona que, sin cruzar fronteras internacionales, se ve obligado a abandonar su hogar¹. En cuanto al origen o causa de tal abandono, solemos visualizar –erróneamente– el concepto del desplazado en el marco de un conflicto armado, cuando en realidad ésta es apenas una de las razones que lo provocan y mantienen la situación de desplazamiento².

Por otro lado y a la par, el interés relativamente reciente en la protección de los derechos de los pueblos indígenas ha llevado a la articulación de derechos humanos especializados, tanto individuales

-
- 1 *Principios rectores de los desplazamientos internos*, CHROR, 1998, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 en anexo, par. 2 [*Principios rectores*]; *The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons*, 69 International Law Association Conference Report (2000) 794 en art. 1.2 [*London Declaration*].
 - 2 CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO, “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO y JAIME RUIZ DE SANTIAGO, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 3ª ed.,: ACNUR/Corte IDH, San José, 2004, en pág. 39.
 - 3 *Grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994*, HRC Dec. 2006/2 UN HCROR, 1st Sess., UN Doc. A/HRC/RES/2006/2 [*declaración*].

como colectivos³. Si bien éstos no distan del lenguaje de los derechos humanos generales, entre ellos se encuentran ciertas reivindicaciones muy específicas a la situación indígena, como lo es la protección contra desplazamientos forzados⁴. Sin embargo estos derechos aún sufren de un cierto componente de incertidud⁵.

Con el presente escrito intentaremos analizar la problemática legal que presentan los pueblos indígenas como sujetos de desplazamientos forzados. Exploraremos la normativa internacional referente a la prohibición de ordenar o propiciar desplazamientos forzados y analizaremos aquellas que están construidas con especial atención a los pueblos indígenas. Un detallado análisis de las normas generales y las especializadas nos mostrará su desconexión con la realidad indígena, lo que nos llevará a preguntarnos cuales aspectos metajurídicos deben tomarse en cuenta al momento de redactar una norma internacional eficaz y cónsona. A fin de responder esta pregunta, ensayaremos la aproximación intercultural al desplazamiento desde una perspectiva ético-jurídica, en busca de las bases conceptuales de una normativa internacional adecuada. Ya hacia el final revisaremos una reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ‘la Corte Interamericana’) que se ha referido al fenómeno de los desplazamientos internos de pueblos indígenas: el *caso de la Comunidad Moiwana*⁶. Finalmente esbozaremos nuestras conclusiones sobre la actual normativa internacional y las maneras de estructurar el tan necesario régimen de protección especial a los pueblos indígenas contra el desplazamiento.

4 SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER, *Justicia y pueblos indígenas*, Universidad Nacional de Córdoba, Bogotá, 2004, en 51-52.

5 Con esto me refiero a la dudosa efectividad del Convenio 169 de la OIT y de la declaración de los Derechos de los pueblos indígenas, está aún pendiente de adoptar por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

6 *Caso de la Comunidad Moiwana* (Suriname), 2005, Corte IDH (Ser. C) n° 124.

1. DESPLAZADOS INTERNOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La particular formulación del concepto de desplazado interno ha ubicado la problemática legal de estos sujetos bajo la ‘competencia’ del alto comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados (en adelante ‘ACNUR’); sin embargo, no hay dentro del derecho de los refugiados un *instrumento vinculante y especializado* que exprese realmente cuál es la extensión y contenido de la protección extendida a este sensible grupo o un mandato legal al ACNUR para lidiar con este problema⁷. Por el contrario, su protección legal está más bien dispersa en diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Con todo, en esta etapa temprana del tratamiento jurídico del desplazado interno, contamos en derecho internacional con normas especializadas no vinculantes que filosófica y jurídicamente nos permiten conocer los rasgos mínimos y límites conceptuales de la protección a los desplazados dentro de esta rama del derecho.

La definición que en derecho internacional se le ha dado a los desplazados internos, la podemos encontrar en los Principios Rectores de los desplazamientos internos (en adelante ‘Principios Rectores’) adoptados por la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de acuerdo a este documento son desplazados internos:

“[L]as personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”⁸.

7 E. ODHIAMBO-ABUYA, “Refugees and Internally Displaced Persons: Examining Overlapping Institutional Mandates of the ICRC and the UN High Commissioner for Refugees”, 7 *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 236 en 256.

8 *Principios rectores*, *supra* nota 1 en anexo, párr. 2.

