

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural

Dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights on the human right to cultural identity

Juan Jorge Faundes

VOLUME 17 • N. 3 • 2020

DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE
LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Sumário

EDITORIAL	20
CRÔNICAS.....	22
O COSTUME INTERNACIONAL COMO REFORÇO DA OBJEÇÃO BRASILEIRA À CLÁUSULA DO TRATAMENTO JUSTO E EQUITATIVO	24
Leonardo Vieira Arruda Achtschin	
O PROCESSO LEGISLATIVO COMO GARANTIA PARA A OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO PRÉVIO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA	30
Gabriel de Oliveira Borba	
DOSSIÊ TEMÁTICO: ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW / DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL - PANORAMA GERAL	38
PEOPLES' HERITAGE OR STATES' HERITAGE? SOVEREIGNTY IN THE UNESCO MECHANISM FOR THE SAFEGUARDING OF INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE.....	40
Aliko Gkana	
THE IMPACT OF THE UNESCO AND UNIDROIT CONVENTIONS AND THE EU DIRECTIVES ON THE INTERNATIONAL ART MARKET: AN ANALYSIS FIFTY YEARS AFTER THE INTRODUCTION OF THE OBLIGATION TO RETURN STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL GOODS	61
Geo Magri	
TRÊS PAUTAS EM DESTAQUE NA AGENDA DE DIVERSIDADE CULTURAL DA UNESCO: AMBIENTE DIGITAL, TRATAMENTO PREFERENCIAL E PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL.....	76
Danilo Júnior de Oliveira, Maria Carolina Vasconcelos Oliveira e Ana Paula do Val	
A 100 YEARS INSTITUTIONALIZED CULTURAL HERITAGE PROTECTION: FROM THE INSTITUTIONALIZED INTERNATIONAL COOPÉRATION INTELLECTUELLE TO THE HUMAN RIGHT TO CULTURAL HERITAGE	95
Lando Kirchmair	

ASPECTOS METODOLÓGICOS DO DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL	109
A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL EM NOVAS PERSPECTIVAS: ESTUDO COMPARADO ENTRE A KULTURGUTSCHUTZGESETZ E A HOLOCAUST EXPROPRIATED ART RECOVERY ACT OF 2016	111
Ardyllis Alves Soares	
ART-RELATED DISPUTES AND ADR METHODS	127
Maria Beatrice Deli e Veronica Proietti	
DUE DILIGENCE IN ART LAW AND CULTURAL HERITAGE LAW	150
Lisiane Feiten Wingert Ody	
THE RECEPTION OF DROIT DE SUITE IN INTERNATIONAL LAW: DIAGNOSIS AND REMEDY	170
Mickael R. Viglino	
DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL: DO REGIONAL AO LOCAL	188
CÂMARA CASCUDO E O LEGAL DESIGN - A VISUALIDADE DO DIREITO ENTRE PROVINCIANISMO E GLOBALIZAÇÃO	190
Marcilio Toscano Franca Filho	
A POLÍTICA DA UNIÃO EUROPEIA NO TURISMO: O TURISMO CULTURAL E A SUSTENTABILIDADE DO PATRIMÔNIO INDUSTRIAL PARA INTEGRAÇÃO DO BLOCO EUROPEU	202
Maraluce Maria Custódio e Fernando Barotti dos Santos	
DIÁLOGO ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL..	223
Juan Jorge Faundes	
DIGITAL ART AND THE BELT AND ROAD INITIATIVE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES.....	257
Dan Wei e Ângelo Rafael	
POLICING HERITAGE CRIME IN LATIN AMERICA.....	275
Naomi Oosterman e Donna Yates	

THE PRINCIPLES OF CULTURAL HERITAGE LAW BASED ON THE POLISH LAW AS AN EXAMPLE .292 Małgorzata Joanna Węgrzak e Kamil Zeidler	
HERITAGE PROTECTION IN INTERNATIONAL LAW AND NATIONAL LAW: INSIGHTS INTO THE CASE OF VIETNAM	304
Yen Thi Hong Nguyen e Dung Phuong Nguyen	
THE APPROPRIATION OF THE CARIOCA INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE BY AN ENTREPRENEURIAL LOGIC	324
Mário Ferreira de Pragmácio Telles	
A PROPÓSITO DEL CARÁCTER UNIVERSAL DEL ACCESO A LA CULTURA EN INTERNET: UN ANÁLISIS DESDE EL PRISMA INTERNACIONAL Y LA EXPERIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO	344
Janny Carrasco Medina	
DIREITO HUMANITÁRIO E ARTE	357
A DESTRUIÇÃO DELIBERADA DO PATRIMÔNIO CULTURAL DA HUMANIDADE: “CRIME DE GUERRA” OU “CRIME CONTRA A HUMANIDADE”?	359
Juliette Robichez	
PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: EMERGING TRENDS	390
Niteesh Kumar Upadhyay e Mahak Rathee	
DIREITO DO MAR/MARÍTIMO E ARTE.....	410
THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE REGIME: SOME PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS.	412
Elina Moustaira	
EL ROL DEL DERECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO: APRECIACIONES A PARTIR DEL ESTUDIO DEL CASO DE LA CORBETA INGLESA SWIFT EN ARGENTINA..	424
Norma Elizabeth Levrant e Nadia Bressan Bernhardt	

OUTROS TEMAS SOBRE O DIREITO DA ARTE E DO PATRIMÔNIO CULTURAL.....	438
INDIGENOUS REFUGEES AND CULTURAL EROSION: POSSIBILITIES AND LIMITS OF INTERNATIONAL REFUGEE AND INDIGENOUS PEOPLES LAW IN THE PROTECTION OF INDIGENOUS CULTURAL EXPRESSIONS RELATED TO TRADITIONAL LAND AND NATIVE LANGUAGE.....	440
Rickson Rios Figueira	
O RETRATO DE EDMOND BELAMY E A INTERFACE ENTRE ARTE E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: POR UMA NOVA DEFINIÇÃO DE AUTORIA E DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	463
Marla Meneses do Amaral Leite Mangiolardo, Patrícia Silva de Almeida e Jonathan Barros Vita	
ARGUMENTATIVE ASPECTS OF DECLARATION ON THE IMPORTANCE AND VALUE OF UNIVERSAL MUSEUMS (2002).....	479
Agnieszka Plata	
A DESTINAÇÃO DOS BENS CULTURAIS EM PROCESSOS PENAIS: A ARTE COMO REPARAÇÃO COLETIVA.....	488
Inês Virgínia Prado Soares e Otavio Venturini	
A JUSTIÇA DE PIETER BRUEGEL: DIREITO, VIOLÊNCIA E A VENDA NOS (NOSSOS) OLHOS.....	501
Rafael Lazzarotto Simioni e Cícero Krupp	
ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	518
DEVERES INTERNACIONAIS E OBRIGAÇÕES SOCIOAMBIENTAIS PARA EMPRESAS MULTI E TRANSNACIONAIS	520
Luísa Cortat Simonetti Gonçalves e Adriano Sant'Ana Pedra	
MATERNIDADE POR SUBSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS DA CONFERÊNCIA DA HAIA E SUAS POTENCIAIS INFLUÊNCIAS NO REGRAMENTO BRASILEIRO	539
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Fernanda Rezende Martins	
EL (LARGO) CAMINO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN.....	559
Thiago Paluma, Ivette Esis e Gabriel Briceño	

A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS: UMA REVISÃO DOCUMENTAL DO PERÍODO 1988-2018579

Breno Baía Magalhães

RESENHA599

AUTONOMOUS WEAPONS SYSTEMS AND INTERNATIONAL LAW: A STUDY ON HUMAN-MACHINE INTERACTIONS IN ETHICALLY AND LEGALLY SENSITIVE DOMAINS 601

Aziz Tuffi Saliba e Lutiana Valadares Fernandes Barbosa

Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural*

Dialogue between the Inter-American Court and the European Court of Human Rights on the human right to cultural identity

Juan Jorge Faundes**

Resumen

Este artículo defiende que el derecho humano a la identidad cultural es un derecho común, aplicable a los pueblos indígenas y a otras minorías culturales, en América y en Europa. Con el propósito de demostrarlo: i) conceptualiza el derecho humano a la identidad cultural y presenta sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos; ii) revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconoce la aplicabilidad de tal derecho, principalmente, a los pueblos indígenas; iii) identifica precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su razonamiento en relación a la aplicabilidad del mismo derecho a grupos minoritarios; y iv) finalmente, plantea un marco de posibilidades y límites para un diálogo jurisprudencial en torno al derecho humano a la identidad cultural. La metodología utilizada para el estudio de jurisprudencia corresponde al método de derecho comparado, en un sentido horizontal, aplicado en el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos europeo e interamericano. Las fuentes jurídicas se estudian sistémicamente (sistema universal, regionales de derechos humanos y fuentes especiales sobre derechos culturales). Complementariamente, se utiliza investigación bibliográfica en los aspectos conceptuales y doctrinarios.

Palabras-claves: Derechos Humanos. Identidad cultural. Cortes. Dialogo.

Abstract

This article argues that the human right to cultural identity is a common right that protects indigenous peoples and other cultural minorities in America and Europe. In order to demonstrate it, the paper: i) defines the human right to cultural identity and presents its sources in the International Law of Human Rights; ii) reviews the jurisprudence of the Inter-American Court Inter-American Court of Human Rights, which recognizes its applicability mainly to indigenous peoples; iii) exposes relevant precedents of the European Court of Human Rights and its reasoning in relation to the same right and its applicability to minority groups; iv) finally, proposes a framework

* Recibido em 28/07/2020
Aprovado em 22/03/2021

** Académico Docente Investigador - ADI
Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto
de Investigaciones en Derecho Claustro Do-
torado en Derecho Universidad Autónoma de
Chile Doctor en procesos sociales y políticos en
América Latina.
E-mail: juanjorgef@gmail.com

of possibilities and limits for a jurisprudential dialogue among the two courts on the matter. About methodology, in the study of jurisprudence are used tools the comparative law method, in a horizontal sense, applied at the level of the regional European and Inter-American human rights systems. The legal sources are studied systemically (universal system, regional human rights and special sources on cultural rights). Complementarily, bibliographic research is used in the conceptual and doctrinal aspects.

Keywords: Human Rights. Cultural identity. Indigenous peoples. Courts. Dialog.

