

La giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritti alla vita e alla proprietà dei popoli indigeni e tribali

di Naiara Posenato

Abstract: *Inter-American Court case law about indigenous and tribal rights to live and to property* – This article analyses the Inter-American Court of Human Rights case law concerning the rights of indigenous and tribal groups, with special reference to the right to live and to the right to property. The investigation presents, firstly, the new Inter-American specific instrument of protection, the *Inter-American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* and, secondly, the particularities of the legal subject interpretation. An important regional trend in is that interpreter have to take into consideration the cultural situation as well as the indigenous groups vulnerability when reading the rights established in international instruments. In this interpretative framework, the Inter-American Court of Human Rights creates an often innovative protective system concerning, among others, the right to live and the right to property, which key decisions are subject to examination.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; *Inter-American Declaration of the Rights of Indigenous Peoples*; *pro homine*; right to live; right to property.

139

1. Premessa

Per il sistema inter-americano di protezione dei diritti umani, istituito sotto gli auspici dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS), i diritti dei popoli indigeni e tribali sono materia di particolare interesse. Ciò si deve, innanzitutto, all'importante numero di popolazioni nel continente¹, ma anche al fatto che, nonostante i diritti di questi popoli trovino formale riconoscimento in numerosi ordinamenti della regione – sia a livello di legislazione ordinaria che costituzionale, in quest'ultimo ambito soprattutto a partire dagli anni ottanta del

¹ Che ammonterebbero, secondo i dati ufficiali, ad oltre 800, per circa 44 milioni di persone: «México y el Perú son los países de mayor población indígena en la región, con casi 17 millones y 7 millones, respectivamente. Le siguen Bolivia (Estado Plurinacional de) y Guatemala, con cifras que rondan los 6 millones; Chile y Colombia, que superan el millón y medio; la Argentina, el Brasil y el Ecuador, con alrededor de 1 millón de personas cada uno; la República Bolivariana de Venezuela con poco más de 700.000; Honduras y Nicaragua, con más de medio millón, y Panamá con alrededor de 400.000. De los países que han incluido en sus censos la categoría de población indígena, los que presentan cifras más bajas son Costa Rica y el Paraguay, con poco más de 100.000, y el Uruguay con casi 80.000. Es de esperar que esas cifras experimenten cambios en algunos países que aún no han levantado sus censos». Così CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Naciones Unidas – Cepal, Santiago do Chile, 2014, 99.

secolo appena trascorso² –, in molti casi ciò non corrisponde ad una concreta ed effettiva tutela in ambito nazionale.

In particolare, la Corte interamericana sui diritti umani (Corte IDH, acronimo in spagnolo) è l'organo di protezione giudiziale all'avanguardia per quanto attiene il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni³. A partire dal 1991 e soprattutto dall'inizio del millennio, sono state adottate 29 decisioni in materia nei confronti di dieci Stati, sulla cui base hanno trovato riconoscimento un ampio ventaglio di diritti e libertà, che vanno, tra gli altri, dalla tutela della vita e dell'integrità personale al diritto alla personalità giuridica, dalla libertà di espressione e di movimento alla tutela della proprietà⁴. La natura spesso

² Specificatamente, sulla situazione del diritto in materia in diversi ordinamenti nazionali, si veda R. Gargarella, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas. Una breve introducción*, in *Boletín Onteaiken*, 15, 2013, spec. 26 ss.; D.A.G. Iturralde, *Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: logros, límites y perspectivas*, in *Revista IIDH*, 41, 2005, 17 ss.; J.F. Gonzalez-Bertomeu, R. Gargarella (Ed.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, London, 2016, 189 ss.; e, in generale, il volume curato da S. Lanni, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011. Sul tema ha inciso profondamente anche il movimento di riforma costituzionale conosciuto come *Nuevo constitucionalismo*, che in generale riconosce i diritti dei popoli indigeni e il diritto consuetudinario indigeno in ottica pluralistica. Naturalmente la bibliografia sul tema è molto ampia. Una lucida analisi in lingua italiana, svolta da più autori, è stata pubblicata in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012/II: M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità. Il nuevo constitucionalismo andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, 319 ss.; M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e nuevo constitucionalismo in America Latina*, 342 ss.; G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana*, 326 ss.

³ Rispetto ad altri sistemi regionali di protezione, come quello europeo. Cfr. P. Kovács, *Indigenous issues under the European Convention of Human Rights, reflected in an inter-american mirror*, in 48, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2016, 798; F.C. de Oliveira Franco, *Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional*, in *Revista de Direito Internacional*, 12, 2015, 238.

⁴ Questo numero fa riferimento alle sole sentenze di merito e/o di riparazione. Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam. Fondo*. Sent. del 4-12-1991, serie C, n. 11; e Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros c. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sent. del 10-9-1993, serie C, n. 15. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Fondo*. Sent. del 25-11-2000, serie C, n. 70; e Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sent. del 22-2-2002, serie C, n. 91. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sent. del 1-2-2000, serie C, n. 66; e Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 31-8-2001, serie C, n. 79. Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Fondo*. Sent. del 29-4-2004, serie C, n. 105; e Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sent. del 19-11-2004, serie C, n. 116. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Morwana c. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 15-6-2005, serie C, n. 124. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sent. del 17-6-2005, serie C, n. 125. Corte IDH, *Caso Yatama c. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 23-6-2005, serie C, n. 127. Corte IDH, *Caso López Álvarez c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 1-2-2006, serie C, n. 141. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sarwihoyamaxa c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 29-3-2006, serie C, n. 146. Corte IDH, *Caso Escué Zapata c. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 4-7-2007, serie C, n. 165. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 28-11-2007, serie C, n. 172. Corte IDH, *Caso Tiu Tojín c. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 26-11-2008, serie C, n. 190. Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-5-2010, serie C, n. 212. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 24-8-2010, serie C, n. 214. Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción*

innovativa della giurisprudenza interamericana rappresenta forse un contrappeso alla nota riluttanza di alcuni Stati ad osservare o ad eseguire le decisioni della Corte⁵.

La tematica del riconoscimento e della protezione dei diritti dei popoli indigeni è di natura complessa e riguarda, oltre che i diritti umani, questioni di enorme importanza strategica e di scottante attualità, quali la tutela degli investimenti e il diritto dell'ambiente, che spesso portano a contrapporre interessi contrastanti. Il presente scritto, per ovvie ragioni di spazio, non aspira ad esaminare ciascuna di tali questioni, ma si limiterà ad analizzare la giurisprudenza della Corte IDH in materia di tutela della vita e della proprietà e a metterne in evidenza le principali caratteristiche. Queste tematiche sono infatti quelle che più frequentemente interessano la giurisprudenza della Corte e, forse anche per questo motivo, sono anche quelle che maggiormente si contraddistinguono per originalità sotto il profilo della costruzione giuridica.

Una premessa è indispensabile: nel sistema interamericano, data la diversità etnica e culturale locale, la protezione internazionale è accordata indistintamente sia ai popoli indigeni che ai popoli tribali, intesi questi ultimi come ricomprensenti anche minoranze come le comunità di afro-discendenti formate da schiavi fuggiti (denominati, per fare qualche esempio, *Marroon* nel Suriname, *Quilombos* in Brasile, *Garífuna* in Guatemala e Belize). Tali popoli, non propriamente autoctoni, condividono però alcune caratteristiche con i popoli indigeni, quali un'origine, una storia e un'identità comuni, pratiche culturali proprie e un rapporto particolare e di tipo collettivo con il territorio dove abitano. Inoltre, tali realtà solitamente si caratterizzano per una spiccata

Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sent. del 30-8-2010, serie C, n. 215. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 31-8-2010, serie C, n. 216. Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sent. del 27-6-2012, serie C, n. 245. Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 4-9-2012, serie C, n. 250. Corte IDH, *Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 20-11-2013, serie C, n. 270. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 29-5-2014, serie C, n. 279. Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 14-10-2014, serie C, n. 284. Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 8-10-2015, serie C, n. 304. Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros c. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 8-10-2015, serie C, n. 305. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliaña y Lokono c. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-11-2015, serie C, n. 309. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 30-11-2016, serie C, n. 328.

⁵ Fra gli esempi più noti, si ricordi il boicottaggio brasiliano nei confronti dell'Organizzazione degli Stati Americani come forma di protesta contro la decisione della Commissione Interamericana dei diritti umani di ordinare la sospensione della costruzione della diga idroelettrica di Belo Monte.

coscienza della propria identità, distinta da altri settori della collettività nazionale⁶.

2. La *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* del 2016

Il processo c.d. di «empoderamiento» (rafforzamento, *empowerment*) dei popoli indigeni nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani è fenomeno relativamente recente: tali popolazioni hanno dovuto infatti attendere fino alla fine del Novecento per vedersi riconosciuti in ambito internazionale alcuni diritti. Gli indigeni non avevano trovato in questo senso alcuna tutela nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nelle dichiarazioni e nei trattati adottati negli anni successivi, mentre soltanto con la Convenzione sui popoli indigeni e tribali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1957 – Convenzione n. 107, entrata in vigore nel 1959 –, sono stati riconosciuti, per la prima volta, alcuni loro diritti di natura collettiva⁷; si ritiene peraltro che il primo accordo internazionale che ha loro attribuito il diritto all'autodeterminazione sia stato la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007⁸.