Tras un proceso de consulta que se inició a principios de los años 1990 en el seno de la Asociación de derecho internacional, se elaboró un documento que recopila el estatus de los desplazados internos en derecho internacional. Este documento es conocido como la Declaración de Londres de los principios de derecho internacional sobre desplazados internos y define en manera similar al desplazado interno, pero agrega:

“Esta declaración también aplica aquellas personas desplazadas por cualquier causa, tales como desastres naturales o causados por el hombre, o proyectos de desarrollo a gran escala, cuando el Estado responsable o la autoridad *de facto*, por razones que violan derechos humanos fundamentales, falla en proteger y asistir a aquellas víctimas”⁹.

Vale distinguir el valor doctrinal que se le atribuye a entrambos documentos: mientras la Declaración de Londres pretende simplemente compilar y presentar sistemáticamente los principios ya existentes en el derecho internacional, los Principios Rectores buscan imponer los estándares mínimos de protección que deben ser observados por los estados¹⁰. Quizá debido a esto es que el documento que asegura tener creatividad jurídica sea más parco, en el aspecto de su aplicación personal, que el meramente declarativo de derecho ya existente.

Así las cosas, el componente principal del desplazamiento es la apremiante necesidad de abandonar el lugar donde se reside, sin que tal movimiento consista en el cruce de fronteras nacionales. Aquellas causas que pueden ocasionar tal necesidad son variadas, y sin parecer *numerus clausus* se señalan catástrofes, conflictos armados y graves violaciones a los derechos humanos. Aún así se enfatiza el *rol* del Estado a través de acciones u omisiones que causen o propicien la situación de desplazamiento. Se nota aquí la usual

9 *London Declaration*, *supra* nota 1 en art 1.2.

10 LEE LUKE T., “The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons” 12:4 *International Journal of Refugee Law* 672 en 673.

articulación de la obligaciones de derechos humanos, en dónde el Estado se presenta como responsable ante situaciones que afectan el uso y goce de los derechos de lo individuos bajo su jurisdicción.

No obstante, estos documentos representan a lo sumo instrumentos de derecho blando; es decir, sin carácter vinculante para los estados. De allí que valga revisar de algunas de las normas vinculantes de derecho internacional que brindan protección a los desplazados internos.

Es conveniente comenzar por el derecho internacional humanitario, *lex specialis* aplicable solamente en situaciones de conflictos armados. Bajo esta normativa legal el desplazado está protegido en tanto que éste sea un civil, y por tanto debe ser afectado en lo mínimo posible de acuerdo a la 4ª Convención de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el Protocolo Adicional II (los dos primeros en casos de conflictos internacionales, y el último en el caso de conflictos no internacionales).

Así las cosas, es una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario, aplicable a conflictos internacionales, la prohibición de transferir forzosamente la población civil sin que medien razones de seguridad de la población o de necesidad militar¹¹. Esta norma también está contemplada en el derecho codificado de los conflictos internacionales:

“Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, están prohibidos, sea cual fuere el motivo”¹².

Similarmente, en conflictos no internacionales, tiene rango de derecho consuetudinario la norma que prohíbe el desplazamiento

11 HENCKAERTS, JEAN-MARIE & LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, en regla 129 a, pág. 457 [*Customary International Humanitarian Law*].

12 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (4ª Convención), en art. 49.

forzado por razones del conflicto, a menos que sea necesario por la seguridad de los civiles o que se trate de un imperativo militar¹³. Esta norma está codificada para conflictos no internacionales en el Protocolo Adicional II con el siguiente texto:

“1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto”¹⁴.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional criminaliza la violación de las antes mencionadas normas en la sección de crímenes de guerra. En el caso de los conflictos internacionales como grave infracción a las convenciones de Ginebra¹⁵, y en el los conflictos no internacionales como otras violaciones graves a las leyes, y usos de la guerra¹⁶.

En cualquier caso, de darse el desplazamiento, los beligerantes tienen la obligación de derecho consuetudinario de tomar todas las medidas necesarias para que los civiles disfruten de condiciones satisfactorias de resguardo, higiene, salud, seguridad y nutrición¹⁷; para que las

13 *Customary International Humanitarian Law*, supra nota 11 en regla 129 b, pág. 457.

14 Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), de 8 de junio de 1977, en art. 17.

15 *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, ONU, doc. A/CONF.183/9 (1998), entrada en vigor 1 de julio de 2002, en art. 8.2.a.vii [*Estatuto de Roma*].

16 *Ibid.* en art. 8.2.e.viii.

17 *Customary International Humanitarian Law*, supra nota 11 en regla 131, pág. 463.

familias no se separen¹⁸; y para que una vez terminado el peligro o la necesidad militar, los civiles puedan regresar a sus hogares¹⁹.