1 Introducción

En este trabajo revisamos el proceso de conformación de un derecho humano a la identidad cultural, como, un derecho común americano-europeo que ampara los derechos de los pueblos indígenas y de otras minorías culturales en América y Europa. En este sentido, primero, nos preguntamos sí, hermenéuticamente, la jurisprudencia sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la jurisprudencia sobre derechos culturales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) pueden dialogar considerando sus fuentes en común y los eventuales razonamientos compartidos en sus respectivas decisiones¹. Segundo, para avanzar en una respuesta a tal pregunta, proponemos una definición del derecho, revisamos sus fuentes e identificamos sus estándares en la respectiva jurisprudencia de estas cortes.

Al respecto, nuestra hipótesis, considera, en primer término, que la existencia de un derecho humano a la identidad cultural podrá ser afirmada, sí, a lo menos, puede sostenerse que este derecho constituye una categoría compartida por el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En segundo término, en cuanto al derecho en sí y solo en abstracto, estimamos que los presupuestos sustantivos

y los estándares planteados por la Corte IDH, genéricamente, contienen un núcleo normativo que permitiría amparar el derecho a la identidad cultural de minorías étnicas, nacionales y religiosas, tanto en el ámbito americano como en el europeo. Pero, en concreto, esa conclusión está sujeta a un conjunto relevante de limitaciones que esperamos develar en este trabajo. De esta forma, nuestro objetivo será identificar los elementos en común que conforman el derecho humano a la identidad cultural a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH.

Metodológicamente, para el estudio de jurisprudencia del TEDH y la Corte IDH se usan herramientas del método de derecho comparado, en un sentido horizontal², aplicado en el nivel de los sistemas regionales de derechos humanos europeo e interamericano. En este aspecto, el objeto de estudio se centrará en las decisiones de la Corte IDH y del TEDH, las cuales seleccionaremos en base a su contenido normativo referente al derecho a la identidad cultural³. En concreto, realizaremos un estudio en base a una selección de casos paradigmáticos de la Corte IDH y del TEDH con la finalidad de visualizar ejemplarmente las tendencias relevantes en ambas cortes referentes al objeto de estudio⁴. Para ello, analizamos las sentencias seleccionadas, las fuentes universales comunes, especiales y regionales, las categorías formuladas en cada caso, sus posibles y recíprocas influencias, así como alcances y brechas en

² SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 293-294.

³ Sobre niveles y objeto de comparación. MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, n. 121, p. 213-243, 2008.

⁴ No estudiamos los casos de demandas de pueblos indígenas europeos (Comunidades del Pueblo Sammi de Rusia, Noruega, Finlandia y Suecia), presentadas -en su momento- ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y ante el TEDH conforme la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) porque ellas no han sido admitidas. Luego, si bien se puede teorizar sobre el amparo de los derechos de los pueblos indígenas bajo las categorías que venimos revisando para minorías étnicas y grupos vulnerables, desde una relectura del derecho de propiedad, nuestra metodología parte desde el estudio de decisiones pronunciadas por el TEDH. Estudios sobre esta cuestión. KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of human right: regarding indigenous peoples: retrospect and prospect. *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 18, p. 1-37, 2011; DESMET, Ellen. Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico. *Cuadernos Deustos de Derechos Humanos*, Bilbao, n. 75, 2014; Beqiraj, Julinda. Indigenous peoples' cultural identity under EU Law and the ECHR: a non-trade interest or a human right? In: HIPPOLITO, Francesca; IGLESIAS, Sara (ed.). *Protecting vulnerable groups: the european human rights framework*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. p. 159-179.

¹ Sobre la idea de un derecho común euro americano. GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012; GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

torno al reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a pueblos indígenas y otros grupos como minorías nacionales, religiosas o culturales⁵.

Asimismo, la revisión de las fuentes jurídicas es sistemática, realizando el análisis en base a sistemas normativos, estudiando las fuentes internacionales, las de carácter general (universales de derechos humanos), las regionales de derechos humanos (europea y americana), y las especiales (derechos culturales, minorías étnicas, pueblos indígenas y otros grupos vulnerables diferenciados).

Complementariamente, en los aspectos conceptuales y doctrinarios, se utiliza investigación bibliográfica.

Así, en este trabajo: i) conceptualizamos el derecho humano a la identidad cultural y presentamos sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos; ii) revisamos la jurisprudencia de la Corte IDH que reconoce el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus estándares; iii) estudiamos precedentes paradigmáticos del TEDH y su razonamiento en relación con el derecho a la identidad cultural y los grupos minoritarios; iv) planteamos un marco de posibilidades y límites para un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el TEDH en torno al derecho humano a la identidad cultural.

⁵ Pueblos indígenas, minorías nacionales y grupos vulnerables son categorías no asimilables. Sin embargo, es posible establecer el contenido normativo en común de los diversos instrumentos internacionales que amparan sus respectivos derechos de base cultural, sin que ello implique forzar una homogeneización antropológica, política ni jurídica de estos grupos. Sobre la comparación de estos grupos. TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica. *The pluralist papers*, n. 3, 2015. Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf Acceso en: 22 jul. 2020. Sobre grupos vulnerables, entre otros, BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables: guía de prácticas*. Barcelona: DHEs, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014; MARINO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26. p. 22-23; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, año 19, n. 1, p.17-43, 2020; MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

2 El derecho humano a la identidad cultural

La identidad cultural corresponde al conjunto de referentes culturales con los que “una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido”⁶. Luego, el derecho a la identidad cultural se despliega en dos dimensiones: como derecho a la identidad y como derecho a la cultura. En cuanto a su naturaleza y titulares: como derecho individual, protege al individuo y su identidad en la comunidad⁷; como derecho colectivo, resguarda a la comunidad⁸. La dimensión individual es la que alcanza más aceptación⁹, especialmente en el contexto europeo; mientras su perspectiva colectiva es la que suscita mayores debates¹⁰. Nosotros sostendremos que ambas perspectivas pueden integrar una visión compartida, europea-americana, de los derechos humanos, más allá de sus límites y delimitaciones¹¹.

Entonces, para proponer una definición, siguiendo preliminarmente a la Corte IDH¹², el derecho a la iden-

⁶ RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006.

⁷ DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006; DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. p. 48-49.

⁹ ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012. p. 4-56.

¹⁰ DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014; HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 89-148. p. 131-132; FAUNDES, Juan. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-323, jun. 2017.

¹¹ GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 26.

¹² Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (fondo), 25 noviembre 2000). Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Anvas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 noviembre de 2004. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moimvana vs. Suriname* (excepciones

idad cultural se describe como un derecho de naturaleza colectiva y de titularidad de las comunidades, pueblos indígenas, grupos afrodescendientes y sus respectivos miembros¹³. Este derecho contiene, así, tanto el deber de protección de las manifestaciones identitarias y culturales, como, en especial, la obligación del Estado y de sus operadores de comprender los comportamientos de cada pueblo o comunidad a la luz de su visión del mundo, de los significados que ellos dan a sus comportamientos, sin imponer los significados o pre-comprensiones de la cultura hegemónica, a la cual pertenece regularmente el intérprete¹⁴. Entonces, preliminarmente, desde esta perspectiva, podemos definir genéricamente el derecho humano a la identidad cultural como:

El Derecho de todo colectivo, grupo o minoría, caracterizado étnica y o culturalmente, y de sus miembros, a conservar su propia cultura, su patrimonio cultural tangible o intangible, su presente y su memoria histórica; y a ser reconocidos como diferente en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Comprende el derecho a que se respeten sus conocimientos, creencias, artes, moral, religión, sistema normativo, prácticas y cosmovisión; y el

preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axá vs. Paraguay* (fondo, reparaciones, costas), 17 junio 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 noviembre de 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018. Para el estudio de estos precedentes en perspectiva del derecho fundamental a la identidad cultural. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

¹³ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 81-82.

¹⁴ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019. p. 514-516. FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019. p. 56-59.

derecho de sus integrantes a pertenecer a su cultura, a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente y o a no ser asimilado por ésta¹⁵.

Como dijimos nuestro objeto es identificar el núcleo normativo común a partir del cual se podría sostener un potencial diálogo americano europeo de derechos humanos en torno al derecho a la identidad cultural y, en consecuencia, la existencia del derecho en un marco general más amplio al interamericano. Metodológicamente optamos por recurrir a los instrumentos internacionales de derechos humanos como fuentes normativas y a la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH. Por ello, prescindimos aquí de la extensa fundamentación sobre la existencia del derecho a la identidad cultural en abstracto, aunque sabemos que en un desarrollo integral de esta categoría es imprescindible¹⁶. De igual forma, prescindimos de varios debates importantes sobre los alcances de este derecho y su dimensión colectiva¹⁷, así como de las diversas comprensiones del concepto mismo de cultura¹⁸.

¹⁵ FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019. p. 51-78. Dicho trabajo, a su vez, recoge elementos de las definiciones de: DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. p. 48-49; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006; FOrNET BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural: sobre el concepto de identidad*. Concordia: Reihe Monographien Band 49, 2009. p. 47-54. Una definición del derecho fundamental a la identidad particular respecto de los pueblos indígenas en específico. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

¹⁶ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

¹⁷ DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014. DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014; ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012; RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

¹⁸ Sobre las críticas al concepto de cultura. v CLAROS, Luis; VI-

2.1 Conformación del derecho humano a la identidad cultural desde sus fuentes en el Derecho Internacional de los derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22) y que “tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad” (art. 27.1). En particular, la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001 define cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 1 dispone que en virtud del derecho a la libre determinación los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Luego, en armonía con los instrumentos precedentes, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prescribe que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este artículo, en su génesis no fue ideado para la protección de grupos, sin embargo hoy se admite ampliamente como fuente del derecho a la identidad cultural y que comprende la protección de minorías¹⁹. En

AÑA, Jorge. La interculturalidad como lucha contrahegemónica. Fundamentos no relativistas para una crítica de la de la cultura. In: VIANA, Jorge *et al.* *Interculturalidad crítica y descolonización: fundamentos para el debate*. La Paz: Convenio Andrés Bello, 2009. p. 117-118. FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia*. Curitiba: Appris, 2020. FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabien. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020.

¹⁹ ANDRADE, María. *Derechos de minorías nacionales y de pueblos indígenas: comparación entre los gitanos en España y los Mapuche en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019. p. 87-88.

particular, también se ha sostenido que integra el *corpus iuris* de humanos derechos de los pueblos indígenas²⁰, en armonía con el Convenio N°169 de la OIT (Cv. 169 o Convenio N°169) y con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), que revisaremos.