La persona indigena e/o la comunità indigena non hanno avuto esplicito riconoscimento nemmeno nel testo della Dichiarazione americana sui diritti umani o nella Convenzione americana sui diritti umani (in seguito Convenzione americana oppure CADU). Ciononostante, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, la tematica ha acquisito rilevanza in seno agli organi locali di protezione, come dimostra la raccomandazione dell'Assemblea Generale dell'OAS diretta alla Commissione interamericana sui diritti umani affinché elaborasse uno strumento americano specifico per la tutela delle popolazioni autoctone⁹ e la creazione, nel

⁶ Cfr. Corte IDH, *Moixwana c. Suriname*, 2005, cit., par. 133; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 86, 132-133; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz*, 2015, cit., par. 57; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra*, 2015, cit., par. 91. Cfr. anche A.E. Dulitzky, *Cuando los afrodescendientes se transformaron en "pueblos tribales". El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las comunidades rurales negras*, in *El Otro Derecho*, 41, 2010, 13 ss. Sulla specificità degli indigeni rispetto ad altre minoranze si veda, *inter alia*, F. Palermo, J. Woelk, *Diritto Costituzionale Comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2011, 28 ss.

⁷ Per una ricostruzione dell'evoluzione della normativa internazionale si veda R. Pisillo Mazzeschi, *La normativa internazionale a protezione dei popoli indigeni*, in A. Palmisano, P. Pustorino (cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici, Atti del Convegno Internazionale (Siena 4-5 giugno 2007)*, IILA, Roma 2008, 19 ss. Nonostante abbia rappresentato un progresso rispetto allo *status quo*, tale Convenzione, così come la n. 169 ILO, sono state molto criticate, fra l'altro, per l'approccio eurocentrico e di assimilazione nei confronti delle comunità indigene. Cfr., anche per ulteriore bibliografia, E. Abrusci, *Judicial fragmentation on indigenous property rights: causes, consequences and solutions*, 21 *The international journal of human rights*, 2017, 550 ss.

⁸ La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni è stata adottata il 13 settembre 2007 durante 107^a Assemblea Plenaria delle Nazioni Unite, con 143 voti favorevoli, 11 astensioni e 4 voti contrari (Australia, Canada, Nuova Zelanda e Stati Uniti).

⁹ AG/RES. 1022 (XIX-0/89), *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución aprobada en la novena sesión plenaria, celebrada el 18 de noviembre de 1989*, pt. 13.

1990, della *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* nell'ambito della stessa Commissione¹⁰.

Il 15 giugno del 2016, dopo oltre 20 anni di preparazione e negoziati, l'Assemblea dell'*Organización de los Estados Americanos* ha approvato un testo fondamentale in materia: la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*¹¹.

Il testo, con quarantuno disposizioni suddivise in sei sezioni, riconosce il diritto fondamentale dei popoli indigeni all'autodeterminazione (art. III), il diritto sui loro territori ancestrali (art. XXV) e quello alla consultazione preventiva funzionale all'ottenimento di un consenso libero e informato su misure amministrative o legislative che li riguardino (art. XXIII, 2 e XXIX, 4)¹². Essa tutela altresì il loro diritto di essere protetti dal genocidio (art. XI) e da altre forme di assimilazione (art. X), vieta la discriminazione razziale, l'intolleranza e la violenza (art. XII). La Dichiarazione, che si basa sul riconoscimento del diritto di auto-identificazione (art. I, n. 2, e VIII), promuove altresì il rispetto, lo sviluppo e il rafforzamento di culture, tradizioni, stili di vita e lingue indigene (art. XIII, e XIV) e riconosce il diritto di tali popolazioni all'insegnamento o di avere accesso all'istruzione nella propria lingua e cultura (art. XV). Protegge inoltre, tra gli altri, i diritti fondamentali alla salute indigena e ad un ambiente sano (art. XVIII e XIX) e il diritto alla parità di genere delle donne indigene (art. VII e XXXII).

Il testo è fortemente innovativo rispetto ad altri strumenti internazionali: in considerazione della particolarità dell'emisfero americano, è il primo a riconoscere il diritto dei popoli e delle comunità indigene in isolamento volontario o in contatto iniziale (come, ad esempio, alcuni popoli amazzonici o del territorio del "Gran Chaco")¹³ di rimanere in tale condizione e di vivere liberamente, secondo la loro cultura e visione del mondo (art. XXVI). Va oltre le disposizioni della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni nell'imporre agli Stati il riconoscimento della personalità giuridica dei popoli indigeni (art. IX) e la speciale protezione in caso di conflitti armati (art. XXX, 3-5), e nell'affermare il loro diritto a mantenere e promuovere i propri sistemi tradizionali di famiglia, anche estesa (art. XVII)¹⁴.

¹⁰ Si veda l'indirizzo web www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp. Illustra alcune rilevanti decisioni sul tema adottate dalla Commissione interamericana C. Nash Rojas, *Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in 61, *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, 2008, 61-67.

¹¹ AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, approvata durante la seconda sessione plenaria, del 14 giugno 2016 (www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf).

¹² Si veda *infra*, par. 4.2.

¹³ Per ulteriori informazioni sugli stimati 200 popoli indigeni in isolamento si veda lo studio della Commissione interamericana *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, Doc OEA 47713 del 30 dicembre 2013 (www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Informe-Pueblos-Indigenas-Aislamiento-Voluntario.pdf).

¹⁴ A proposito si veda anche S. Errico, *The American Declaration on The Rights of Indigenous Peoples*, in *ASIL Insights*, 21, del 22 giugno 2017 (disponibile in www.asil.org/insights/volume/21/issue/7/american-declaration-rights-indigenous-peoples); e, per un

Riconosciuta l'importanza di avere uno strumento regionale specifico in materia, parte della dottrina ha già formulato alcune critiche alla *Declaración*; secondo tali posizioni alcune norme del testo potrebbero essere interpretate come un passo indietro rispetto alle tutele già accordate in altre Convenzioni o rispetto alla giurisprudenza interamericana. Viene in questo senso richiamato, per fare qualche esempio, l'art. XXV, 5, che tutela il riconoscimento delle forme particolari di proprietà "in conformità con ciò che è stabilito negli ordinamenti nazionali"; ciò, secondo questa dottrina, lascerebbe agli Stati la libertà di determinare le forme di delimitazione e attribuzione delle proprietà e i relativi procedimenti¹⁵. Su questo aspetto, ad avviso di chi scrive, non sussiste in verità un rischio reale di involuzione rispetto alla giurisprudenza interamericana, e ciò alla luce del dovere che la stessa norma impone agli Stati di stabilire "*los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación*". Si sostiene inoltre che l'art. XXIII, 2, imporrebbe unicamente la consultazione delle popolazioni indigene e non il loro consenso sui progetti riguardanti i loro territori, come invece richiederebbe la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui popoli indigeni¹⁶. Tuttavia, anche se appare remota, la possibilità che questa disposizione sia interpretata come un vero diritto di veto a favore degli indigeni non pare da escludersi¹⁷.

Nonostante la natura non vincolante della *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, è verosimile che essa diventi uno strumento importante per la definizione dei diritti essenziali previsti nella Carta dell'OAS, così come è stato sostenuto dalla Corte interamericana a proposito dell'obbligatorietà della Dichiarazione Americana dei diritti e dei doveri dell'uomo¹⁸. Ci si può attendere, in altre parole, che la *Declaración* diventi un punto di riferimento per l'interpretazione della Convenzione americana e di altri strumenti interamericani, nonché una fonte importante di principi per la tutela dei diritti dei popoli indigeni nelle Americhe. Al momento vi è comunque un unico riferimento giurisprudenziale alla *Declaración* in una decisione adottata nei confronti del Guatemala, specificatamente nell'ambito di un più ampio richiamo alla normativa internazionale in tema di programmi educativi in materia di non discriminazione¹⁹; tale pochezza è del tutto compatibile con il carattere recente

primo confronto fra la Dichiarazione americana e quella internazionale cfr. B. Clavero, *La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria*, in *Revista Pensamiento Constitucional*, 21, 2016, 11 ss.

¹⁵ Cfr. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, *Avances y retos en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales. Reflexiones del Primer Conversatorio en Jurisprudencia Interamericana*, 2017, 16.

¹⁶ Cfr. B. Clavero, *op. cit.*, 15 ss.

¹⁷ Si veda *infra*, nota n. 96 e testo in corrispondenza.

¹⁸ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89*, 14-7-1989, serie A, n. 10.

¹⁹ Cfr. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal*, 2016, cit., par. 319, nota 369.

dello strumento e in considerazione del limitato *caseload* della Corte interamericana.

3. Status di vulnerabilità, identità culturale e principio *pro homine*

Prima di entrare nel merito della nostra analisi è importante evidenziare alcune particolarità regionali rilevanti ai fini dell'esame dei diritti e delle libertà convenzionali oggetto del presente contributo.