Dejando de lado el derecho especial aplicable *in bellum*, corresponde explorar las normas de derecho internacional de los derechos humanos que aplican en todo momento y bajo toda circunstancia.

En este sentido, el Estado tiene la prohibición de generar o permitir situaciones de desplazamiento por razón del derecho de circulación y de residencia. Este derecho está contemplado en diversos instrumentos internacionales de carácter general y consiste en la libertad que tiene cada persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado a circular por el mismo y a establecer su hogar donde le plazca, todo esto de acuerdo a las disposiciones legales vigentes²⁰.

En otras palabras, el Estado, sus agentes *de facto*, u otros particulares actuando bajo el patrocinio, indiferencia o impotencia de éste, no pueden limitar esta libertad mediante la movilización forzada de personas de manera directa o indirecta. Se ve claramente la naturaleza dual de la obligación estatal: negativa en el sentido de abstenerse de violar el derecho aquí desarrollado, y positiva en el sentido de propiciar las condiciones necesarias para que particulares no afecten tal libertad.

El Estatuto de Roma también criminaliza el traslado forzoso de población bajo el acápite de los crímenes de lesa humanidad²¹, siempre y cuando se ejecuten como parte de un ataque generalizado

18 *Ibid.*

19 *Customary International Humanitarian Law*, *supra* nota 11 en regla 132, pág. 468.

20 *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, G.A. res. 217A (III), UN, doc A/810 at 71 (1948), en art. 13; OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS, res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos (1948) en art.; VIII; OEA, *Convención Americana sobre derechos humanos*, OAS, Treaty Series n° 36, 1144 UNTS 123 en art. 21.1 [*Convención Americana*].

21 *Estatuto de Roma*, *supra* nota 15 en art. 7.1.d

o sistemático contra población civil, sin que tenga que probarse la existencia de un conflicto armado²². Igualmente, si hay intención genocida²³ en el traslado de menores de un grupo protegido, tal desplazamiento puede ser considerado crimen de genocidio²⁴.

Todo esto evidencia que a pesar del escaso interés de producir normas especializadas sobre desplazamientos internos, no hay una falta de regulación de este tema en el derecho internacional. Ahora bien, como nuestra preocupación en este escrito se dirige a los pueblos indígenas, corresponde revisar la normativa internacional especializada existente.

3. LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La situación de desplazamiento en que viven muchos grupos indígenas de nuestro continente es notoria. El derecho internacional clásico y poswestfaliano hizo poco por reconocer el estatus internacional de estos pueblos, e incluso hoy en día apenas comenzamos a incluir en nuestro léxico jurídico la protección especializada al indígena.

Aún en estos momentos de transición, encontramos normas que tratan de aproximarse (aunque tímidamente) a la problemática del indígena desplazado. Manteniendo el tono de este discurso, nos referiremos a la prohibición de ordenar o propiciar desplazamientos forzados en lugar de lidiar con sus consecuencias jurídicas. Particularmente por las derivaciones que tiene en los pueblos indígenas la justa *reparación* del desplazamiento: el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral.

22 La Corte Penal Internacional, *Elementos de los crímenes*, ONU, doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000), en artículo 7 introducción, págs. 76 y 77.

23 La intención genocida (*chapeaux requirement*) se define como la intención de destruir en todo o en parte un grupo étnico, nacional, religioso o racial.

24 *Estatuto de Roma*, *supra* nota 15 en art. 6.e.

De los antes mencionados instrumentos tendientes a proteger a la población de desplazamientos forzados, sólo los principios rectores hacen referencia directa a los pueblos indígenas:

“Los estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella”²⁵.

Se articula aquí una obligación dirigida a la prevención, haciéndola indiscutiblemente de carácter positivo.

Mas el texto de los principios rectores se enfoca en la razón de la protección especial (apego a la tierra), dejando de lado su contenido específico (situaciones que causan el desplazamiento y medidas a tomar durante éste). Se nota aquí la circularidad del discurso internacional cuando se trata de temas indígenas: la tierra es tanto razón como objeto de protección. No intento aquí negar la especial conexión entre los pueblos indígenas y las tierras que ciertamente le pertenecen, sin embargo critico la retórica proteccionista que intenta basar todo derecho indígena en su particular visión propietaria. Pareciese que la comunidad internacional olvida que la diferencia cultural es un valor en sí misma y que como tal permite interpretar de manera amplia las obligaciones internacionales del Estado²⁶. Pretender reducir todo derecho indígena a una cuestión propietaria puede ser contraproducente, es necesario buscar nuevas maneras para justificar la especial protección que merecen los pueblos indígenas.