En particular, también encontramos otros instrumentos que consideran en específico la protección de derechos culturales y la identidad cultural, tales como: la **Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, Convención de Paris (2003)**, la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992), la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001) y la **Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003)**.²¹

Las fuentes generales de Derecho Internacional precedentes pueden conformar un primer nivel normativo, común, americano y europeo, en torno al derecho humano a la identidad cultural²². Pero dichas fuentes requieren ser articuladas con los instrumentos regionales que dan aplicación a estos mandatos, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y otros instrumentos especializados. En el marco europeo encontramos el Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad (Convenio Faro, 2005) y el Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995 (FCNM). El último, ampara el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a “mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural” (art. 5).

²⁰ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

²¹ Un desarrollo más extenso de estas fuentes. DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190.

²² DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

Dentro de los documentos especializados sobre pueblos indígenas encontramos el Convenio N°169 de la OIT, que contempla que los gobiernos “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respecto a su integridad” (art. 2.1); lo que incluye medidas que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.2). El Convenio también establece que los pueblos indígenas son titulares del derecho de “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural” (art. 7.1). Por su parte, la DNUDPI recoge y protege diversas expresiones y alcances del derecho humano a la identidad cultural (arts. 2, 9, 11, 25, 31 y 33). Y finalmente, la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (DADPI), que reconoce un amplio conjunto de derechos vinculados a la identidad cultural, entre otros, señala que los pueblos indígenas, colectivamente, “tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible” (art. 13).

De esta forma, sintetizando las fuentes internacionales referidas, en relación a un posible derecho común euro-americano que proteja la identidad cultural, provisoriamente, desde ya, podemos establecer algunas cuestiones centrales. En primer lugar, los instrumentos universales, como la DUDH, el PDCP y el PIDEDEC, no contemplan expresamente el DFICPI. No obstante, sí es posible justificar la existencia del derecho humano a la identidad cultural desde dichos instrumentos internacionales generales, los cuales amparan a diversos grupos vulnerables y minorías²³. Tal esfuerzo lo visualizamos

²³ RUSSO, Anna; WENCES, Isabel. 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 de Derechos Humanos. In: WENCES, Isabel; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La América de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016; FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

en la jurisprudencia de la Corte IDH y en alguna medida también en la del TEDH.

Entonces, el primer nivel de reconocimiento abarca, genéricamente, derechos culturales minorías, nacionales, étnicas y religiosas u otros grupos vulnerables.

En un segundo plano normativo, las diversas fuentes generales, referentes a derechos de minorías o que amparan derechos culturales, deben articularse con los tratados base de los sistemas regionales de derechos humanos. En Europa, el CEDH con instrumentos especializados, como el FCNM y el Convenio Faro; o bien, la CADH con la DADPI en América.

Además -como veremos-, para el ámbito interamericano, el derecho a la identidad cultural logra concreción, en un tercer plano más específico, en que se articula el derecho reconocido en las fuentes generales y regionales con otros instrumentos que amparan en particular a los pueblos indígenas y afrodescendientes. De esta forma, se vincula la justificación del derecho a la identidad cultural con otras fuentes más específicas, como el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI. Sin embargo, **el Convenio 169 de la OIT (de alcance general y vinculante para los 22 estados que lo han ratificado, en su mayoría de América Latina²⁴) tampoco contempla expresamente el derecho a la identidad cultural. Mientras, la DNUDPI, que sí contiene un reconocimiento expreso del derecho a la identidad cultural, no es vinculante.**

En consecuencia, si bien es posible afirmar la existencia del derecho humano a la identidad cultural desde las fuentes de alcance general en el Derecho Internacional (universales, regionales), junto a las específicas para los pueblos indígenas u otras minorías nacionales, religiosas o culturales, en todos los casos, es imprescindible un esfuerzo hermenéutico por parte de las cortes regionales, de argumentación y articulación de las fuentes para identificar los titulares del derecho, la naturaleza de este y sus alcances específicos en cada respectivo contexto.

La labor interpretativa indicada, en el marco regional interamericano, ha sido desarrollada por la Corte IDH, a la luz de la CADH. Y, en el caso euro-

²⁴ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. Conforme el reporte actualizado de la OIT.

peo, la referida tarea hermenéutica la ha realizado el TEDH conforme la CEDH. Como veremos, ambas cortes internacionales de derechos humanos han reconocido el derecho humano a la identidad cultural, pero sus respectivas fundamentaciones, si bien no son opuestas, son disímiles y los alcances del amparo otorgado también ha sido diverso.

3 La jurisprudencia de la Corte IDH y el DFICPI²⁵

En este segundo capítulo revisamos un conjunto de precedentes destacados de la Corte IDH conforme los cuales ha ido configurando hermenéuticamente el derecho a la identidad cultural. Para ello, primero, es necesario señalar sintéticamente cuáles son los criterios hermenéuticos que sigue la Corte IDH. En segundo término, se estudian las decisiones en concreto que, a la luz de la perspectiva interpretativa indicada, ha resuelto las cuestiones sobre el derecho a la identidad cultural. Para ello, los casos son categorizados conforme los derechos que ha ido reconociendo y/o categorizando en la

²⁵ Aunque los trabajos que sintetizan la jurisprudencia interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas son muchos, solo hemos encontrado los siguientes que traten el derecho a la identidad cultural. AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. In: VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela. *La justicia constitucional e internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, MPI, IIDC, 2010. p. 3-84. p. 23, 33. ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336. p. 325-326; MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE democrático. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional: interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334. p. 323-326; RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006. Por su parte, Schettini rescata el concepto de derecho a la “vida digna” y la especial titularidad de sujetos de derechos colectivos de los pueblos indígenas, asociados a sus derechos territoriales y a los recursos naturales. SCETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR.*, v. 9, n. 17, dic. 2012. En el listado precedente no figuran nuestros trabajos en la materia que son referidos a lo largo de este estudio.

materia, los que se integran con las cuestiones de la interdependencia, del desarrollo progresivo de los DESC y la obligación de actuación diligente, formuladas por la Corte IDH. Tercero, se sintetiza el razonamiento de la Corte en estos casos.

3.1 La doctrina interpretativa de la Corte IDH

La base hermenéutica que usa la Corte IDH es el control de convencionalidad²⁶. Se trata de una categoría elaborada por la Corte IDH para exigir el cumplimiento de sus decisiones a los estados parte del SIDH²⁷. En general, bajo la idea del control de convencionalidad se plantea el imperativo de adecuación de la normativa doméstica a la CADH, en particular, de los derechos reconocidos o desarrollados evolutivamente por la Corte IDH, que permean los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y sus constituciones²⁸.

²⁶ HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017; MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. Control de convencionalidad: un panorama Latino-Americano Brasil/Argentina/Chile/México/Perú/Uruguay. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013; VARELLA, Marcelo; MONEBHURRUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 47-209.; FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenéutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015.

²⁷ Como *leading case* v. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 26 septiembre de 2006.

²⁸ En doctrina se plantean diversas propuestas y conceptos para la sistematización y comprensión de este control e interacción. “Bloque de constitucionalidad”. NOGUEIRA, Humberto. *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014. “El Estado abierto” o la “estatalidad abierta”. MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299. “*Ius Constitutionale Commune Americano*”. VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: Textos básicos para su comprensión. Querétaro (México): Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017; VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela (coords.). *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, 2013; MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. *Constitucionalis-*

La Corte IDH postula una perspectiva robusta del control de convencionalidad y el cumplimiento de la CADH. Al respecto, se ha sostenido que el control ejercido por la Corte opera como “una concepción unitaria de las instancias normativas internacionales y nacionales de derechos humanos que dan un contenido material a principios constitucionales e internacionales respecto de estos derechos para resolver los casos en el fuero nacional”²⁹. Conjuntamente, la Corte IDH, realiza una “interpretación evolutiva” de los derechos humanos³⁰ que tiene como directriz el principio *pro homine* o “pro-persona”. En general, puede afirmarse, a lo menos, que este enfoque opera desde un consenso mínimo de que los derechos humanos constituyen un límite para los estados, lo que configura una interacción de diversos alcances entre las cortes internacionales de derechos humanos y las nacionales³¹.

mo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini *et al.* *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339; MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

²⁹ NASH, Claudio. La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales. 2008. 357 pp. Tesis de doctorado. Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2008. pp. 73, 245-246.

³⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

³¹ En doctrina las visiones sobre la intensidad de dicho control son muy diversas: para algunos no existe un control propiamente tal que alcance el derecho interno, más allá de la responsabilidad internacional en el plano internacional. VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112, 2015. Para otros, se trata de un control fuerte que se equipara al control de constitucionalidad, BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35; LEGALE, Siddharta. La constitución interamericana: los 50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 46., 2019, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: CJI, 2019. p. 121-169. p. 121-169. También encontramos proposiciones que sostienen la idea más armónica de un diálogo entre cortes nacionales y e internacionales: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ,

Bajo la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH se instala como un tribunal que ha procurado elevar los estándares de derechos humanos en los estados miembros de la OEA, lo que ha sido particularmente *intenso* en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

3.2 Los precedentes de la Corte IDH en torno al derecho a la identidad cultural

Si bien encontramos precedentes de Corte IDH sobre el derecho a la identidad cultural desde la década de 1990, para los fines de este trabajo presentamos algunos casos relevantes en relación a este derecho, particularmente desde 2001 en adelante cuando la Corte Interamericana asume un reconocimiento explícito de los derechos de los pueblos indígenas bajo el amparo de la CADH.³²

La Corte IDH sostiene que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva cuya titularidad corresponde a las comunidades y pueblos indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática³³. Así, afirma el núcleo normativo del derecho que, concretamente, se materializa en el amparo de las formas de vida de estos pueblos, su lengua, mecanismos de resolución de conflictos, religión, formas de organización y toma de decisión, la relación con sus tierras, territorios, recursos naturales y *habitat*, entre otros aspectos. Al mismo tiempo, el derecho a la identidad cultural se despliega de forma interdependiente³⁴ con otros derechos humanos

Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174; PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.

³² Para una revisión detallada de toda esta jurisprudencia. FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144.

³³ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012.