Innanzitutto si tenga presente che l'approccio locale al tema dei diritti umani, in passato prevalentemente concentrato a limitare e sanzionare l'attività repressiva della pubblica autorità, spesso responsabile per le più gravi violazioni dei diritti civili e politici, ha progressivamente esteso il proprio sguardo ai gravi problemi di disuguaglianza e di esclusione sociale che caratterizzano l'America Latina, riconoscendo l'interdipendenza fra diritti umani, fattori sociali e democrazia²⁰.

In linea con tale orientamento generale, dall'inizio del millennio la Corte interamericana dei diritti umani ha iniziato ad analizzare i diritti individuali anche alla luce della particolare situazione di fragilità, povertà e/o di marginalizzazione in cui si trova il soggetto tutelato. Basandosi sul principio di uguaglianza (art. 11 della Dichiarazione americana sui diritti umani e art. 1 e 24 della Convenzione americana sui diritti umani), e sul connesso divieto di discriminazione, sono state così progressivamente individuate più categorie di soggetti (indigeni, gruppi tribali e minoranze etniche, donne e bambini, migranti, detenuti, persone diversamente abili, difensori dei diritti umani, etc.)²¹ che, secondo la Corte, si trovano in una situazione (strutturale o anche solo transitoria) di maggiore vulnerabilità e che, proprio per questa ragione, corrono maggiori rischi di vedere violati i propri diritti²². Sulla base di tale premessa, in giurisprudenza si è affermata l'idea che gli Stati debbono attivarsi

²⁰ M. Morales Antoniazzi, *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la luz del ius constitutionale commune de la democracia*, in J.I. Ugartemendia Eceizabarrena, A. Saiz Arnaiz, M. Morales Antoniazzi (dir.), *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Onati, 2015, 316-317.

²¹ Fra le manifestazioni più importanti della Corte in materia si vedano Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/2012, 28-8-2002, serie A, n. 17; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03*, 17-9-2003, serie A, n. 18; Corte IDH, *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" c. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 2-9-2004, serie C, n. 112; Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*. Sent. dell'8-9-2005, serie C, n. 130; Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 25-11-2006, serie C, n. 160; Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes c. Brasil*. Sent. del 4-7-2006, serie C, n. 149; Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros c. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sent. del 27-11-2008, serie C, n. 192.

²² Si veda sul tema, *inter alia*, B. Duhaime, *Vers un Amérique plus égalitaire? L'interdiction de la discrimination et le système interaméricain de protection des droits de l'homme*, in L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, 2009, 151 ss.; e R. Estupiñán Silva, *La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología*, in *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014, 193 ss.

preventivamente per evitare situazioni di degrado che, a loro volta, possono essere all'origine della violazione soprattutto di certe tipologie di diritti, come il diritto alla vita, quello all'integrità personale o alla salute. L'importanza pratica di questa creazione pretoriana è quella di estendere la portata delle disposizioni convenzionali al di là della finalità di impedire agli Stati l'adozione di leggi o di misure di natura discriminatoria, ma di imporre agli stessi obblighi positivi rinforzati per garantire l'effettivo rispetto del diritto all'uguaglianza e alla tutela dei diritti²³.

Sin dalle sue prime pronunce in materia la Corte, in virtù delle condizioni storiche di marginalizzazione e di discriminazione di cui sono stati vittime i popoli indigeni, ha loro espressamente riconosciuto una condizione di particolare vulnerabilità²⁴, sostenendo che gli Stati debbano garantire una protezione più intensa dei loro diritti attraverso l'adozione di misure speciali²⁵. In concreto, ciò ha determinato *in primis* l'applicazione nei confronti di questi popoli del concetto innovativo di sopravvivenza dignitosa o *vita digna*: secondo la lettura della Corte di San José il diritto alla vita va inteso, soprattutto nei confronti dei gruppi vulnerabili, non solo come diritto spettante ad ogni individuo di non essere privato della propria vita, ma anche come diritto di aver accesso alle condizioni minime per una vita dignitosa e per lo sviluppo personale (alimentazione, salute, educazione, lavoro), ovverosia quello che viene chiamato anche diritto alla vita *lato sensu*²⁶.

In particolare nell'ambito della giurisprudenza americana relativa alle comunità indigene paraguayane, la Corte ha sostenuto che il Paraguay aveva violato i propri obblighi di proteggere i popoli indigeni nella loro specifica condizione di vulnerabilità, esclusione e discriminazione, e che non aveva osservato i doveri di garantire l'accesso a condizioni materiali minime che permettessero la sopravvivenza dignitosa delle comunità, il loro diritto all'alimentazione, alla salute e all'ambiente salubre. Inoltre, e non meno

²³ Per un approccio più critico circa la supposta inesistenza di standard particolareggiati per gli obblighi di investigazione, giudizio e sanzione delle violazioni dei diritti delle persone vulnerabili si veda A. Dulitzky, *El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana*, in *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 2007, 15 ss. (disponibile in www.anuariocdh.uchile.cl)

²⁴ Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 63; Corte IDH, *Yatama c. Nicaragua*, 2005, cit., par. 201-202, Corte IDH, *Moywana c. Suriname*, 2005, cit., par. 79; Corte IDH, *Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 189.

²⁵ Al riguardo si veda anche A. Fuentes, *Protection of Indigenous Peoples' Traditional Lands and Exploitation of Natural Resources: The Inter-American Court of Human Rights' Safeguards*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 24, 2017, 234 ss.; A.M. RUSSO, *El "Derecho Transconstitucional de la Diversidad". La "especialidad indígena" en el desarrollo interamericano del derecho de propiedad*, in *Revista interamericana y europea de derechos humanos*, 9, 105.

²⁶ Su tale concetto si veda, *inter alia*, L. Casseti, *Il diritto di "vivere con dignità" nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *federalismi.it*, 23/2010; S.R. Keener, J. Vasquez, *A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights*, in 40, *Columbia Human Rights Law Rev.*, 2009, 1 ss.; J.M. Pasqualucci, *The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System*, in 31, *Hastings Int'l & Comp.L.Rev.*, 2008, 1 ss.

importante, l'accesso alle terre ancestrali e alle relative risorse naturali viene riconosciuto come elemento fondamentale per la garanzia di una vita degna degli indigeni: ciò è fondamentale non solo per la preservazione e sopravvivenza economica di questi popoli, essendo la loro alimentazione direttamente vincolata alla loro terra²⁷, ma anche per la loro vita spirituale e per la conservazione e trasmissione della cultura indigena alle generazioni future²⁸.

Questo secondo passaggio logico, che associa la protezione della vita degli indigeni al diritto di proprietà, in particolare all'accesso alle terre ancestrali, rende evidente un ulteriore elemento generale che emerge dalla giurisprudenza interamericana che interessa i popoli indigeni: la tendenza a considerare l'identità culturale nell'interpretazione dei diritti. Tale approccio determina una lettura dei vari diritti convenzionali da una prospettiva di rispetto dell'identità culturale del soggetto, attribuendo così agli stessi maggior concretezza ed efficacia²⁹.

In un certo senso questo tipo di soluzione era stata anticipata nel lontano 1993, nel *Caso Aloeboetoe e altri c. Suriname*, nel quale vennero prescritte alcune misure di riparazione a favore di coloro che erano legati da speciali rapporti di parentela con la vittima – nel caso rapporti di poligamia – in conformità alle consuetudini e agli usi della comunità di appartenenza³⁰.

Successivamente, la Corte ha compiuto il salto logico fondamentale di considerare l'identità culturale degli indigeni ai fini della definizione dei loro diritti soggettivi: ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione all'art. 5 della Convenzione americana, che tutela il diritto ad un trattamento umano, soprattutto per quanto concerne l'integrità fisica, mentale e morale degli individui³¹. A partire dal *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, del 2000, è stata riconosciuta come causa di angoscia e grave sofferenza psicologica l'impossibilità, per i familiari di vittime di sequestro, di dare sepoltura ai loro resti mortali³², in ciò tenendo specifico conto dell'importanza per la cultura Maya di tale rito; tale soluzione è stata poi riproposta nel *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala*, del

²⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 164-167; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 153, 168; Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010, cit., 2010, para. 183.

²⁸ Corte IDH, *Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, par. 149; Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., *Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade*, par. 28 ss.

²⁹ «Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado». Così Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 51. In senso analogo, fra gli altri, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 217.

³⁰ Corte IDH, *Aloeboetoe y otros c. Suriname, Reparaciones*, 1993, cit., par. 17-20, 64.

³¹ «Artículo 5. Derecho ad un tratamiento humano.1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale. (...)».

³² Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 2000, cit., par. 145, "F". Si veda anche il *Voto Razonado del juez A.A. Cançado Trindade*.

2012³³. In *Comunidad Moirwana c. Surinam*, del 2005, la Corte ha ritenuto che impedire al popolo N'Djuka di onorare i propri morti secondo le tradizioni avesse determinato la violazione dell'art. 5 CADU, avendo tale comportamento causato grave sofferenza psicologica e spirituale ai membri della comunità³⁴.