Entre los instrumentos que se refieren principalmente a derechos de los pueblos indígenas, también encontramos normas sobre desplazamientos forzados. La Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece:

25 *Principios rectores*, supra nota 1 en Principio 9.

26 FUENTES, CARLOS IVÁN, “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos: innovaciones en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa” (2006) 1:2 Debates sobre derechos humanos y el Sistema Interamericano69 *online*: CEJIL <http://www.cejil.org/revista/revista_2.pdf>.

“1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”²⁷.

Evidentemente la Convención 169 peca de blanda al afirmar que,

“los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”.

Lo que en derecho internacional parece una clara violación contra los derechos de cualquier persona, pareciese transformarse en obligación moral cuando se refiere a pueblos indígenas. Incluso se establece un mecanismo mediante el cual un desplazamiento sería permitido, basándose este en la apreciación externa de necesidad y convalidación interna o externa. Así las cosas, cuando el Estado ‘considere necesario’ el desplazamiento de un pueblo indígena sólo debe buscar el consentimiento de dicho pueblo, o en su defecto el del la población general en condiciones de *representatividad ‘posible’* del grupo. La gramática del artículo permite un comentario de corte poscolonialista al estilo Spivak: el Estado tiene la potestad de ‘salvar’ al grupo indígena mediante traslado y reubicación (léase producir un desplazamiento) por razones de supuesta necesidad, incomprendidas o incomprensibles por los líderes indígenas²⁸. Mas la razón de necesidad no es más que la construcción imperialista de

27 *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, 72 ILO *Official Bull.* 59.

28 GAYATRI CHAKRAVORTY SPIVAK, “Can the Subaltern Speak?”, en: CARY NELSON & LAWRENCE GROSSBERG, *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, Urbana, 1988, en págs. 271-313.

una voz indígena falsa; al final, el indígena no puede hablar con su propia voz²⁹, y la acción estatal se convierte en violencia legitimada³⁰.

Por otro lado, la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas, recientemente aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, pero aún pendiente de aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reza así:

“Los estados establecerán mecanismos efectivos para la prevención y el resarcimiento de:

(..)

c) Toda forma de traslado forzoso de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos³¹;

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios.

No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso³².

Si bien la primera prohibición tiene por objeto la protección de la cultura indígena, la segunda está más bien encaminada a salvaguardar el interés propietario indígena sobre la tierra, y los títulos legales que de él pueden derivar. La declaración no escapa de las críticas anteriores, dejando en evidencia la ineficiencia de la comunidad internacional (a pesar de los muchos años de trabajo) en la aproximación a la necesidad indígena.

29 *Ibid.*

30 “Hay violencia legal cuando esta violencia contribuye a la creación de lo que es reprimido con ella, o como MARX ha dicho, cuando la captura contribuye a la creación de lo capturado”, GILLES DELEUZE & FELIX GUATTARI, *A thousand plateaus: capitalism and schizophrenia*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, en pág. 448 [traducción del autor].

31 *Declaración, supra* nota 3 en art. 8.2.c.

32 *Ibid.* en art. 10.

Todos estos tímidos avances dejan entrever que la comunidad internacional desea promover la protección contra desplazamientos forzados de indígenas desde una perspectiva diferente del resto de la población. Sin embargo poco se logra debido a situaciones preexistentes en el derecho internacional, es decir, mientras se prefiriera al Estado sobre el pueblo y se resalte la diferencia en lugar de mirar lo común, el resultado será poco satisfactorio.

Hasta ahora el bien jurídico protegido trasciende de la simple libertad de circulación, pero se enfoca (quizás erróneamente) en la especial relación con la tierra que puede desaparecer en virtud de la pérdida de aquella libertad. El texto de la declaración también parece apuntar que la protección aquí discutida funciona como un medio de preservar la repetición cultural y por ende asegurar su conservación. Aun así esta última intención es menos que clara en la actual redacción de la declaración.

Ciertamente las obligaciones descritas en normas dirigidas a los pueblos indígenas se expresan más vivamente de manera positiva que en los instrumentos generales. Sin embargo esto dista mucho de ser debido a un ímpetu pro-indígena, es simplemente el normal cambio en la gramática legal que varias décadas han traído consigo.