³⁴ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

que se vinculan a tales dimensiones, materiales e intangibles, como el derecho a la vida en sentido colectivo, a la igualdad, a la libertad religiosa, a la participación, a la propiedad y al goce efectivo, en sí, de tales derechos.

3.2.1 El derecho de propiedad y los derechos territoriales de los pueblos indígenas como base de la identidad cultural (artículo 21 CADH)

a) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua (2001)³⁵:

En el Caso de la “Comunidad Magna (Sumo) Awas Tigni” (2001)³⁶ las comunidades Miskita de la Costa Atlántica de Nicaragua demandaron la vulneración de sus derechos territoriales, reconocidos por las leyes domésticas, a partir de la falta de demarcación de su territorio y su afectación concreta por el otorgamiento de diversas concesiones de explotación sobre los mismos espacios.

En el caso dijo la Corte que:

[...] 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 [...]. (párr. 148).

[...] entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. (párr. 149).

Así, esta sentencia de la Corte IDH constituye un *leading case* para el reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas en el SIDH. La decisión, a partir de la interpretación evolutiva del derecho de propiedad (art. 21 CADH), como inclusivo de la pro-

³⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

³⁶ Corte IDH. *Caso de la Comunidad (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua* (fondo, reparaciones, costas), 31 agosto 2001.

iedad comunal de los pueblos indígenas, ampara dicha propiedad como la base material indispensable para el ejercicio del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

3.2.2 El derecho a la identidad cultural en interdependencia con los derechos de propiedad y a la vida en sentido amplio

a) Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005)³⁷, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay (2006)³⁸ y el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)³⁹:

En estos casos, la CIDH alegó ante la Corte IDH que las comunidades indígenas Yakye Axa (2005), Sawhoyamaxa (2006), ambas del Pueblo Enxet-Lengua y la comunidad Xákmok Kásek (2010) y sus respectivos miembros, vieron afectado su derecho de propiedad ya que el Estado de Paraguay no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de dichas comunidades. Se denunció que, pese a que en cada caso se encontraba su solicitud de reivindicación territorial en tramitación (desde 1993, 1991 y 1990, respectivamente), tales solicitudes no habían sido resueltas satisfactoriamente. Ello generó la imposibilidad a estas comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, lo que los mantenía en estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, amenazando de forma continua su supervivencia e integridad.⁴⁰

En el caso de la Comunidad *Yakye Axa vs. Paraguay* dijo la Corte:

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta [...] la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras. (párr... 124).

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo [que se

³⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005 (fondo, reparaciones, costas), p. 55.

³⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

³⁹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005 (fondo, reparaciones, costas), párr.2.

conforma] a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran [...] porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. (cons. 135).

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. 147.”⁴¹.

La Corte dejó planteado que puede resultar necesaria una restricción al derecho a la propiedad privada de particulares “para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana” (cons. 148.b).

En el Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* observó que dada “la significación especial” que tiene la tierra para los pueblos indígenas, “toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (cons. 222). Agregó en el Caso de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) que:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. ⁴² (cons. 174.).

[...] cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. ⁴³ (cons. 175).

En relación con el amplio significado de la conexión con la tierra de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, dijo la Corte IDH en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (2006) que para los pueblos indígenas la tierra tiene una “significación especial”, por lo que “toda denegación al goce o ejerci-

cio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (cons. 222).

La Corte IDH observó que los miembros de la Comunidad *Xákmok Kásek* sufrieron diversas afectaciones a su identidad cultural que se produjeron fundamentalmente por la pérdida de su territorio y de los recursos naturales que ahí se encuentran (arts. 1.1 y 21.1 de la CADH). Declaró también que dichas

Afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente ‘productiva’ de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas. (cons. 182.)⁴⁴

En el sentido anterior, agregó en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010) que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo”, que se encuentra en estrecha relación con sus tierras y recursos naturales, las que “constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (cons. 174.).

De esta forma, la Corte afirma una concepción del derecho a la vida, en sentido amplio, colectivo, que asegura el derecho a la sobrevivencia de los pueblos indígenas y sus comunidades, considerando como supuesto de dicho derecho la protección de sus territorios y recursos naturales, en interconexión, por tanto, con su derecho a la identidad cultural.

3.2.3 La dimensión religiosa inmaterial o intangible del derecho a la identidad cultural (arts. 5, 8, 25, 24, 12, 21 y 1.1, 2, de la CADH)

a) Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, 2004:

La Corte conoció del caso presentado por la CIDH en nombre de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre de 268 personas ocurrida en 1982.

⁴¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay* (sentencia de interpretación), 15 noviembre 2007, párr. 147.

⁴² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 24 agosto 2010.

⁴³ Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010, parr. 171,172, 174, 175, 176, 177, 179, 182 de ítem VI: Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la convención americana), pp. 44-46.

Las víctimas, en su mayoría eran miembros del Pueblo Indígena Maya de la aldea Plan de Sánchez del Municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz de Guatemala. Los autores fueron miembros del Ejército de Guatemala y colaboradores civiles actuando bajo la tutela del Ejército. Conjuntamente con las muertes (art. 4 CADH), se alegó la “denegación de justicia” y otros actos de intimidación y discriminación que afectaron a las víctimas, vulnerando sus derechos a la integridad personal, a la protección judicial y a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley, a la libertad de conciencia y religión, a la propiedad privada, todo, en relación con la obligación general de respetar los derechos (art. 1.1 CADH)⁴⁵. Dijo la Corte IDH:

[...] b) Se debe apreciar que las víctimas del presente caso no pudieron celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura. Asimismo, está comprobado que con la muerte de las mujeres y ancianos, transmisores orales de la cultura maya aquí, se produjo un vacío cultural [...]⁴⁶.

c) se deben tomar en cuenta los daños inmateriales ocasionados a los miembros de la comunidad Plan de Sánchez con motivo de la militarización de su aldea. Está probado que la estructura comunitaria tradicional de Plan de Sánchez fue sustituida por un sistema de control militarista y vertical [...]⁴⁷

De esta forma la Corte no solo destacó las muertes en sí como vulneración de la CADH, sino que destacó los efectos culturales, inmateriales, intangibles consecuencia o asociados a dichas muertes que constituyen una afectación de su derecho a la identidad cultural.

b) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname (2005):

Los clanes *N'djuka de Moiwana* se extendían en diez campamentos a lo largo de cuatro kilómetros de la carretera entre Paramaribo y Albina en la parte oriental de Suriname. El territorio tradicional de caza, agricultura y pesca de la comunidad abarcaba decenas de kilómetros hacia el bosque, a ambos lados de la referida carretera.

En 1986 una operación militar del ejército de Suriname atacó la aldea de la comunidad *N'djuka Maroon de Moiwana*. Los agentes del Estado y sus colaborado-

res mataron al menos a 39 miembros indefensos de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos, e hirieron a otros. Los soldados quemaron, destruyeron la propiedad de la comunidad y forzaron a los sobrevivientes a huir. Asimismo, se denunció ante la Corte que no hubo una investigación adecuada de la masacre, que nadie había sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecían desplazados de sus tierras; consecuentemente, que serían incapaces de retomar su estilo de vida tradicional⁴⁸. Dijo la Corte:

[...] la conexión de la comunidad N'djuka con su tierra tradicional reviste vital importancia espiritual, cultural y material...[que] para que se pueda preservar la identidad e integridad de la cultura, los miembros de la comunidad deben mantener una relación fluida y multidimensional con sus tierras ancestrales.

[...] los miembros de la comunidad Moiwana han sufrido emocional, psicológica, espiritual y económicamente, en forma tal que constituye una violación por parte del Estado del artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de aquéllos.⁴⁹

En esta oportunidad la Corte IDH avanzó en la vinculación normativa existente entre el derecho a la identidad cultural y la libertad de conciencia y religión, reafirmando la dimensión colectiva de la identidad cultural, en especial a partir del reconocimiento de un daño de carácter inmaterial o “daño espiritual”.

En su voto razonado el Juez Cañado Trindade especificó que:

[...] el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu*. (cons. 13);

[la memoria colectiva de este pueblo queda] debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos. (cons. 92)⁵⁰.

Así, se vinculan los daños inmateriales en estrecha relación con el derecho a la identidad cultural de las

⁴⁵ *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 noviembre de 2004. Cap. VIII, párr. 2.

⁴⁶ *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII, párr.87, letra b).

⁴⁷ *Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala* (reparaciones), 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII, párr.87, letra c).

⁴⁸ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 3, 86.15, 86.11.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 101-103

⁵⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, p. 122.

comunidades indígenas, valorando, por sobre la dimensión subjetiva individual, el daño espiritual cultural colectivo comunitario y la normatividad de las tradiciones territorializadas⁵¹.

c) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala (2010)⁵²:

El caso refiere a la desaparición forzada del dirigente político indígena maya *Kaqchikel* Florencio Chitay Nech, ocurrida a partir de su secuestro el 1 de abril de 1981 en la

Ciudad de Guatemala y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares.

El fallo destaca los efectos colectivos para la familia *Chitay Nech* originados en la desaparición forzada *Kaqchikel* Florencio Chitay. Dijo la Corte:

Este tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez, por su condición de indígena mayas... por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una pérdida cultural y espiritual.⁵³

[...] así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.⁵⁴

[...] el tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas.⁵⁵

La Corte destacó los graves efectos originados en la desaparición forzada del dirigente político indígena maya *Kaqchikel* Florencio Chitay y en el propio desplazamiento de los miembros de la comunidad, porque “el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también **significó una pérdida cultural y espiritual [...] una ruptura con su identidad cultural**” que afectó “su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral” generando un claro riesgo de extinción, cultural y físico.

3.2.4 El derecho a la identidad cultural como filtro hermenéutico, interdependencia y el deber de actuación diligente del Estado (arts. 1.1. y 2 CADH):

La Corte IDH en un conjunto de fallos desarrolla un enfoque que, más allá de las diversas categorías de derechos que fue reconociendo o ampliando, desde la interdependencia del derecho a la identidad cultural con los restantes derechos, establece un deber hermenéutico de protección efectiva que recae en los estados parte.

En el mismo caso *Yakye Axa* ya reseñado dijo la Corte que:

51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. 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.⁵⁶

Así, la Corte empieza a sostener que el derecho humano a la identidad cultural es un factor de interpretación transversal para el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas, que busca asegurar la efectiva protección del derecho, en un enfoque que venimos llamando *filtro hermenéutico*⁵⁷.