Analoga lettura è stata adottata nel 2006, quando l'Honduras è stato condannato per violazione della libertà di espressione (art. 13 CADU)³⁵ nei confronti della comunità Garífuna, pregiudicata nel diritto, valevole per tutti gli indigeni, di esprimersi nel proprio idioma per trasmettere la propria cultura³⁶. Ugualmente, nel 2012, è stata riscontrata la violazione dello stesso diritto da parte del Cile nei confronti di tutta la Comunità Mapuche: l'applicazione della Legge antiterrorismo cilena ad alcuni dei membri di tale Comunità – nello specifico autorità indigene che svolgevano un ruolo fondamentale di guida politica, sociale e spirituale del popolo –, oltre che impeditiva della manifestazione dei loro interessi e della rivendicazione dei loro diritti, avrebbe potuto ingenerare un pericoloso *chilling effect*³⁷.

Sempre nel 2006, è stata riconosciuta la violazione da parte del Paraguay del diritto alla personalità giuridica (art. 3 CADU)³⁸ per mancanza di registrazione di alcuni membri deceduti della Comunità Sawhoyamaya, che non disponevano di registri di nascita e di morte né di alcun altro documento fornito dallo Stato in grado di dimostrare la loro esistenza e identità³⁹. Un anno dopo la stessa disposizione convenzionale è stata applicata dalla Corte per riconoscere la personalità giuridica del *popolo* indigeno Saramaka (e non dei suoi soli singoli componenti), condizione necessaria per l'accesso alle terre ancestrali e per la protezione giudiziale della loro proprietà collettiva nel Suriname⁴⁰.

Nel sistema interamericano anche il diritto alla partecipazione politica (art.

³³ Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala*, 2012, cit., par. 160.

³⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moirwana c. Suriname*, 2005, cit., par. 98-100.

³⁵ «Articolo 13. Libertà di pensiero e espressione. 1. Ognuno ha il diritto alla libertà di pensiero e di espressione. Tale diritto include la libertà di ricercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo, senza considerazione di frontiera, oralmente o per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualunque altro medium di propria scelta. (...)».

³⁶ Corte IDH, *Caso López Álvarez c. Honduras*, 2006, cit., par. 171. Cfr. Altresì N. Posenato, *The protection of the right to freedom of expression: a panorama of the Inter-American Court of Human Rights case law*, in *España Jurídica Journal of Law*, 16, 2015, 59.

³⁷ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) c. Chile*, 2014, cit., par. 375-376.

³⁸ «Articolo 3. Diritto alla personalità giuridica. Ogni persona ha il diritto al riconoscimento davanti alla legge della propria personalità giuridica».

³⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 188, 190. La stessa condanna ha colpito lo Stato nel 2010, nel *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, del 2010, in cui mancavano documenti di identità essenziali per la determinazione dei diritti civili. Cfr. Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 251.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 159 ss. Nel 2015 lo Stato ha ricevuto una nuova condanna per violazione dell'art. 3 CADU, questa volta nei confronti dei popoli Kaliña y Lokono, per non aver riconosciuto il loro diritto alla personalità giuridica, ragione per la quale non avevano la capacità di disporre di titoli di proprietà collettivi. Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 112.

23 CADU)⁴¹ va interpretato e garantito alla luce dell'identità culturale indigena al fine di garantire la presenza di tali popoli alla vita pubblica del Paese: ciò è avvenuto nella controversia che ha visto contrapposti il Nicaragua e l'organizzazione indigena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA), alla quale era stato impedito di partecipare alle elezioni del 2000 perché non riconosciuta come partito politico regionale⁴².

Il diritto alla proprietà (art. 21 CADU) è interessato dalla peculiarità culturale indigena da diversi punti di vista: come si vedrà meglio in seguito, la sua esistenza non dipende dal riconoscimento statale. Il suo esercizio, che come accennato è associato alla stessa sopravvivenza della persona e della comunità indigena, acquisisce anche una dimensione intertemporale caratteristica del rapporto degli indigeni con il proprio territorio: la preservazione e conservazione delle risorse come modo di preservare il legato delle generazioni passate e come obbligo di responsabilità nei confronti di quelle future⁴³.

Un terzo elemento generale del sistema interamericano, che incide pesantemente sul contenzioso indigeno, è il principio *pro homine* o *pro persona*. Tale principio corrisponde concretamente al divieto di interpretazione restrittiva imposto dall'art. 29, b, della CADU, secondo il quale «Nessuna disposizione di questa Convenzione dovrà essere interpretata in modo da: (...) b) limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato Parte o di un'altra Convenzione di cui tale Stato sia parte». Ciò significa che l'interpretazione delle norme convenzionali deve avvenire in linea con i canoni del diritto nazionale e internazionale e precisamente allo scopo di offrire la maggior protezione possibile. In altre parole, si tratta di una disposizione che autorizza un'interpretazione estensiva dei diritti della Convenzione americana, con riferimento a strumenti di diritto internazionale (vincolanti o meno) e/o nazionale, privilegiando la ricostruzione del significato più favorevole all'individuo⁴⁴.

⁴¹ «Articolo 23. Diritti di partecipazione politica. 1. Ogni cittadino gode dei seguenti diritti e opportunità:

- a) di prendere parte alla conduzione degli affari pubblici, direttamente o attraverso rappresentanti liberamente scelti;
- b) di votare e di essere eletto in elezioni periodiche e genuine, a suffragio universale e uguale, a voto segreto che garantisca l'espressione della volontà dei votanti; e
- c) di avere accesso, a condizioni generali di eguaglianza, alla funzione pubblica nel proprio paese».

⁴² Corte IDH, *Yatama c. Nicaragua*, 2005, cit., par. 215, 227-229. Sul tema si veda anche M. Morales Antoniazzi, *op. cit.*, 328-329.

⁴³ Si veda a proposito il *voto razonado conjunto* dei giudici Cançado Trindade, Pacheco Gómez e Abreu Burelli nel *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Arwas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 9. Così anche in Corte IDH, *Comunidad indigena Yakyé Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 131 e 135.

⁴⁴ V. *amplius* L. Burgorgue-Larsen, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, in *Estudios Constitucionales*, 12, 2014, 119 ss.; V. de Oliveira Mazzuoli, D. Ribeiro, *Indigenous Rights before the Inter-American Court of Human Rights: a Call for a Pro Individual Interpretation*, in *The Transnational Human Rights Review*, 2, 2015, 32 ss.; L. Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human*

Le sentenze della Corte di San José in tema di indigeni hanno applicato in numerose occasioni tale principio, richiamando norme legislative e costituzionali nazionali⁴⁵ e di convenzioni internazionali⁴⁶ al fine di dare pienezza alla protezione prevista dalla Convenzione interamericana. Nel *Caso Comunità Sawhoyamaya c. Paraguay* la Corte, a seguito dell'affermazione del governo paraguayano di non aver potuto restituire le terre ancestrali ad una comunità indigena in virtù degli obblighi sullo stesso derivanti dal trattato bilaterale sugli investimenti (BIT), ha avuto l'occasione di prendere posizione sul conflitto tra un dovere imposto da tale trattato e la Convenzione americana, affermando la superiorità gerarchica dei diritti umani rispetto a quelli derivanti dal BIT, che, a differenza di quelli convenzionali, che hanno natura generale, sono essenzialmente fondati sulla reciprocità⁴⁷.

4. Il diritto alla vita dei popoli indigeni e tribali

La Corte ha affermato nella propria giurisprudenza che il rispetto degli obblighi di cui all'art. 4 della Convenzione americana⁴⁸, che tutela il diritto alla vita, in combinato disposto con il dovere generale di rispetto e garanzia dei diritti di cui l'art. 1.1 dello stesso strumento⁴⁹, presuppone non solo che nessuno possa essere

Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law, in 21, *The European Journal of International Law*, 2010, 585 ss.

150

⁴⁵ Ad esempio, nel *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, si è fatto riferimento alla norma nicaraguense che riconosce la proprietà comune dei territori della Costa Atlantica (Art. 36 della *Ley* n. 28, pubblicata il 30 ottobre 1987 nella *La Gaceta* n. 238, *Diario Oficial de la República de Nicaragua*), in Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 150. Nel caso *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*, vengono riportate norme costituzionali paraguayane, fra le quali l'art. 64 della *Constitución política* del 1992, che riconosce la proprietà comunitaria, cfr. Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 138. Nel *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, si richiamano le Leggi n. 70 de 1993 e n. 99 de 1993, oltre che l'*artículo transitorio 55* della *Constitución Política de Colombia* del 1991, che riconosce «a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes», cfr. *Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, 2013, cit., par. 131.

⁴⁶ Come, fra tante altre, la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1989, la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966, la Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007. Cfr. L. Burgorgue-Larsen, *El contexto*, cit., 124, 127; J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Lands rights*, cit., 66 ss.

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 140. Cfr. altresì L. Lixinski, *op. cit.*, 590.

⁴⁸ «Articolo 4. Diritto alla vita. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita. (...)».