Podemos entonces sacar dos conclusiones parciales: la primera (cuyo carácter es estrictamente normativo) es que no existe una situación de a-regulación del desplazamiento indígena en derecho internacional. Por el contrario, existen normas vinculantes no-especializadas y normas no-vinculantes especializadas. Solo rompe la regla la Convención 169, la cual, dentro de su limitado campo de acción y ya mencionadas críticas conceptuales, se erige como única norma especializada vinculante. La segunda conclusión es que estas normas son apenas mejor que nada, ya que conceptualmente tratan al indígena como un ente diferenciado en razón de un interés propietario, dejando de lado aquello que se tiene en común al momento de vivir una situación de desplazamiento: el sufrimiento que el desarraigo conlleva.

Estas conclusiones nos presentan un panorama bastante sombrío. Es evidente que la superación de estas dificultades impone un serio cambio de dirección, mas se trata de encontrar nuevas maneras de

pensar sobre el papel que ha de jugar la regulación internacional y el objeto que ésta debe proteger.

4. LA NECESIDAD FILOSÓFICA DE UN TRATAMIENTO ESPECIALIZADO

La situación de los desplazamientos forzados, particularmente en el contexto indígena, nos lleva a la elemental consideración del desplazado como ‘el Otro’. Aquel con quien no compartimos lenguaje ni proyecto de vida, pero cuya simple existencia exige una consideración ética de nuestra parte.

EMMANUEL LEVINAS considera que dirigirse al otro es un fenómeno inseparable del entenderlo³³. Así las cosas, la elemental consideración del indígena como víctima de desplazamientos forzados nos tiene que impulsar a entender que el desarraigo en su contexto implica maneras particulares de sufrimiento que son diferentes a aquellas del ‘hombre occidental’.

La idea de conocimiento (me refiero al conocimiento general que llamamos cultura) está dictada esencialmente por la relación del hombre con la exterioridad³⁴. Así, nuestra apreciación del conocimiento no puede pretender comprender la relación del Otro-indígena con la exterioridad. Para el indígena el significado de la tierra, de la naturaleza en general, del mundo espiritual y de su posición en el mundo transforman la manera en que el sufrimiento es percibido individual y colectivamente.

“El Yo con el cual toda fenomenología del sufrimiento debe empezar es un Yo para el cual el sufrimiento del Otro es impensable e injustificable”³⁵.

33 LEVINAS, EMMANUEL, *Entre nous: On thinking-of-the-other*, Columbia University Press, New York, 1998, en pág. 6.

34 *Ibid.* en pág. 180.

35 CRITCHLEY, SIMON & ROBERT BERNASCONI, (eds.), *The Cambridge Companion to Levinas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, en pág. 171 [traducción del autor].

De allí que LEVINAS afirmase que entender el sufrimiento desde una perspectiva interhumana es ver que el sufrimiento es “significativo en mi, [mas] inútil en el Otro”³⁶. La inutilidad del sufrimiento en el Otro no se manifiesta solamente en la obligación ética de prevenirlo, sino también en la necesidad ontológica de no juzgarlo desde la perspectiva del Yo. El sufrimiento es significativo en el Yo y sólo desde el Yo, por ello es desde el Yo que se puede hacer tangible y expresable.

“La perspectiva interhumana, propiamente hablando, reside en la no-indiferencia del uno a algún otro, en la responsabilidad del uno por algún otro”³⁷.

La pregunta se transforma en: ¿cómo pretender entender el sufrimiento del Otro en un derecho internacional que gira en torno a un Yo no-indígena?

KELSEN ya veía en el derecho internacional la posibilidad de intercambios materiales y espirituales entre aquellos que se consideran extranjeros entre sí³⁸. El Otro toma forma humana cuando entendemos su relación con la exterioridad y aceptamos sus consecuencias. El alivio del sufrimiento humano entre pueblos que no comparten leguaje es entonces posible con una normativa que reconoce las diferentes gramáticas jurídicas que juegan un papel en la determinación de las necesidades de alivio. Particularmente los derechos humanos surgen como la manera de dar voz a aquellos que sufren injustamente de la marginación social³⁹.

36 LEVINAS, *supra*, nota 33 en pág. 100 [traducción del autor].

37 *Ibid.*

38 KELSEN, HANS, “Théorie Générale du droit international public. Problèmes choisis”, en: *Recueil des Cours de la Académie de Droit International 1932*, t. 42, Sirey, Paris, 1933, at 127-128.

39 GEARTY, CONOR, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, en 42.

Ante un sufrimiento que es universal en su concepto más relativo y en sus consecuencias⁴⁰, el papel del derecho internacional, y en particular de los derechos humanos, el crear los vínculos entre los pueblos que permitan a éstos entenderse y cooperar mutuamente en el desarrollo de sus capacidades. Bajo esta premisa la legislación internacional existente, lejos de considerar el sufrimiento particular del indígena, o bien generaliza la vivencia del desplazamiento (es meramente una violación a la libertad de movimiento) o bien enfoca la vivencia desde una perspectiva divisoria el (objeto a proteger es la libertad para unos y la tierra para otros).