⁵¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005, párrs. 67-70, pp. 22-23.

⁵² Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo de 2010.

⁵³ Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo de 2010, párr. 145

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas), 25 mayo 2010, párr. 146. Según los representantes, los hermanos Chitay se vieron obligados a no utilizar el apellido de su padre e identificarse con el apellido de su madre, haciendo parecer su herencia cultural respecto de su linaje como personas autoidentificadas indígenas.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas) 25 mayo de 2010, párr. 147.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 17 junio 2005, párr. 51.

⁵⁷ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019; MEL-

En este sentido, el Estado, en todas sus acciones y en especial por medio del control judicial, tiene un *deber de diligencia*, que le impone interpretar y aplicar el derecho para asegurar a los pueblos indígenas que continúen viviendo su modo de vida tradicional⁵⁸. Así, el *filtro* del derecho fundamental a la identidad cultural determina, entre otros elementos, que: los derechos de los pueblos indígenas deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias; asegurando las tierras y territorios indígenas en que viven como imprescindibles para su existencia y para la preservación de su cultura -material e inmaterialmente-⁵⁹.

Hablamos de *filtro*⁶⁰, porque se trata de que el DFI-CPI *irradie* hacia las diversas categorías de derechos humanos que amparan los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito doméstico, promoviendo la comprensión de derechos, ampliando su entendimiento, dotando de contenido o delimitándolos. Se trata de una perspectiva de los derechos humanos de alcance constitucional, conforme la cual los derechos fundamentales y los valores constitucionales se expanden a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico positivo. En consecuencia, en esta interpretación, el derecho humano a la identidad cultural incluso alcanza el contenido de los dispositivos constitucionales que, a la luz de la labor ju-

risdiccional, *dialogan* con los derechos asegurados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

a) Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador” (2012)⁶¹:

En *Sarayaku vs. Ecuador* se denunció el otorgamiento por parte del Estado en la década de 1990 de un permiso a una empresa privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku (ubicado en la región amazónica del Ecuador), sin consulta previa y sin su consentimiento.

Se desarrollaron fases de exploración petrolera durante cuatro años que incluyeron la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena, con detonaciones que alcanzaron de 5° a 6° Righther. Estas y otras acciones crearon una situación de riesgo para la población, porque, durante los años de estas actividades, los integrantes de este pueblo se vieron impedidos de buscar medios de subsistencia y, todo ello, les habría limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. Todo ello, incluyó la alegación de falta de protección judicial y de observancia de las garantías judiciales.

Se sostuvo también que los actos de la empresa, al pretender legitimar sus actividades de exploración petrolera y justificar sus intervenciones en el territorio Sarayaku, dejaron de respetar las estructuras propias de autoridad y representatividad a lo interno y externo de las comunidades.⁶²

La Corte IDH destacó la relevancia de la conexión entre el territorio y los recursos naturales que usan tradicionalmente los pueblos indígenas “con su propia *supervivencia física y cultural*, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión”. Por ello, declaró la Corte el deber de amparo, conforme el 21 de la CADH, para garantizar que los pueblos indígenas “puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”. En particular, destacó esta obligación positiva se extendía a la interpretación de los restantes derechos:

LO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

⁵⁸ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

⁵⁹ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

⁶⁰ Seguimos en diversas medidas, los conceptos de “filtraje constitucional” y “*Filtragem Constitucional*”. SARMIENTO, Daniel. *Derechos Fundamentales e Relaciones Privadas*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2004. pp. 154-160. BARROSO, Luis. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: saraiva jur. 2019. pp. 517. BARROSO, Luis. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, 2001. Y del “efecto *irradiante*” de los derechos fundamentales. SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012.

⁶² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. I.4. p. 4.

[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática... vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos.⁶³

Así, en el caso *Sarayaku vs. Ecuador* la Corte afirmó un deber hermenéutico general que recae en el Estado, conforme el cual el derecho humano a la identidad cultural es un marco de “interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas” protegidos por la CADH y por los ordenamientos jurídicos domésticos de los estados parte del SIDH⁶⁴.

**Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patri-
cio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros
(Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena
Mapuche) respecto de la República de Chile
(2014)⁶⁵:**

Un conjunto de líderes y autoridades tradicionales del Pueblo Mapuche (Chile)⁶⁶ alegaron ante la Corte IDH la violación de los derechos asegurados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas. Se denunció la aplicación de la normativa penal para conductas terroristas “contraria al principio de legalidad”, con una tramitación que adoleció de “irregularidades que afectaron el debido proceso” y que, para condenar a integrantes de dicho Pueblo, tomaron “en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria” bajo “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”⁶⁷.

La Corte afirmó en este caso que los tribunales nacionales no consideraron la condición de las víctimas de miembros de un pueblo indígena ni su posición de autoridades tradicionales. Expresó la Corte:

204. [...] los pueblos indígenas [...] tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres”.

[no] se tuvo en cuenta en ninguno de los casos la condición de siete de las presuntas víctimas como miembros de un pueblo indígena y, en particular, la posición de autoridades tradicionales que ocupaban [...].

Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna 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. (Cons. 357).

Con ello, para la Corte, se vulneró el deber de los estados de considerar las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general, las cuales conforman su identidad cultural.

b) Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil (2018)⁶⁸:

Las comunidades del pueblo indígena *Xucuru* de Brasil denunciaron la violación de sus derechos territoriales como consecuencia de la demora de más de 16 años, entre 1989 y 2005, en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales; así como en el saneamiento total de dichas tierras y territorios, de manera que el referido pueblo indígena pudiera ejercer pacíficamente tal derecho.

Asimismo, en el caso se alegó la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judi-

que se conocieron, inicialmente, en cuatro peticiones acumuladas ante la CIDH. Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014, I.1. pág. 4. En uno de los casos denunciados, el longko Pascual Pichun de Temulemu, el longko Aniceto Norín de Didaico y Patricia Troncoso (integrante no indígena del movimiento) fueron condenados en 2003 a 5 años y un día de presidio por los delitos de “amenaza terrorista”. En cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH la Corte Suprema chilena ordenó dejar sin efecto las condenas de 2004 v. Corte Suprema (Chile), AD 1386-201416, 11 mayo 2019.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018.

⁶³ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012, p.66, parr. 213.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012. p.66, parr. 213.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), 29 mayo 2014.

⁶⁶ Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles (no indígena, activa participante de acciones reivindicativas) y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe.

⁶⁷ Se trató de un conjunto de enjuiciamientos penales diferentes

cial, como consecuencia del incumplimiento del plazo razonable en el proceso administrativo respectivo, así como la demora en resolver acciones civiles iniciadas por personas no indígenas con relación a parte de las tierras y territorios ancestrales del pueblo indígena *Xucuru*. Así, se sostuvo que se había vulnerado el derecho a la propiedad, el derecho a la integridad personal, a las garantías y protección judiciales, previstos en los artículos 21, 5, 8 y 25 la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.⁶⁹

En su decisión la Corte Interamericana destacó la obligación de actuación positiva (*diligente*) por parte del Estado en favor de los pueblos indígenas, en el sentido del deber de garantizarles, *mediante medidas efectivas*, el derecho “a continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”⁷⁰.

De esta forma, a partir de las decisiones revisadas, podemos evidenciar que, para la Corte IDH, el derecho humano a la identidad cultural constituye una categoría amplia que engloba o está en la base de un conjunto de otros derechos⁷¹ y orienta la interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, el Estado tiene un *deber de actuación diligente* en los respectivos ordenamientos domésticos, debiendo garantizar que los indígenas vivan de acuerdo con su identidad cultural, como presupuesto de su propia sobrevivencia.

c) Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas)⁷²:

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018, i.1. p. 4.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018. párr. 188.

⁷¹ En este sentido se señala que es un “derecho matriz”. Faundes, 2019; Ramírez, 2020; Faundes, Ramírez, 2020. También que es un “derecho síntesis”. RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006. p. 46; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190. p. 83.

⁷² Se trata de un caso complejo en que la Corte IDH reconoció que la CADH ampara los derechos humanos a un medio ambiente sano, al agua y a la alimentación adecuada, como comprendidos por el artículo 26 de la CADH. Así, el Estado está obligado a adoptar medidas progresivas para la protección de los DESC. Todo ello, en

Las Comunidades de los pueblos indígenas *Wichi* (*Mataco*), *Iyjwaja* (*Chorote*), *Komlek* (*Toba*), *Ninackle* (*Chulipi*) y *Tapy'y* (*Tapiete*) de la “Asociación *Lhaka Honhat*” que habitan al sur del río Pilcomayo, en el Chaco semi árido de la Provincia de Salta, Argentina. alegaron: (i) que se vieron afectadas por la construcción del Puente Internacional sobre el Río Pilcomayo y un conjunto de otras vías y edificaciones instalados en su territorio desde la década de 1960, (ii) asimismo, que en los últimos 60 años sufrieron la interferencia en su territorio y en su forma de vida por las acciones de agricultores criollos y sus animales con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia. Dijo la Corte en este caso:

Que el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura guarda relación con los modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de los recursos de los miembros de comunidades indígenas;

Que el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas;

Que el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios [resulta] fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural⁷³.

En relación a la “interdependencia” del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas con los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, señaló la Corte:

243. Los derechos antes referidos presentan una estrecha vinculación, de modo que algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros.

244. Esta Corte... ha destacado la “estrecha” relación o “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que ‘la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos’.

interdependencia con el derecho a la identidad cultural, como integrante del derecho a la vida cultural, a la propiedad indígena comunal y a la participación -consulta- (arts. 21, 4, 24 CADH), entre otros derechos, conforme la obligación de garantía efectiva (artículos 1.1 y 2. CADH). Para el estudio de esta decisión. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

⁷³ Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 6 febrero de 2020, párr. 284.

Agregó la Corte que ciertos grupos, como las comunidades indígenas, son especialmente vulnerables al daño ambiental. Por ello, los Estados tienen la obligación internacional de otorgar una protección que esté conforme con el principio de la igualdad y no discriminación⁷⁴. Dijo:

247. Respecto a los pueblos indígenas en particular, debe señalarse que el Convenio 169, en sus artículos 4.1, 7.1, 15.1 y 23, establece, respectivamente, la obligación estatal de ‘adoptar [...] las medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] las culturas y el medio ambiente de los pueblos’ [indígenas o tribales].