⁴⁹ «Articolo 1. Dovere di rispetto dei diritti. 1. Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione

privato arbitrariamente della propria vita (*obbligo negativo*) ma, alla luce dell'obbligo di garantire il pieno e libero esercizio dei diritti umani, impone altresì agli Stati di adottare tutte le misure appropriate per proteggere e preservare tale diritto (*obbligo positivo*) a beneficio di tutti gli individui sotto la loro giurisdizione. Da quest'ultimo obbligo generale possono derivare *doveri positivi speciali* per lo Stato di attivarsi a favore di soggetti che hanno particolari esigenze di protezione (*grupos vulnerables*), affinché abbiano pieno e sicuro accesso alle condizioni materiali di vita essenziali, compatibili con la dignità della persona umana.

Anche se ciò può apparire paradossale anche alla luce della storia del subcontinente, pochi sono i pronunciamenti della Corte in materia di responsabilità degli Stati per la morte di persone indigene. Ciò si deve, per lo più, a limitazioni dell'ambito di applicazione della Convenzione americana e alla competenza della Corte stessa. Nello specifico, si può ricordare innanzitutto la decisione sul Caso *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala* del 2004 che, nonostante non riguardi la violazione dell'art. 4 della Convenzione americana, si distingue per taluni aspetti di interesse. Si tratta di una controversia relativa alla strage, compiuta nel 1982 da parte dell'esercito guatemalteco e di collaboratori civili, di una comunità indigena di tradizione Maya, che ha portato alla morte di numero non ben definito di persone, oscillante, a seconda delle versioni, fra le 268 e le 284. La Corte ha declinato la propria competenza *ratione materiae* sulla questione, ritenendo che la condotta del Guatemala fosse qualificabile come genocidio ai sensi della Convenzione sulla prevenzione e repressione del reato di genocidio del 1948, strumento di cui è parte lo Stato centroamericano; la Corte ha tuttavia riconosciuto che la medesima condotta aveva violato diverse altre disposizioni della Convenzione americana (ammesse dallo stesso Stato nel corso del processo), definendo quella del Guatemala come «responsabilità aggravata», fonte di grave danno per i membri del popolo Maya, per la loro identità e i loro valori⁵⁰, con conseguente condanna a importanti misure riparatorie⁵¹.

In un caso analogo, *Comunidad Moiwana c. Suriname*, del 2005, gli N'djuka, popolo tribale di origine africana che viveva nella Comunità Moiwana, nell'est del Suriname, erano stati vittima nel 1986 di un massacro ad opera delle forze militari di tale paese. La Corte, a causa di limitazioni giurisdizionali *ratione temporis*, non ha potuto conoscere e accertare tutte le violazioni commesse in tale occasione, avendo il Suriname ratificato la Convenzione americana e accettato la giurisdizione della Corte soltanto nel 1987. Sono state pertanto esaminate solo quelle condotte che, alla luce della loro natura “continuata o permanente”, interessavano ancora, al momento del giudizio, tale Comunità. Al termine del processo il Suriname è stato condannato per la violazione dell'art. 21 (diritto di

politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale».

⁵⁰ Si veda Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, 2004, cit., par. 51, 52.3. Cfr. altresì il «voto concorrente razonado» e il «voto razonado» alla sentenza dei giudici S. García Ramírez e A.A. Cançado Trindade.

⁵¹ Le misure riparatorie hanno costituito oggetto di ulteriore sentenza emessa nello stesso anno: Corte IDH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala. Reparaciones y Costas*, cit.

proprietà) e dell'art. 5 (diritto all'integrità personale) della Convenzione americana, a causa della sofferenza psicologica, economica e spirituale provocata dalla sua condotta; per la violazione dell'art. 22 (diritto alla circolazione e residenza), avendo cagionato, a seguito del massacro, l'esodo forzato dal territorio nativo; e, infine, degli art. 8 e 25, per non aver lo Stato indagato sul massacro⁵².

Nel caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, deciso nel 2005, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità internazionale del Paraguay per il trasferimento forzato, avvenuto nel 1986, di una comunità indigena di circa 300 persone dai propri territori storici a causa di una vendita degli stessi a imprenditori inglesi, risalente al XIX Secolo⁵³. Dal 1993 la comunità rivendica invano i territori ancestrali, localizzati nella regione del Chaco paraguayano, e nel 1996 la maggior parte dei membri si è trasferita in un accampamento ai margini di una strada di fronte a essi. La Corte, pur riconoscendo gli sforzi dello Stato nel programmare forme di aiuto e di sostegno a questa popolazione, ha condannato il Paraguay per la violazione di diverse norme della Convenzione americana, fra le quali quelle dell'art. 4.1 (in combinato disposto con l'art. 1.1), per non aver adottato provvedimenti idonei a contrastare la compromissione delle condizioni minimali per una vita degna (accesso all'acqua potabile, e una sana alimentazione). Ha poi stabilito un legame diretto fra la mancanza di accesso alle terre ancestrali e il diritto alla vita degna dei membri della Comunità, ritenendo che tale mancanza li avesse privato della possibilità di accedere ai mezzi di sussistenza tradizionali e alle risorse naturali, oltre che impedito la pratica della medicina tradizionale per la prevenzione e la cura delle malattie⁵⁴. La sentenza non ha tuttavia accertato alcuna responsabilità dello Stato per il decesso di sedici membri della comunità a causa delle precarie condizioni di vita in cui versavano, posizione fortemente criticata, *inter alios*, dai giudici A.A. Cançado Trindade e M.E. Ventura Robles, che nel loro «Voto Disidente Conjunto»⁵⁵, hanno evidenziato l'incongruenza di tale giudizio con il

⁵² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname c. Suriname*, 2005, cit., par. 233. Cfr. altresì T.M. Antkowiak, *Moiwana Village v. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, in 25 *Berkeley Journal of International Law*, 2007, 278-279.

⁵³ Per approfondimenti sulla controversia si veda A.D. Ramírez, *El caso de la comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, in *Revista IIDH*, 41, 2005, 347 ss.; I. Fuentes, *Universalidad y diversidad cultural en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: innovaciones en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, in *Revista CEJIL*, 2, 2006, 69 ss.

⁵⁴ Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 167-168.

⁵⁵ «6. En el presente caso, lo que escapa a nuestra comprensión es que la Corte, después de haber establecido una violación del artículo 4.1 de la Convención en los términos anteriormente mencionados (párr. 3, supra), estimó que no contaba con “elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida” (...).7. A nuestro juicio, la muerte de algunas de esas personas (cf. párr. 8 infra), a partir del propio razonamiento de la Corte, en lugar de requerir un estándar más alto de comprobación del nexo causal del fallecimiento de esas personas, como lamentablemente entendió la mayoría de la Corte, constituye, todo al contrario, una circunstancia agravante de la violación del derecho a la vida (artículo 4.1 de la Convención), ya establecida por la propia Corte». Così Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, 2005, cit., *Voto disidente conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade y M. E. Ventura Robles*, par. 6 ss.

contemporaneo accertamento della violazione dell'obbligo di garantire l'accesso alle condizioni essenziali per una vita degna dei membri sopravvissuti della comunità⁵⁶.

A distanza di un anno da tale pronuncia è seguita una seconda condanna del Paraguay per violazione di diversi diritti dei Sawhoyamaya, comunità indigena di circa 400 persone essa pure originariamente stanziata nella regione del Chaco, le cui terre tradizionali si trovavano in mano a delle imprese private; a causa di ciò tale popolazione era stata praticamente ridotta a indigenza e in uno stato di vulnerabilità nutrizionale, medica e sanitaria che costantemente ne minava la sopravvivenza. In effetti circa 50 membri della tribù, fra cui molti bambini e anziani, erano deceduti dal 1991 a causa di malattie facilmente prevenibili e curabili, legate alla mancanza di acqua potabile e di cibo. La Corte ha ritenuto lo Stato responsabile, fra le altre violazioni, del decesso di diversi membri della comunità, fra i quali diciotto bambini (in questo caso, in violazione dell'art. 4 della Convenzione e dell'art. 19, sulla protezione del bambino)⁵⁷. In questa controversia la Corte ha ribadito il rapporto fra qualità della vita umana e la salubrità dell'ambiente, chiarendo altresì la questione della sussistenza della responsabilità statale: essa non è automatica, dovendo essere dimostrato che, al momento dei fatti, le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere dell'esistenza di una situazione di rischio reale e immediato per la vita di un individuo o di un gruppo di individui, e abbiano omesso di adottare le misure necessarie nell'ambito delle proprie competenze, misure che, secondo un giudizio ragionevole, sarebbero state in grado di prevenire o evitare tale rischio⁵⁸. Seppur timidamente, la Corte ha altresì gravato lo Stato dell'onere della prova di aver fatto tutto il necessario per prevenire o evitare che le condizioni di vita della Comunità peggiorassero⁵⁹.

In un terzo caso deciso nei confronti dello Stato paraguayano, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, del 2010, relativo a una comunità di circa 66 famiglie originaria della stessa regione del Chaco paraguayano e le cui terre tradizionali si trovavano nelle mani di privati, è stato ribadito il rapporto fra il dovere dello Stato di fornire condizioni minime per l'alimentazione, l'accesso all'acqua potabile, la salute e l'educazione, e il diritto alla vita degna della comunità indigena⁶⁰. In questo caso è stato maggiormente evidenziato, rispetto alle sentenze precedenti, che la qualità della vita di tali popolazioni e i diritti attinenti alla sfera sociale, economica e culturale, dovrebbero essere garantiti considerando gli usi e le consuetudini tradizionali⁶¹. Ciò può essere interpretato

⁵⁶ Corte IDH, *Comunidad Indígena Yaky Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 242.4.