Ahora bien, ¿como se construye una legislación internacional conciente del sufrimiento particular? Pues, identificando los valores y objetivos éticos desde una perspectiva de unión⁴¹. En efecto, realzando aquello que tenemos en común (sufrimiento del desarraigo) y construyendo desde allí las necesidades particulares de pueblos con diferentes visiones (por ejemplo, rituales que se practican en lugares específicos o recursos naturales indispensables que no se encuentran en otras zonas), podremos encontrar la dirección ética que inspirará una normativa internacional cónsona.

No se trata de aceptar el patrón existente de derecho internacional, ni de adoptar modelos de un derecho internacional ‘oposicional’ o desde abajo⁴². Se trata de construir una ética compartida a través de historias comunes⁴³ y a partir de allí aceptar las particularidades

40 DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Vers une communauté de valeurs, les interdits fondateurs*, curso en el Collège de France del 29 de enero de 2007 online: <http://www.college-de-france.fr/audio/delmas%20marty/mdelmasmarty2.mp3>.

41 SOMERVILLE, MARGARET, *The Ethical Imagination: Journeys of the Human Spirit*, Anansi, Toronto, 2006, en 34-44; MIREILLE DELMAS-MARTY, *Vers une communauté de valeurs, les interdits fondateurs*, curso en el Collège de France del 22 de enero de 2007 online: <<http://www.college-de-france.fr/audio/delmas%20marty/mdelmasmarty1.mp3>>.

42 Véase BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and emancipation*, 2d ed., Butterworths, London, 2002; BALAKRISHNAN RAJAGOPAL, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimiento sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.

43 SOMERVILLE, *supra*, note 41 en págs. 7-9.

culturales y nacionales en tales vivencias⁴⁴. El concepto de sufrimiento juega un papel esencial por que su alivio va a ser el motivo esencial del ejercicio ético; es decir, creamos normas para evitar el sufrimiento independientemente de cómo se perciba, y por tanto las normas generales y especiales deben adaptarse a las diferentes maneras de percibir tal sufrimiento.

El Otro-indígena como víctima de desplazamiento requiere una normativa que entienda su sufrimiento y que no pretenda igualar su sufrimiento al percibido desde puntos de vista (conocimientos) diferentes. El entender al Otro-indígena desde la perspectiva del yo (compleja ontología interhumana) se basa en la comprensión integral de su relación física y metafísica con la exterioridad.

5. EL CASO DE LA COMUNIDAD MOIWANA: LA METAFÍSICA DEL DESPLAZAMIENTO

SANDOVAL considera que hasta el 2005 se había dado un proceso de des-judicialización en la protección a desplazados internos por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴⁵. Este proceso termina con la sentencia de la Corte Interamericana en el *caso de la Comunidad Moiwana* contra Surinam. En general el caso presenta situaciones de desplazamiento interno e internacional, tocando así temas de refugio; pero como en este caso el Estado acusado es aquel en donde el desplazamiento ocurrió, se enfoca desde la perspectiva del desplazamiento forzado interno.

44 DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit vol. I, le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004, en págs. 64-74.

45 SANDOVAL, CLARA, "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future", 2005, 17:1 *International Journal of Refugee Law* 43 en pág. 65.

Los hechos del caso no son disputados, en efecto el 29 de noviembre de 1986 se dio una masacre en la Comunidad Moiwana que terminó con la vida de 39 miembros del grupo N'djuka. Tras este ataque, los sobrevivientes se alejaron de sus tierras tradicionales y desde entonces no han regresado a ella. Tal situación de desplazamiento se funda en dos temores:

1. La posibilidad de que tal situación se repita, debido a que no ha habido hasta ahora una investigación seria tendiente a descubrir y/o castigar a los responsables de la masacre⁴⁶.
2. Las represalias que pueden tomar los espíritus de aquellos que murieron durante el ataque, toda vez que los sobrevivientes no han realizado los rituales mortuorios necesarios según las creencias de los N'djukas⁴⁷.

En su decisión, la Corte Interamericana da igual peso a ambos temores de los sobrevivientes de la masacre, aceptando así que las situaciones que generan el desplazamiento de pueblos indígenas pueden tener connotaciones culturales⁴⁸.