287. Es evidente [...] que el Estado ha adoptado distintas acciones [...] No obstante, las mismas no han sido efectivas para detener las actividades lesivas [...]

288. En el presente caso, la falta de efectividad de las acciones estatales se enmarca, además, en una situación en la que el Estado no ha garantizado a las comunidades indígenas la posibilidad de determinar, libremente o mediante consultas adecuadas, las actividades sobre su territorio.

289. Por lo dicho, la Corte determina que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del presente caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

En consecuencia, sobre el deber de actuación diligente, en la sentencia del caso *Lhaka Honhat* de 2020, la Corte consideró que el contenido del derecho a un medio ambiente sano, como parte del artículo 26 de la CADH, impone a los estados el deber genérico de respetar y garantizar, establecido en sus artículos 1.1 y 2. Como regla general, la obligación de garantía implica el deber positivo de adoptar medidas jurídicas, políticas o administrativas para proteger los derechos humanos y de establecer procedimientos judiciales y/o administrativos para investigar y sancionar eventuales violaciones, sea por el Estado o privados. Dichas medidas deben además ser “eficaces”.

⁷⁴ Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 6 febrero de 2020, párr. 209.

3.3 Los titulares del derecho humano a la identidad cultural para la Corte IDH

La jurisprudencia de la Corte IDH progresivamente ha ido afirmando cada vez una visión más amplia de la titularidad del derecho a la identidad cultural. En el caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) la Corte dijo que el derecho a la identidad cultural es un derecho de pueblos, comunidades y sus miembros⁷⁵. En un conjunto de casos contra Surinam y Honduras la Corte IDH reconoció bajo el mismo estatus de los pueblos indígenas a diversos pueblos o grupos tribales afrodescendientes⁷⁶. Y, recientemente, afirmó su comprensión completa sobre la titularidad de este derecho en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020). Dijo la Corte:

[...] el derecho a “participar en la vida cultural” en un aspecto específico... es el derecho a la “identidad cultural”... Este Tribunal ha dicho que la “identidad cultural” es un “derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática” ... El derecho a la identidad cultural es atinente a pueblos indígenas, pero no solo a ellos: presenta una estrecha relación con el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural” y con el derecho de integrantes de grupos considerados “minorías” a “tener su propia vida cultural”, conforme, respectivamente, los artículos 15 y 27 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos..., *del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [...]⁷⁷.

Así, para la Corte IDH, el derecho humano a la identidad cultural es un derecho que corresponde a todas las personas y grupos, en particular, a pueblos indígenas,

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (fondo y reparaciones), 12 junio 2012, p.66, párr. 213.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (reparaciones y costas), 10 septiembre de 1993. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moimana vs. Suriname* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 15 junio de 2005. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 28 noviembre de 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 8 octubre de 2015.

⁷⁷ Corte IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, 6 febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), Nota 232, párr. 230, pp. 81-82. Para el análisis detallado de este caso. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y sus respectivos miembros.

3.4 Síntesis del razonamiento de la Corte IDH en relación al derecho humano a la identidad cultural

A la luz de las decisiones revisadas, identificamos los siguientes aspectos centrales que viene sosteniendo la jurisprudencia de la Corte IDH:

- Se trata de un derecho de toda persona, grupos y minorías, a vivir conforme su cultura.
- Los pueblos indígenas, sus comunidades y otros grupos minoritarios, son titulares del derecho a la identidad cultural en su dimensión colectiva; y sus respectivos integrantes gozan individualmente de este derecho en relación a su grupo;
- El derecho a la identidad cultural es un derecho que tiene una base religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada a las tierras, territorios y recursos naturales -el *habitat*- en que habitan estos pueblos;
- Este derecho se enlaza con el derecho a la vida, en sentido amplio, en la dimensión colectiva de la sobrevivencia de los pueblos indígenas⁷⁸; asociado a los derechos territoriales y a los recursos naturales- al *habitat*-, como condiciones indispensables para la sobrevivencia de los pueblos indígenas y presupuesto del estatus democrático de las sociedades latinoamericanas.
- El derecho humano a la identidad cultural es un derecho interdependiente de un conjunto de otros derechos fundamentales contenidos en el texto de la CADH de que gozan los pueblos in-

dígenas: derecho a la vida, en sentido amplio (art. 4, art. 21 CADH); derecho a la integridad personal y a la salud (art. 5 CADH y art. 10 del Protocolo de San Salvador sobre Derecho a la Salud); la protección de la honra, dignidad y protección de la familia (art.11 y 17 CADH); la libertad de conciencia y religión (art. 12 CADH); la libertad de pensamiento y expresión (art. 13 CADH); el derecho de reunión, libertad de asociación y derechos políticos (arts. 15, 16, 23 CADH); el derecho al nombre (art. 18 CADH); y el derecho a la propiedad privada (art. 21 CADH).⁷⁹

- El derecho humano a la identidad cultural contiene un mandato de actuación diligente por parte del estado que considera, a lo menos, dos aspectos:
 - i. Debe adoptar las medidas efectivas que aseguren el derecho a la identidad cultural, considerando su relevancia como fundamento de los restantes derechos de los pueblos indígenas, lo que se concreta en las diversas políticas públicas dirigidas a estos pueblos, sus comunidades y miembros.
 - ii. Tiene -en el marco judicial- el deber de interpretar y aplicar el derecho a la identidad cultural de forma interdependiente de los restantes derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, los cuales deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias y culturas⁸⁰.

⁷⁸ Votos particulares Juez Cançado Trindade: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moivana*, voto particular, parr. 78; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sanboyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006, voto particular, pp. 126-128. En el mismo sentido, sobre el derecho a la vida digna en la jurisprudencia de la Corte IDH. SCHETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR*, v. 9, n. 17, dic. 2012. p. 69-72; CALDERÓN, Juan. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.). *Construcción de un ius constitucionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, Corte IDH, 2016. p. 331-389. p. 341-344.

⁷⁹ Voto particular Juez A. Abreu Burelli: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sanboyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), 29 marzo 2006, voto parcialmente disidente, párrs. 20-34.

⁸⁰ Cavallazzi, Mello y Soares, describen los alcances de la hermenéutica del derecho a la identidad cultural, señalando que “la gramática de las culturas indígenas envuelve una vivencia de experiencias en planos de significados y creencias que se desplazan entre formas metafísicas, explicaciones, causales, métodos de evaluación y estilos culturales radicalmente diferentes de los accidentales. Todo ello, determina diferencias entre las categorías de reflexión y análisis, entre los sistemas de significantes y las especies de conocimientos que serán producidos. La comprensión de esas diferencias constituye, también, un marco esencial para la comprensión del sentido de las violaciones a los derechos de los pueblos indígenas”. CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018. p. 187. Traducción en: FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Dere-

4 Jurisprudencia del TEDH, fuentes y razonamiento en sus decisiones sobre cuestiones de identidad cultural

En este capítulo, primero, mostramos brevemente cuál es la doctrina del TEDH en materia hermenéutica que incide directamente en su ponderación de los casos vinculados a los derechos culturales. Segundo, realizamos una selección de decisiones destacadas del TEDH que nos permiten mostrar la conformación del derecho a la identidad cultural en la jurisprudencia de este tribunal a la luz de los artículos 8, 9, 10, 11 y 14 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo N°1, según se desprende, precisamente, del razonamiento del Tribunal en estos casos⁸¹. Para efectos descriptivos los casos son categorizados conforme los derechos que tuvo en mayor consideración el TEDH en cada caso. Tercero, sintetizamos los razonamientos seguidos por el Tribunal en estos casos.

4.1 La doctrina interpretativa del TEDH

El TEDH, mediante la doctrina del margen de apreciación nacional ha entregado a los tribunales nacionales del Consejo de Europa la decisión principal de los casos en que se ventilan cuestiones referentes a derechos culturales⁸². Ello ocurre porque las materias donde no se ha

conformado o no se logra definir nítidamente un “consenso europeo democrático” son cedidas al “margen de apreciación nacional” sobre la base la “subsidiariedad” de la jurisdicción del TEDH. Existe así una deferencia del Tribunal hacia las garantías nacionales. Como dice García Roca, se trata de un “principio de subsidiariedad que se manifiesta en ese margen y es una de sus consecuencias, pero cuyos contenidos son más amplios y su filosofía inspira todo el sistema del Convenio”⁸³. Al efecto, aunque la doctrina del margen no está considerada expresamente en las disposiciones del CEDH, -siguiendo a García Roca y Fernández Sánchez- “es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, inherente a una protección internacional, como la que ofrece el Convenio, que debe producirse después de la interna y en defecto de la misma”⁸⁴.

En este sentido, precisamente, la cuestión de los derechos culturales, en general, se ha enmarcado en la revisión de “*la necesidad de la medida* en una sociedad democrática”, conforme al apartado 2° de los artículos 8 a 11 del CEDH, como parte del juicio de proporcionalidad que hace el TEDH. Como explica García Roca, se ha establecido un límite estructural, que autoriza no entrar a revisar, en ciertos casos, la afectación del derecho; o que permite hacer solo un simple escrutinio inicial, con el objeto de resolver si el fin de la restricción es legítimo, si la medida y la regulación son necesarias para las autoridades nacionales y si todo ello resulta razonable para la Corte⁸⁵. Entonces, el margen de apreciación nacional puede ser esgrimido -y se esgrime- para “limitar

chos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “*Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)*”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

⁸¹ Para el estudio de la jurisprudencia del TEDH. PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017. p. 395-429. ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 199-408. BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁸² Sobre margen de apreciación. GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53; GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010; LEGG, Andrew. *Marginal of appreciation of international human right law*.

deference and proportionality. Oxford: Scolard Editors, 2012; BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁸³ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 93.

⁸⁴ GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 23-24.

⁸⁵ GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53. p. 23; GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 92.

el alcance del control europeo” y con ello para impedir o acotar el avance “en el desarrollo de categorías que, por una parte, no se encuentran expresamente contenidas en el CEDH y, por otra, en que existen diferencias de entendimiento dentro del Consejo de Europa⁸⁶. Ese, parece ser el caso del derecho a la identidad cultural.