⁵⁷ Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 178.

⁵⁸ Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 155.

⁵⁹ Corte IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 176. Vedi anche L. Burgorgue-Larsen, *The rights of the Indigenous Peoples*, in L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, 2013, 515.

⁶⁰ Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 194 ss.

⁶¹ Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek. c. Paraguay*, 2010, cit., par. 215.

come un segnale positivo di avvicinamento tra il concetto giurisprudenziale interamericano di *Vita digna* e quello tipicamente indigeno del *Buen Vivir*, sulla cui necessità peraltro la dottrina si era già soffermata⁶².

Il diritto alla vita gioca un ruolo importante anche nella sentenza del 2012 sul caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, altrimenti nota per alcune significative considerazioni sul diritto alla consultazione delle popolazioni indigene nelle decisioni inerenti la *governance* del loro territorio. La controversia trae origine da un ricorso nel quale la popolazione Sarayaku contestava l'avvio di attività di esplorazione petrolifera sulle proprie terre ancestrali, localizzate nell'Amazzonia ecuadoriana, iniziate sulla base di un contratto concluso nel 1996 tra il governo dell'Ecuador e alcune imprese private (la compagnia petrolifera nazionale *Petroecuador* e la multinazionale argentina Compagnia generale di Combustibili - CGC). Le attività di prospezione avevano portato alla distruzione di parte della foresta pluviale, sacra per il popolo Sarayaku, e, dopo che nel 2003 le attività di esplorazione erano state sospese, le imprese concessionarie avevano abbandonato, sepolti sotto terra, ben 1433 kilogrammi di esplosivi⁶³. Nel giugno 2012 la Corte ha condannato l'Ecuador per la violazione di diverse norme della Convenzione americana, fra le quali gli articoli 4.1 e 5.1 per la violazione del diritto alla vita e all'integrità dei membri della popolazione dei Sarayaku, e per aver consentito non solo di utilizzare le cariche di esplosivo nelle terre ancestrali, ma di non aver provveduto alla loro rimozione, conformemente a quanto disposto nella Risoluzione per la concessione di misure cautelari della Corte interamericana del 2005, confermata nel 2010⁶⁴.

154

Nel 2016 la Corte ha deciso il caso *Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala*, avente ad oggetto il massacro verificatosi nel villaggio Chichupac nel 1982, e i crimini, avvenuti fra il

⁶² «Afirmar el derecho a la vida digna sin un diálogo intercultural, o sea, sin la inclusión de los propios indígenas en el debate sobre cuáles son las condiciones esenciales de vida de estos pueblos, termina reduciendo la concepción de vida digna al “bienestar” occidental. (...) En este sentido, la Corte puede y debe ir más allá de su concepción actual de vida digna, incorporando las nuevas discusiones que van surgiendo en el contexto latinoamericano. Este es un debate que está más avanzado en algunos países de la región y que gana cada vez más fuerza en América Latina a través del desarrollo de la idea del “buen vivir” de los pueblos indígenas, impulsado por la necesidad de buscar nuevas alternativas al actual modelo económico y social, claramente en crisis». Così A. Schettini, *Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas: un análisis crítico de los parámetros establecidos por la corte interamericana de derechos humanos*, in *Sur – Revista internacional de derechos humanos*, 17, 2012, 70 ss.

⁶³ Per una ricostruzione del caso si veda M. Fasciglione, *Sfruttamento delle risorse naturali e diritto di consultazione delle popolazioni indigene nella recente giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo*, in *Dir. um. dir. int.*, 7, 2013, 187 ss.; e G. Säuberli, *The Case of the Kichwa Peoples of the Sarayaku v. Ecuador. Constructing a Right to Consultation and to Cultural Identity?*, in Y. Haecck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano Herrera (Eds), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, Cambridge, 2015, 573 ss.

⁶⁴ Cfr. Corte IDH, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de julio de 2005*, par. 10; Corte IDH, *Asunto Pueblo Indígena Sarayaku c. Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de febrero de 2010*, par. 4-6; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 249.

1981 e il 1986, di omicidio, sequestro e il compimento di altre violazioni dei diritti umani ai danni degli indigeni di cultura Maya Achì del Chichupac e di altre comunità vicine al comune di Rabinal «nell'ambito di una politica statale, basata sulla dottrina della sicurezza nazionale e sulla nozione di nemico interno, volta a eliminare la presunta base sociale dei gruppi insorti del tempo»⁶⁵. Il Guatemala è stato ritenuto responsabile, fra gli altri, per la violazione, a discapito delle 22 vittime scomparse, dei diritti alla libertà e all'integrità personale, alla vita e al riconoscimento della personalità giuridica ai sensi degli art. 7, 5.1 e 5.2, 4.1 e 3 della Convenzione americana.

5. Il diritto alla proprietà dei popoli indigeni e tribali

La giurisprudenza degli organi interamericani di tutela dei diritti umani e, in particolare, della Corte interamericana, ha creato un articolato sistema di tutela delle terre ancestrali dei popoli indigeni sulla base dell'interpretazione dell'art. 21 della CADU che tutela il diritto di proprietà⁶⁶. Secondo la lettura della norma fornita dalla Corte, i membri dei popoli indigeni godono di un diritto sulle terre ancestrali il cui esercizio è regolato da un sistema di proprietà collettiva e indivisa.

In verità l'epigrafe della norma convenzionale, nelle versioni linguistiche ufficiali in spagnolo, portoghese e francese, contiene il riferimento alla «proprietà privata»⁶⁷, nonostante tale riferimento sia stato ritirato dal testo definitivo della disposizione durante i lavori preparatori⁶⁸. Tuttavia a partire dal 2001, anno in cui è stato deciso il Caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*⁶⁹, *leading case* in tema di protezione della proprietà a favore dei popoli indigeni, è

⁶⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal c. Guatemala*, 2016, cit., par. 1.

⁶⁶ «Articolo 21. Diritto di proprietà. 1. Ognuno ha il diritto di usare e godere della propria proprietà. La legge può subordinare tale uso e godimento nell'interesse della società. (...)».

⁶⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Artigo 21. Direito à propriedade privada; Convention Américaine relative aux droits de l'homme, Art. 21. Droit à la propriété privée.*

⁶⁸ Nell'interpretare tale disposizione la giurisprudenza interamericana ha formulato un concetto ampio di proprietà, che comprende il possesso, il diritto dei pensionati (intesa la pensione come diritto acquisito incorporato al patrimonio degli individui), la proprietà intellettuale e il diritto sulle terre ancestrali delle popolazioni tribali e autoctone. Cfr. K. Rinaldi, *Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme*, in L. Hennebel, H. Tigroudja (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Pedone, 2009, 216-217.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit. Nel caso *sub analisi*, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità dello Stato del Nicaragua per l'omessa delimitazione delle terre storicamente possedute dal popolo Awas Tingni, comunità indigena di circa 600 persone, così come per la mancata adozione di misure efficaci per garantirne il godimento per parte di tale comunità. Si è inoltre affermato che lo Stato avrebbe concesso parte di queste terre ad un'impresa privata, senza aver preventivamente consultato tale popolazione e negando qualsiasi partecipazione alla gestione economica e/o amministrativa del territorio. Si veda, a tale proposito, *inter alia*, S.J. Anaya, C. Grossman, *The Case of Awas Tingni v Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples*, in 19, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2002, 1 ss.

stato ritenuto che l'interpretazione evolutiva della norma convenzionale e il divieto della sua interpretazione restrittiva *ex art. 29, b CADU* (nel caso specifico in relazione al fatto che la proprietà collettiva era riconosciuta anche nella Costituzione del Nicaragua)⁷⁰, legittimassero la tutela della proprietà collettiva sulla base dell'art. 21⁷¹. La Corte afferma nella sentenza che «(...) el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua»⁷². Nel 2005 la Corte è tornata sul tema nella sentenza sul caso *Comunità Moirwana c. Suriname*, interpretando più chiaramente il dibattuto art. 21 CADU e facendo discendere esclusivamente dal testo di tale disposizione il diritto alla proprietà di natura collettiva⁷³.

Nelle pronunce successive, la Corte ha ribadito il significato collettivo del diritto di proprietà riconosciuto agli indigeni, nel senso che «no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad»⁷⁴. Esso ha sottolineato che la tutela dei diritti collettivi «repercute en la preservación de los derechos individuales. Así, no existe conflicto alguno, sino complementariedad estricta, entre estas dos “formas de mirar” el estatuto de las personas»⁷⁵, aggiungendo inoltre che disconoscere il significato che una specifica cultura, con i suoi usi, consuetudini e credenze, dà al diritto all'uso e al godimento dei beni, equivarrebbe a rendere illusoria la protezione che discende dalla predetta disposizione per milioni di persone⁷⁶.