El respeto a la identidad cultural de los N'djuka lleva a la Corte Interamericana a considerar que en ese ámbito cultural la justicia tradicional no ha sido satisfecha, al no entenderse evidentemente el aspecto metafísico de la cultura tradicional⁴⁹. La salvaguarda de los

46 *Caso de la Comunidad Moiwana*, supra nota 6 en párr. 114.

47 *Ibid.* en párr. 113.

48 *Ibid.* en párr. 118; véase también MARTIN, CLAUDIA, "The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System", 2006, 19 *Leiden Journal of International Law* 491 en 499.

49 HENNEBEL, LUDOVIC, "La protection de l'«intégrité spirituelle» des Indigènes : Réflexions sur l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'home dans l'affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005", 2006, 66 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 253 en 265.

derechos fundamentales lleva entonces a considerar que hasta que no se obtenga justicia no se podrán eliminar los elementos políticos y metafísicos que sostienen la situación de desplazamiento.

De esta manera, la Corte considera que en efecto se ha violado el derecho de circulación y residencia de los N'juka debido a que:

“[E]l Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las cuales tienen una dependencia y apego especiales”⁵⁰.

Se nota inmediatamente que la Corte Interamericana se enfoca en la obligación positiva del Estado de propiciar, mediante una investigación judicial seria de la masacre, el retorno de los miembros del grupo N'djuka. Tal aproximación intercultural responde a la articulación contemporánea de la obligación internacional de prohibición de desplazamientos forzados, con respecto a pueblos indígenas. El deber primordial del Estado, es entonces, la promoción de la pacífica coexistencia de los pueblos y el respeto a los derechos ancestrales de los pueblos indígenas.

En su sentencia, la Corte Interamericana parece entender que el temor del grupo indígena que los mantiene alejado de las tierras no es un asunto del cual burlarse. Sus razones son tan legítimas como cualquier otro ya que dentro de su ámbito cultural tienen sentido. La evidencia antropológica muestra que las creencias de los N'djuka los provocan en ellos un sufrimiento particular y diferente del apreciado por la cultural occidental. Por esta razón la Corte no rechaza ninguno de los motivos dados por el grupo para mantenerse alejados de sus tierras tradicionales y llama al Estado a brindar una solución pronta a las investigaciones para que los N'jukas puedan hacer lo propio con sus espíritus.

50 *Caso de la Comunidad Moiwana*, supra nota 6 en para. 120.

6. CONCLUSIÓN: SOBRE LA FORMA

Si bien la Corte Interamericana ha logrado en el caso *Moiwana* una aproximación intercultural que toma en cuenta el sufrimiento de los pueblos indígenas y ordena reparaciones realistas al Estado condenado, no podemos olvidar que el contenido de esta sentencia se basa en un desarrollo jurisprudencial bastante apartado del texto de la Convención Americana.

A pesar de que nuestra intención en este escrito no es la de analizar la viabilidad de los métodos interpretativos de la Corte, no podemos dejar de tomar en cuenta este aspecto en el desarrollo de una regulación acorde. La reflexión se impone toda vez que los estados firmantes de la Convención Americana pueden ver en estas ampliaciones jurisprudenciales una afrenta contra el principio *pacta sunt servanda*. Por esto y por razones de seguridad jurídica es menester tomar partido con el Estado: sólo una regulación expresa puede brindar las soluciones necesarias. Especialmente porque la naturaleza de las sentencias internacionales (obligatorias solo entre las partes) no le da efectos prácticos a la jurisprudencia más allá del litigio⁵¹; y aún si consideramos su valor como precedente, ésta tendría sus efectos en el marco de un nuevo litigio. Es decir, solo la legislación puede darnos esperanza de prevención.

En resumen, si bien la jurisprudencia ha sido el lugar donde se ha dado ya cabida a la necesidad de una regulación especial, forzosamente este ímpetu debe pasar a las instancias creadoras de derecho (en sentido formal). Se trata de que las victorias jurisprudenciales se traduzcan en resultados más o menos permanentes y predecibles. Solo en la forma de un instrumento internacional adecuado (y preferiblemente vinculante) se podrán alcanzar los niveles de protección internacional que los pueblos indígenas necesitan.

51 Es por esto que en Europa ya se habla de cambiar la ‘autoridad de cosa juzgada’ por la ‘autoridad de cosa interpretada’. DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit vol. 3, la refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2007, en pág. 46.