4.2 Los precedentes del TEDH en torno a los derechos culturales

4.2.1 Derecho a la vida privada e intimidad familiar (art. 8 CEDH)

a) Caso Chapman c. Reino Unido (2001)⁸⁷:

La denunciante del caso, una mujer gitana (romani), impugnó ante el TEDH la negativa administrativa a concederle un permiso de planificación para establecerse con su familia en una caravana dentro de su propia tierra. Como consecuencia de la falta de permiso indicado, finalmente fue desalojada.

En su fallo, el TEDH sostuvo que la actuación del Reino Unido no constituía una violación del CEDH. Paradójicamente, en la misma decisión, el Tribunal reconoció que el Convenio debe ser interpretado a la luz de normas internacionales emergentes sobre protección de las minorías, en particular el FCNM. Al efecto, para justificar su negativa -habiendo reconocido los derechos afectados-, al revisar los hechos del caso, limitó el impacto práctico de este principio de protección de minorías, concediendo un amplio margen de apreciación al Estado⁸⁸. Señaló el TEDH:

[...] el Tribunal considera que la vida en una caravana es parte integrante de la identidad gitana de los demandantes y que las medidas de ejecución y ordenación constituyen una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar de éstos. No obstante, el Tribunal señala que las medidas estaban «previstas en la ley» y están destinadas a alcanzar un

fin legítimo, el de proteger los «derechos de otros» a través de la defensa del medio ambiente. Al tratarse de medidas adoptadas para alcanzar una finalidad legítima, el Tribunal considera que se debe otorgar a las autoridades nacionales un amplio margen de valoración, ya que son las más capacitadas para tomar decisiones en materia de ocupación de un lugar determinado [...]. (II.1)⁸⁹

Como muestra el párrafo citado, en el Caso *Chapman c. Reino Unido*, por una parte, el TEDH reconoce los derechos referentes a la identidad, lo que en abstracto constituye un gran avance en la protección que hace el Tribunal de los derechos de identidad de las minorías, en especial de su forma de vida amparada por el artículo 8 del CEDH. Pero, paralelamente, admitió un amplio margen de apreciación al Estado para decidir en el caso concreto, descartando, en consecuencia, la violación del referido artículo 8 de la CEDH, con lo que, en concreto, la protección “reconocida” perdió eficacia.

Desde el primer punto de vista (reconocimiento de los derechos de identidad de las minorías), el TEDH consideró que “la ocupación de sus caravanas por parte de los demandantes es una parte integral de su identidad étnica como gitanos, la cual refleja una larga tradición de esta minoría”⁹⁰. Sostuvo que las medidas adoptadas por el Reino Unido que limitan el estacionamiento de las caravanas gitanas “causan un impacto que afecta su capacidad para mantener su identidad como gitanos de acuerdo con su tradición”⁹¹. Agregó que existe un “emergente consenso internacional entre los países integrantes del Consejo de Europa” sobre la obligación de proteger la seguridad, identidad y estilo de vida de las minorías “para preservar una diversidad cultural de valor para la comunidad en su conjunto”⁹².

De esta forma, en el caso *Chapman c. Reino Unido* (2001) se sostuvo que existe un derecho a la identidad cultural, que considera el derecho a mantener la identidad de una minoría, a llevar su vida privada y familiar, de acuerdo con su propia tradición que se está contemplado dentro del artículo 8 de la CEDH, que garantiza

⁸⁶ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters, 2010. p. 91-93.

⁸⁷ TEDH, Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 de enero de 2001, [GS], N° 27238/95, TEDH 2001-I.

⁸⁸ Esta ambivalencia podría obedecer a que la decisión fue muy disputada dentro del mismo TEDH, con siete jueces disidentes para los cuales había una violación al CEDH y diecisiete que suscribió el voto de mayoría. RINGELHEIM, Julie. *Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle*. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

⁸⁹ Traducción propia: “In these circumstances, the Court finds that the measures pursued the legitimate aim of protecting the “rights of others” through preservation of the environment. It does not find it necessary to determine whether any other aims were involved”. TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parrs.. 80, 81, 82.

⁹⁰ TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 73.

⁹¹ TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 73.

⁹² TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95, ECHR 2001-I, parr. 93.

el derecho a la vida privada, a la vida familiar y a la vivienda⁹³.

Conforme con lo indicado y siguiendo a Elósegui, el TEDH planteó un argumento que contiene implícitamente la posibilidad de que existan normas con impacto de discriminación indirecta, lo que genera la obligación de los estados de establecer medidas afirmativas de protección. Ese sería, precisamente, el caso revisado de “la obligación de facilitar a los gitanos su modo de vida”, teniendo en cuenta sus necesidades conforme los modos de vida diversos”. Así, a la luz de esta lectura que el TEDH hace del artículo 8 del CEDH, -dice Elósegui- el derecho a la identidad cultural (entendido como “identidad étnica de un individuo”) es un elemento esencial de su vida privada que comprende: el derecho a preservar la identidad o la cultura de una minoría y de organizar la propia forma de vida conforme su identidad y tradiciones, generando las obligaciones correlativas de protección para el Estado; y el derecho a optar libremente por la propia identidad cultural o étnica⁹⁴.

Con todo, no puede dejar de advertirse que, al conceder un margen de apreciación nacional, el TEDH dejó el derecho reconocido desprovisto de la efectividad necesaria para amparar los mismos derechos culturales declarados⁹⁵.

4.2.2 Derechos lingüísticos, educativos (art. 2 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH)

En un conjunto de decisiones del TEDH se discutió la potestad de los estados de organizar sistemas de educación diferentes para escolarizar de forma separada a niños gitanos de otros niños no gitanos, en escuelas especiales (para niños con dificultades cognitivas). En general el Tribunal resolvió declarando la vulneración del artículo 14 de la CEDH, en relación con el artículo 2 del Protocolo N°1.

⁹³ ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 22, 230-235.

⁹⁴ ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 230-231.

⁹⁵ RINGELHEIM, Julie. Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 426-444.

a) Caso D.H. c. República Checa (2006)⁹⁶:

En el Caso *D.H. c. República Checa* los demandantes sostuvieron que la ubicación de los niños gitanos en escuelas especiales entre 1996 y 1999 constituía una práctica de “segregación y discriminación racial de facto”. Asimismo, los demandantes reclamaron que esta diferencia de trato no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable por lo que “constituía un trato degradante y les privaba del derecho a la instrucción” (11-20).

En una primera etapa, en Sala (7 febrero 2006), el Tribunal estimó no discriminatoria la escolarización en centros diferenciados para gitanos y no gitanos, al considerar que el elemento de división eran las dificultades de aprendizaje y no la raza o etnia. Pero en su revisión, la Gran Sala, el 13 de octubre de 2007, revirtió el fallo e indicó que sí se habían vulnerado los derechos a la instrucción o educación⁹⁷. El TEDH sostuvo que las discriminaciones “se manifestaban por la existencia de dos sistemas escolares autónomos para los miembros de diferentes grupos raciales, a saber las escuelas especiales para los Romaní y las escuelas primarias «ordinarias» para la población mayoritaria”. Señaló que podría calificarse como discriminatoria una política o una medida general que tuviera efectos perjudiciales desproporcionados para un grupo de personas. Consideró que esta forma de trato diferente, no resolvía una situación de desventaja social, sino que segregaba a estos niños respecto de la población mayoritaria, acentuando sus dificultades, sin una justificación objetiva, razonable, ni proporcional (207-208). Es más, enfatizó que la discriminación sustentada en el origen étnico de una persona “constituye una forma de discriminación racial” (176).

En esta sentencia vemos, primero, que el Tribunal no se limitó a constatar que se había vulnerado el artículo 14 del CEDH por discriminación. Sino que el Tribunal relevó la importancia de la diversidad cultural y el respeto de las culturas de los diferentes grupos, como valor democrático general, en relación a “la vulnerabilidad de los Roma/gitanos”. Dijo que dicha vulnerabi-

⁹⁶ TEDH. Caso *D.H. c. República Checa*, 7 febrero 2006, [GC], N°57325/00, ECHR 2007-IV. En el mismo sentido. TEDH. *Caso Sampanis y otros c. Grecia*, 5 junio de 2008, N° 32526/05.

⁹⁷ SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299.

lidad es la que exige a los gobiernos (y al TEDH en su control) una preocupación especial por las necesidades y el “modo de vida propio” -romaní en este caso-, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos (181)⁹⁸. Señaló el TEDH que las autoridades del Estado:

[...] tienen el deber de utilizar todos los medios a su disposición para combatir el racismo, fortaleciendo así la concepción que la democracia tiene de la sociedad, y percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza.

En el mismo sentido, destacó que:

[...] en la sociedad democrática de hoy basada en los principios de pluralismo y respeto hacia las diferentes culturas, no estaría objetivamente justificada ninguna diferencia de trato basado únicamente o en una medida determinante en el origen étnico de una persona [...]. (176).

Segundo, observamos cómo el TEDH afirmó que existía un consenso general, en el marco del Consejo de Europa, en torno a “reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida”. Además, que ello buscaba “preservar la diversidad cultural [lo] que es beneficioso para la sociedad en su conjunto” y no solo para proteger los intereses de las minorías en sí (181).

Dicha referencia a un consenso general europeo relativo a la necesidad de proteger a las minorías y grupos vulnerables, su identidad, cultura y modo de vida, siguió el reconocimiento genérico del asunto “Chapman vs. Reino Unido”⁹⁹. Además, para nosotros, marca un precedente que aporta a la conformación de un contenido común para el diálogo europeo americano en torno al derecho a la identidad cultural. Con todo, aunque en el caso concreto el TEDH estimó que la República Checa excedió el margen de apreciación nacional al evidenciarse la práctica general discriminatoria de enviar a los niños gitanos a escuelas especiales para niños con deficiencia mental, al mismo tiempo, en el pronunciamiento subsiste un amplio margen de apreciación nacional apli-

cable a las medidas para este tipo de casos (206).

Con posterioridad, en el Caso *Sampanis y otros c. Grecia* (2008)¹⁰⁰, el TEDH reiteró su posición definitiva del caso *DH c. República Checa* de 2006¹⁰¹.

4.2.3 La libertad de religión (art. 9 CEDH), la protección a la propiedad (art. 1 del Protocolo N°1) y la prohibición de discriminación de minorías (art. 14 CEDH)

a) Caso Muñoz Diaz c. España (2009)¹⁰²:

En el *Caso Muñoz Diaz contra España* se revisó la negativa a conceder pensión de viudez a una mujer de nacionalidad española, pero de origen gitano, que contrajo matrimonio romaní en el año 1971 por medio de una festividad ritual de origen tradicional, pero que no se casó bajo la normativa civil española aunque tuvo seis hijos con su marido. Dijo el TEDH¹⁰³:

46 [...] que los intereses patrimoniales de la demandante entran en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo n° 1 y del derecho al respeto de los bienes que garantiza, lo que basta para hacer aplicable el artículo 14 del Convenio.