Questa lettura incide, oltre che sull'esercizio dei diritti, sullo stesso concetto di soggetto meritevole di protezione, superando la nozione di individuo o di gruppo di individui per legittimare un autentico «soggetto collettivo»⁷⁷. Di recente la Corte ha in tal senso modificato una radicata posizione della propria

⁷⁰ Sul tema in generale si veda *supra*, pt. 3.

⁷¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 147-149.

⁷² Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2001, cit., par. 148.

⁷³ T.M. Antkowiak, *Rights, Resources and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court*, in 35 *U. Pa. J. Int'l L.*, 2014, 143-144.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 2006, cit., par. 120.

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 2006, cit., *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos del 29 de marzo de 2006 en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, par. 11.

⁷⁶ In senso analogo Corte IDH, *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros c. Panamá*, 2014, cit., par. 111; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 165; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 100; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 129.

⁷⁷ Cfr. A.M. Russo, I. Wences, *De los derechos de los “miembros de las comunidades” a los derechos de la “comunidad y sus miembros”: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana*, in P. Santolaya Machetti, I. Wences (Coords.), *La América de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, spec. 295 ss.; R. Estupiñan Silva, J.M. Ibáñez Rivas, *op. cit.*, 314.

giurisprudenza che limitava il riconoscimento dei diritti e/o delle libertà all'individuo con esclusione delle persone giuridiche o collettive⁷⁸. È vero tuttavia che, in tema di riparazione delle violazioni (ambito nel quale il sistema interamericano presenta delle specificità considerevoli rispetto, ad esempio, all'omologo europeo⁷⁹), la questione indigena aveva già portato al riconoscimento di misure di carattere collettivo⁸⁰, anche se, in ogni caso, il soggetto di diritto nella giurisprudenza della Corte era pur sempre l'individuo e non il gruppo come tale. Questo approccio è stato mantenuto tuttavia fino alla decisione del *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* del 2012, nel quale, anche in virtù di altri trattati internazionali, è stata riconosciuta la titolarità dei diritti delle comunità indigene in quanto tali⁸¹. Da allora questa forma di titolarità, di natura collettiva, è diventata una costante nella giurisprudenza di tale organo⁸².

Un secondo elemento rilevante che emerge dalla giurisprudenza interamericana in materia è il *riconoscimento della proprietà collettiva indigena sulla base del rapporto culturale, spirituale e materiale del popolo indigeno o tribale con il territorio ancestrale e non in virtù di un atto normativo dello Stato*. Il criterio specifico per l'attribuzione della proprietà comune è quello dell'occupazione tradizionale, ricostruita sulla base della memoria collettiva delle generazioni presenti; la proprietà trova pertanto il proprio fondamento nel diritto consuetudinario indigeno, al quale viene riconosciuto uno specifico valore giuridico⁸³. Gli organi

⁷⁸ K. Rinaldi, *op. cit.*, 223.

⁷⁹ Cfr. N. Posenato, *Memoria e riparazione delle violazioni dei diritti umani nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani*, in *Donde no habite el olvido. Herencia y transmisión del testimonio en América Latina. I Congreso Internacional de Literatura y Derechos Humanos*, Milano, 2017 (*in corso di pubblicazione*).

⁸⁰ «(...) es importante señalar algunas características de la reparación colectiva, por ejemplo que: i) debe ser considerada independientemente de la reparación por las afectaciones que pueden haber sufrido los miembros de la Comunidad como individuos; ii) su objetivo es la reparación de afectaciones que, por las características de los pueblos indígenas o tribales mismos (especialmente su relación con sus tierras tradicionales), son colectivas y requieren medidas específicas de reparación; iii) tiene la finalidad de proteger, y ser implementada acorde a los costumbres y la identidad cultural de la Comunidad; iv) tiene un objetivo relacionado con el fortalecimiento de la situación social y económico de la Comunidad, y v) la Comunidad participa de manera efectiva, por medio de sus legítimos representantes, en las decisiones que se toman respecto de la implementación de la reparación colectiva otorgada». Così Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., *Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto*, par. 26.

Sul carattere collettivo delle riparazioni si veda altresì L. Burgorgue-Larsen, A. Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 520-523; A. Raisz, *Indigenous Communities before the Inter-American Court of Human Rights – New Century, New Era?*, in *5 Miskolc Journal of International Law*, 2008, 47 ss.; e A.M. Russo, I. Wences, *op. cit.*, 309 ss.

⁸¹ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 231.

⁸² Cfr. Corte IDH, *Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre derechos humanos, así como del Artículo 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador)*, *Opinión Consultiva OC-22/16*, 26-2-2016, serie A, n. 22, par. 72 ss.

⁸³ «Este es un cambio absoluto de perspectiva; en efecto, a la luz de esta jurisprudencia, es la legislación nacional la que debe adecuarse al derecho consuetudinario para resolver los conflictos en torno a la propiedad de la tierra y el Estado deberá proveer los mecanismos

del sistema interamericano hanno in questo senso costantemente dichiarato che la Convenzione è violata ogniqualvolta i territori tradizionali sono stati considerati terre statali in ragione del fatto che i popoli indigeni non fossero in possesso di un titolo formale di proprietà o non avessero provveduto a registrare tale titolo⁸⁴.

Come conseguenza di tale riconoscimento e in osservanza del principio di certezza giuridica, sullo Stato grava il dovere di rendere effettivo tale diritto. Così, il mero riconoscimento astratto dei diritti degli indigeni o del possesso di territori e risorse perde di significato se la proprietà non è stata fisicamente delimitata e garantita; in altri termini, *il diritto degli indigeni corrisponde a un dovere dello Stato di garantire il godimento effettivo del diritto di proprietà, mediante la delimitazione e demarcazione dei territori e il rilascio in tempi ragionevoli dei titoli di proprietà*⁸⁵.

Allo stesso modo, i diritti di proprietà dei popoli indigeni e tribali fondati sull'uso o sull'occupazione tradizionale permangono in caso di mancato possesso delle terre per ragioni estranee alla volontà di tali popoli e sono opponibili non solo rispetto alle pretese statali ma anche a quelle dei privati. In quest'ultimo caso i popoli indigeni hanno un diritto preferenziale alla restituzione delle terre anche qualora esse siano state cedute a terzi sulla base di titoli formalmente validi secondo la legislazione statale; in alternativa, quando non è oggettivamente possibile restituire le terre tradizionali, i popoli indigeni hanno diritto ad ottenere territori alternativi di analoga estensione e qualità, scelti di comune accordo con i membri della popolazione indigena⁸⁶. Recentemente, nel 2014, la Corte ha ribadito tale orientamento in *Los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros c. Panama*, caso nel quale la costruzione di un complesso idroelettrico e l'inondazione di grande parte delle terre tradizionali degli indigeni ha reso impossibile il loro ritorno *in loco*⁸⁷.

institucionales y administrativos para hacer efectivo este derecho». Così C. Nash Rojas, *op. cit.*, 70. Sul tema specifico v. anche K. Rinaldi, *op. cit.*, 224-225.

⁸⁴ Perciò, già a partire del Caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, del 2001, si afferma che (par. 151): «como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro».

⁸⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 2011, cit., par. 151, 153; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana c. Surinam*, 2005, cit., par. 209; Corte IDH, *Caso Yake Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par. 103, 143; Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 115. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010, cit., par. 109; Corte IDH, *Caso Kuna e Emberá c. Panamá*, 2014, cit., par. 121-122; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros c. Honduras*, 2015, cit., par. 181. Sul tema si veda anche J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights: A critique of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Wis. Int'l L.J.*, 27, 2009-2010, 61 ss.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, 2006, cit., par. 128. Vedi inoltre, a proposito, A.M. Russo, I. Wences, *op. cit.*, 3.

⁸⁷ Sulla sentenza si veda A. Caligiuri, *Il contributo della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani in tema di tutela dei diritti territoriali dei popoli indigeni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2015, 435 ss.

Come la Corte aveva già affermato, in questi casi non sempre deve prevalere il diritto degli indigeni⁸⁸. Nel *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Suriname* del 2015, la Corte ha sostenuto che quando il diritto alla proprietà collettiva indigena e la proprietà privata individuale sono o sembrano essere in conflitto, va svolta un'analisi specifica caso per caso della legalità, necessità, proporzionalità e del perseguimento di un obiettivo legittimo in una società democratica, senza che la limitazione del diritto alle terre tradizionali comporti il diniego della sussistenza come popolo della comunità indigena⁸⁹.

È interessante osservare che la giurisprudenza interamericana, a differenza di ciò che emerge da altri strumenti internazionali specializzati e dai diritti nazionali, parte dal presupposto che le risorse naturali, incluse quelle sotterranee, fanno parte del diritto autonomo di proprietà *ex art. 21* della Convenzione americana⁹⁰. La disposizione in questione tutela, pertanto, un vero “diritto al territorio”, in cui il bene oggetto di protezione non è visto soltanto dal punto di vista della conservazione e/o circolazione, ma è immediatamente collegato alla vita e alla cultura di una determinata popolazione e alla trasmissione di questa cultura. In questo modo, i membri della comunità indigena o tribale hanno anche il diritto di usare e godere delle risorse naturali in conformità alle loro tradizioni e consuetudini, diritto che per tale ragione viene protetto *ex art. 21* della Convenzione americana.