BIBLIOGRAFÍA

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, 72 ILO *Official Bull.*, 59.
- Corte Penal Internacional, *Elementos de los crímenes*, ONU, doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, GA res. 217A (III), UN, doc A/810 at 71 (1948).
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, ONU, doc. A/CONF.183/9 (1998), entrada en vigor 1 de julio de 2002.
- Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos encargado de elaborar un proyecto de declaración de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 49/214 de la Asamblea General, de 23 de diciembre de 1994*, HRC Dec. 2006/2 UN HCROR, 1st Sess., UN, doc. A/HRC/RES/2006/2.
- OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OAS, Treaty Series n° 36, 1144 UNTS, 123.
- OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, OAS, res. XXX, adoptada por la Novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos, 1948.
- Principios rectores de los desplazamientos internos*, CHROR, 1998, UN, doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, de 8 de junio de 1977.
- The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons*, 69 International Law Association Conference Report, 2000, 794.

JURISPRUDENCIA

caso de la Comunidad Moiwana (Surinam) (2005), Corte I.D.H. (Ser. C) No. 124.

ARTÍCULOS

CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO, “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en: ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE y JAIME RUIZ DE SANTIAGO, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 3ª ed., San José: ACNUR/Corte IDH, 2004.

FUENTES, CARLOS IVÁN, “Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos: innovaciones en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa”, 2006, 1:2 *Debates sobre derechos humanos y el sistema interamericano* 69 [en línea], disponible en: CEJIL <http://www.cejil.org/revista/revista_2.pdf>.

HENNEBEL, LUDOVIC, “La protection de l’«intégrité spirituelle» des indigènes : Réflexions sur l’arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l’homme dans l’affaire *Comunidad Moiwana c. Suriname* du 15 juin 2005”, 2006, 66 *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme* 253.

KELSEN, HANS, “Théorie Générale du droit international public. Problèmes choisis”, en: *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* 1932, t. 42, Sirey, Paris, 1933.

LEE, LUKE T., “The London Declaration of International Law Principles on Internally Displaced Persons”, 12:4, *International Journal of Refugee Law* 672 en 673.

MARTIN, CLAUDIA, “The Moiwana Village Case: A New Trend in Approaching the Rights of Ethnic Groups in the Inter-American System”, 2006, 19 *Leiden Journal of International Law*, 491.

ODHIAMBO-ABUYA, E., “Refugees and Internally Displaced Persons: Examining Overlapping Institutional Mandates of the ICRC and the UN High Commissioner for Refugees”, 7 *Singapore Journal of International and Comparative Law* 236.

- SANDOVAL, CLARA, "A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future", 2005, 17:1 *International Journal of Refugee Law* 43.
- SPIVAK, GAYATRI CHAKRAVORTY, "Can the Subaltern Speak?", en: CARY NELSON & LAWRENCE GROSSBERG, *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, Urbana, 1988.

MONOGRAFÍAS

- CRITCHLEY, SIMON & BERNASCONI, ROBERT, (eds.), *The Cambridge Companion to Levinas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- DELEUZE, GILLES & GUATTARI, FÉLIX, *A thousand plateaus: capitalism and schizophrenia*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 1, le relatif et l'universel, Seuil, Paris, 2004.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 2, le pluralisme ordonné, Seuil, Paris, 2005.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 3, la refondation des pouvoirs, Seuil, Paris, 2007.
- GEARTY, CONOR, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- HENCKAERTS, JEAN-MARIE & DOSWALD-BECK, LOUISE, (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- LEVINAS, EMMANUEL, *Entre nous: on thinking-of-the-other*, Columbia University Press, New York, 1998.
- PIZARRO SOTOMAYOR, ANDRÉS; MÉNDEZ POWELL, FERNANDO, *Manual de derecho internacional de derechos humanos: aspectos sustantivos*, CIDEM, Panamá, 2006.
- RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, ILSA, Bogotá, 2005.

- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER, *Justicia y pueblos indígenas*, Universidad Nacional de Córdoba, Bogotá, 2004, en 51-52.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Towards a New Legal Common Sense: Law, Globalization and emancipation*, 2d ed., Butterworths, London, 2002.
- SOMERVILLE, MARGARET, *The Ethical Imagination: Journeys of the Human Spirit*, Anansi, Toronto, 2006.

ARCHIVOS DE AUDIO

- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 4, *Vers une communauté de valeurs, les interdits fondateurs*, curso en el Collège de France del 22 de enero de 2007, [en línea], disponible en: <<http://www.college-de-france.fr/audio/delmas%20marty/mdelmasmarty1.mp3>>.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 4, *Vers une communauté de valeurs, les interdits fondateurs*, curso en el Collège de France del 29 de enero de 2007, [en línea], disponible en < <http://www.college-de-france.fr/audio/delmas%20marty/mdelmasmarty2.mp3>>.