Al contempo, la Corte ha ammesso restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà dei popoli indigeni sulle terre ancestrali, in linea con quanto stabilito dal secondo paragrafo della stessa disposizione convenzionale (*art. 21, 2*), secondo il quale «Nessuno sarà privato della sua proprietà salvo, dietro pagamento di un giusto indennizzo, per ragioni di pubblica utilità o di interesse sociale e nei casi e con le formalità fissati dalla legge.» I progetti per lo sfruttamento delle risorse naturali nei territori indigeni possono dunque essere autorizzati, ma sempre nell'ambito di un processo di bilanciamento fra i diritti indigeni e altri interessi collettivi e quando ciò non implichi il diniego della sopravvivenza del popolo indigeno o tribale, anche da un punto di vista sociale e culturale.

Tale processo è stato ampiamente descritto nel *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, del 2007, che ha interessato questa comunità tribale che vive nella

⁸⁸ Corte IDH, *Caso Yake Axa c. Paraguay*, 2005, cit., par.146, 149, 217; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, 2012, cit., par. 156.

⁸⁹ Si è trattato di una controversia in cui il popolo indigeno Kalina y Lokono, insediato in otto raggruppamenti sul territorio del Suriname, pretendeva la delimitazione, demarcazione e intitolazione del proprio territorio tradizionale, la restituzione di una parte di tale territorio che era in proprietà di terzi, la partecipazione efficace allo sfruttamento delle riserve naturali e il diritto alla consultazione nell'ambito di progetti estrattivi condotti in una delle riserve. Lo Stato è stato giudicato responsabile per la violazione di diversi diritti convenzionali, quali il riconoscimento della personalità giuridica, il diritto delle proprietà collettive, i diritti politici. Cfr. Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 155.

⁹⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 146; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 146. Cfr. anche G. Pentassuglia, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, in 22 *The European Journal of International Law*, 2011, 177-178.

parte nord del fiume Surinam e che pretendeva il riconoscimento del diritto di uso e godimento del territorio tradizionalmente occupato, in parte concesso a terzi per attività di sfruttamento minerario e di approvvigionamento di legname. La Corte ha ritenuto che lo Stato avesse violato, fra gli altri, gli articoli 2, 3, 21 e 25 della Convenzione interamericana e, in particolare, che per concedere lo sfruttamento minerario della zona, avrebbe dovuto coinvolgere nella decisione la comunità tribale e valutare l'interesse sociale e l'impatto ambientale di tali progetti⁹¹.

Nella pratica, il processo di bilanciamento prevede delle garanzie concrete e si svolge in due fasi: in primo luogo, va garantita la partecipazione effettiva dei membri del popolo indigeno al processo decisionale, con lo svolgimento di consultazioni sui progetti che vanno condotte «in buona fede, nel rispetto delle procedure culturali appropriate e con l'obiettivo di raggiungere un accordo» o, nel caso di progetti di investimento o di sviluppo di grandi proporzioni, in grado di produrre un profondo impatto sul territorio, con il consenso «preventivo, libero e informato, nel rispetto delle tradizioni e consuetudini indigene»,⁹².

In secondo luogo, dev'essere garantito, a favore della comunità, la partecipazione al godimento dei benefici economici che derivano dallo sfruttamento di quelle risorse naturali⁹³.

Un ulteriore requisito è lo svolgimento di studi di natura ambientale da parte di istituzioni indipendenti e tecnicamente competenti al fine di valutare l'impatto ambientale e sociale del progetto di sfruttamento⁹⁴.

Il tema del coinvolgimento delle comunità indigene nel processo di formazione delle politiche inerenti le risorse naturali non è stato immune da critiche. Una parte della dottrina ha osservato che la distinzione fra la necessità di consultazione dei popoli indigeni per quanto attiene la realizzazione di qualsiasi tipo di progetto che interessi il loro territorio ancestrale e le sue risorse e il previo consenso richiesto solo in caso di progetti di larga scala rappresenta un passo indietro rispetto a quanto stabilito nell'art. 32, 2 della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, che invece richiederebbe «free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources» per qualsiasi tipologia di progetto⁹⁵.

⁹¹ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129. Sulla decisione si veda anche L. Brunner, *The Rise of People's Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights*, in 7 *Chinese Journal of International Law*, 2008, 699 ss.; e M.A. Orellana, *Saramaka People v Suriname (Case note)*, in 102 *American Journal of International Law*, 2008, 841 ss.

⁹² Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129 e 134. Sul tema si veda altresì M. Fasciglione, *op. cit.*, 90 ss.

⁹³ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 138-140; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 227-229.

⁹⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka c. Suriname*, 2007, cit., par. 129; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador*, 2012, cit., par. 204 ss.; Corte IDH, *Caso Pueblos Kalina y Lokono c. Surinam*, 2015, cit., par. 214-216.

⁹⁵ Cfr. J.M. Pasqualucci, *International Indigenous Land Rights*, cit., 90; M. Yriart, *The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of Saramaka v. Suriname*, in Haeck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano Herrera

Non è in questo senso escluso che, con la recente approvazione della *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, che sul tema ripropone la norma universale (art. XXIII, 2)⁹⁶, si riconosce un vero e proprio “diritto di veto” alle comunità indigene sui progetti di sfruttamento dei loro territori tradizionali a prescindere dalla dimensione degli stessi⁹⁷, cosa che ha portato, non a caso, alla formulazione di una dichiarazione di non vincolatività della disposizione da parte della Delegazione colombiana⁹⁸.

6. Conclusioni

Il numero importante di decisioni adottate dalla Corte interamericana dei diritti umani rispetto ad altri organi regionali di protezione in materia indigena e tribale è soltanto uno degli elementi che concorrono a rendere la giurisprudenza di questo organo degna di attenzione.

L’approccio innovativo spesso adottato, sia a livello generale, per quanto concerne i criteri d’interpretazione e le misure di riparazione, sia, nello specifico, per la definizione dei singoli diritti e libertà, è quasi una costante nell’operato della Corte e nel suo tentativo di rendere effettiva la protezione per tali popoli negli ordinamenti nazionali.

Il riconoscimento della diversità culturale e della vulnerabilità dei popoli indigeni e tribali ha concretamente inciso sulla definizione e sulla tutela dei loro diritti; la protezione del diritto alla vita, in collegamento con il concetto di *vita digna*, e del diritto alla proprietà, con particolare riguardo a quello di natura collettiva, hanno rappresentato effettivi progressi per lo *status* giuridico di tali comunità nel continente. Naturalmente tale approccio non è stato esente da

(Eds), *The Inter-American Court of Human Rights: theory and practice, present and future*, Cambridge, 2015, 477 ss.

⁹⁶ «Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas. (...) 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado».

⁹⁷ Una diversa interpretazione della norma interamericana, secondo la quale essa imporrebbe soltanto la consultazione delle popolazioni indigene sui progetti attinenti i loro territori – e non necessariamente il loro consenso – è motivata dal fatto che, mentre nello strumento universale il consenso indigeno è un principio di carattere generale che conforma l’esercizio dell’autogoverno e del diritto all’autodeterminazione, in quello regionale si tratterebbe di un principio sussidiario al diritto alla partecipazione che originerebbe soltanto un dovere per gli Stati, B. Clavero, *op. cit.*, 16.

⁹⁸ «En el contexto internacional, Colombia ha sido un país líder en la aplicación de las disposiciones sobre consulta previa del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que es parte nuestro Estado.

Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia». Cfr. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016)*, nota de pie de pagina.

critiche: si pensi per esempio al fatto che, allo stato attuale, la Corte non ha direttamente affrontato la questione di un'eventuale contraddizione fra pratiche culturali specifiche e i diritti universali dell'uomo o, ancora, al fatto che il concetto di *buen vivir* indigeno, contemplato in diverse costituzioni latinoamericane, sembra aver inciso ancora timidamente sul processo di bilanciamento dei diritti nella giurisprudenza interamericana, per esempio in relazione al diritto allo sviluppo.

È auspicabile che queste e altre questioni di grande rilevanza, relative, ad esempio, al diritto ambientale (che nel sistema interamericano viene trattato in ambito indigeno) o agli investimenti internazionali o, ancora, che vedranno protagonisti Stati fino ad ora non particolarmente interessati al dibattito⁹⁹, vengano prossimamente affrontate dalla Corte interamericana, con potenziali importanti conseguenze sugli assetti giuridici delle popolazioni indigene. Ciò contribuirebbe, unitamente agli aspetti che ci auguriamo di aver reso degni di attenzione nel presente lavoro, a rendere il sistema interamericano ancor più interessante per lo studioso dei diritti dei popoli indigeni.

⁹⁹ Si sta attendendo, per esempio, il deposito della decisione sul primo caso in materia che veda coinvolto il Brasile, *Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros*, sul tema del riconoscimento, delimitazione e attribuzione dei territori ancestrali. (per ulteriori informazioni si consulti l'indirizzo web www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pueblo_indigena_xucuru_y_sus_miembros.pdf).