A la luz del artículo 14 del CEDH, la decisión reiteró el criterio del TEDH sobre la igualdad y la no discriminación, señalando que “la discriminación consiste en tratar de manera diferente, excepto justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones similares” (47). También, en relación a las minorías, que la falta de diferenciación –sin “justificación objetiva y razonable”– de igual forma puede ser la causa de la discriminación (48)¹⁰⁴. Al efecto, estimó que el artículo 14 del CEDH otorga un cierto margen de apreciación nacional para formular distinciones de trato –razonables, proporcionales a los medios y fines empleados–, a la luz de los derechos de minorías, y que “la amplitud de este margen

¹⁰⁰ TEDH. Caso *Sampanis y otros c. Grecia*, 5 junio de 2008, N°32526/05.

¹⁰¹ SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299.

¹⁰² TEDH, *Muñoz Díaz con España*, 8 diciembre 2009, N°49151/07

¹⁰³ Usamos la traducción al español realizada por “*Los servicios del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado*”, Ministerio de Justicia España.

¹⁰⁴ Dentro de sus precedentes, precisamente el TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007 (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, que abordamos en este trabajo.

⁹⁸ Siguiendo el precedente de TEDH. Caso *Chapman c. Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS) N°27238/95, ECHR 2001-I, párr. 96; TEDH. *Connors contra Reino Unido*, 27 mayo de 2004. N°66746/01, párrs. 84,

⁹⁹ En la misma decisión el TEDH cita el caso Sobre determinados aspectos del régimen de la lengua de la educación en TEDH. *Ciudadanos Belgas contra Bélgica* (fondo), 23 julio de 1968, p. 34, párr. 10, serie A núm. 6. TEDH. Caso *Thlimmenos contra Grecia*, 6 abril 2000, (G.S.) N°34369/97, TEDH 2000-IV, párr. 44. TEDH. Caso *Stec y otros contra Reino Unido*, 12 abril 2006 (G.S.) N°65731/01, TEDH 2006 VI, párr. 51.

varía según las circunstancias, el ámbito y el contexto” (48).

En particular, para los efectos de sostener un trato diferenciado en favor de los Romaní, amparado en virtud del artículo 14 del CEDH, declaró el Tribunal que ha surgido “un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida” (especialmente conforme el Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías). Agregó que no solo se trata del “objetivo de proteger los intereses de las propias minorías sino también [se busca] preservar la diversidad cultural, lo que beneficia a la sociedad en su conjunto” (60). Y cita al efecto el caso *Chapman c. Reino Unido*¹⁰⁵, dando continuidad a su afirmación del reconocimiento general de la identidad cultural para las minorías y grupos vulnerables, sin perjuicio de conceder un margen de apreciación al Estado. Y, en la ponderación del caso en concreto, subrayó el TEDH la importancia de las creencias de la demandante como integrante de la comunidad gitana “que tiene sus propios valores asentados y arraigados en la sociedad española” (56). Adicionalmente afirmó que cuando la demandante se casó en 1971 “con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos”, en España sólo era posible contraer matrimonio conforme con el rito del derecho canónico de la Iglesia Católica. Por ello, exigirle casarse legalmente mediante el matrimonio civil vulneraba su derecho a la libertad religiosa (57).

El TEDH también estimó que la pertenencia a una minoría no exime a una persona de respetar las leyes que regulan el matrimonio, pero expreso que sí podían influir en la forma de aplicarlas. Agregó que la vulnerabilidad de la minoría gitana exige otorgar una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio, tanto en el campo de las normas, como en el de la toma de decisiones en el caso concreto (61).

Finalmente, hizo presente que, conforme al Convenio Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, los Estados parte “están obligados a tener debida cuenta, de las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales” (64). Y, en consecuencia, como se omitió “tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para valorar su buena fe” (64), consideró

¹⁰⁵ TEDH, Caso *Chapman contra Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS) N°27238/95, 93, ECHR 2001-I.

desproporcionado no reconocer, en este caso, el matrimonio gitano a efectos de pensión¹⁰⁶.

4.2.4 Los símbolos religiosos y el uso identitario de vestimentas: libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH) y la prohibición de discriminación (art. 14 CEDH)

a) Leyla Sahín con Turquía (2004)¹⁰⁷:

Leyla Sahín demandó a la República de Turquía (1998) por la prohibición de llevar el velo islámico en el recinto de la universidad en la que estudiaba, como violación de artículos 8, 9, 10 y 14 del CEDH. El TEDH consideró que toda la argumentación de la demanda redundaba en la violación de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, establecida en el artículo 9, por lo que solo se pronunció respecto de este derecho (117).

La demandante sostuvo que “su manera de vestir debe ser tratada como la observancia de una regla religiosa” (68). Al efecto, alegó que la restricción del uso del velo islámico y su expulsión de la Universidad de Estambul constituían “una injerencia manifiesta en su derecho a la libertad de manifestar su religión”.

Por su parte, dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la normativa nacional que sometió a restricciones de lugar y de forma el uso del velo islámico en las universidades “constituyó una injerencia en el ejercicio de la demandante del derecho a manifestar su religión”. Afirmó que conforme el artículo 9, “la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los cimientos de una «sociedad democrática»” conforme el CEDH (66). En particular, que es uno de los aspectos “más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida”; también es “un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”, porque, en esencia, se “se trata del pluralismo” (66).

Con todo, sostuvo el TEDH que en materia de uso de símbolos religiosos en los establecimientos de enseñanza impera, especialmente, un margen de apreciación nacional, porque la regulación “varía de un país a

¹⁰⁶ SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 299-300.

¹⁰⁷ TEDH, Caso *Leyla Sahín con Turquía*, 29 junio 2004, N°44774/1998.

otro en función de las tradiciones nacionales... y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la «protección de los derechos ajenos» y al «orden público» (102). Conforme este criterio, estimó que “es el principio de laicidad... la consideración primordial que ha motivado la prohibición del uso de distintivos religiosos en los universitarios” (110). Entonces, que en ese marco se enseñan y se aplican en particular “los valores del pluralismo, del respeto de los derechos ajenos y, en particular, la igualdad de los hombres y las mujeres ante la Ley”. Por ello que, bajo ese presupuesto, se podía comprender que las autoridades nacionales competentes estimaran “contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso, que las estudiantes se cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios” (110).

b) Lautsi y otros con Italia (2009)¹⁰⁸:

En este caso el TEDH conoció la denuncia de la violación, por parte de la República de Italia (2006), del artículo 2 del Protocolo N° 1, en relación con el artículo 9 del CEDH. La señora Soile Lautsi -demandante- sostuvo que la exposición de la cruz en la escuela pública a la que asistían sus hijos constituía “una injerencia incompatible con su derecho a asegurarles una educación y una enseñanza conformes a sus convicciones religiosas y filosóficas” (3), conforme con el artículo 2 del Protocolo N° 1 (27).

En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional (2005) afirmó que el crucifijo era símbolo de la identidad italiana”, de los principios de igualdad, de libertad, de tolerancia y de la laicidad del Estado (13). No obstante, el TEDH consideró que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo N°1 que señala que “El Estado... respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, persigue salvaguardar “un pluralismo educativo” que es esencial para “la preservación de una ‘sociedad democrática’”, en el sentido que lo entiende el CEDH. Por tanto, para el TEDH, el Estado tiene el deber “de abstenerse de imponer creencias, incluso indirectamente, en los lugares en los que las personas dependen de él o también en los lugares en los que son completamente vulnerables” (48). En razón de ello, señaló que: i) no ve la forma en que la exposición

en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo, que razonablemente se puede vincular a la religión mayoritaria en Italia, podría servir al pluralismo educativo (56); ii) que la exhibición obligatoria de un símbolo religioso confesional en el ámbito público, en las aulas escolares en particular, “restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones, así como el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer”; y iii) que estas restricciones son incompatibles con el deber estatal de neutralidad (58). Por tanto, declaró que Italia había vulnerado el artículo 2 del Protocolo N°1 y del artículo 9 del CEDH.

Podemos constatar cómo, desde la perspectiva de la competencia estatal, el TEDH restringió el margen de apreciación nacional que había sido más amplio en otros casos; y, desde el punto de vista de su propia visión en concreto del pluralismo, mantuvo su posición restrictiva sobre la ostentación de símbolos religiosos. Esto es, restringió los derechos de la mayoría, para proteger minorías religiosas, pero se basó en el principio de laicidad, como marco y valor preponderante del pluralismo democrático.

c) S.A.S. con Francia (2014)¹⁰⁹:

Una profesora de fe musulmana que utiliza la burqa y el niqab (con estas prendas cubre todo su cuerpo, excepto los ojos) en concordancia con su religión, cultura y convicciones, demandó a Francia. Sostuvo que, como consecuencia de la prohibición legal de (Ley de 11 de octubre de 2010) del uso de vestimenta religiosa para cubrir el rostro en público, se había vulnerado su derecho a manifestar libremente sus creencias y religión (artículo 9.1 del CEDH) en relación con su derecho a la vida privada (artículo 8.1 del CEDH) y la prohibición de discriminación (artículo 14 del CEDH).

Para poder resolver el caso, el TEDH se preguntó si la medida en sí era necesaria “en relación a la seguridad pública, de acuerdo a los artículos 8 y 9 del CEDH”. Al efecto, afirmó que la capacidad estatal de identificar a los individuos para prevenir peligros en la seguridad de las personas, para la propiedad y para combatir el fraude identitario, puede ser esencial. No obstante, dado que

¹⁰⁸ TEDH, *Lautsi y otros con Italia*, 3 noviembre de 2009, N°30814/06.

¹⁰⁹ TEDH, *S.A.S. versus Francia*, 1 julio 2014 (G.S.) N°43835/2011. Seguimos una Traducción libre, realizada por Alejandro Zúñiga Garrido, ayudante de cátedra del curso Protección de los Derechos Humanos, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco (2015). Por la misma razón no se citan los párrafos o páginas en particular.

la medida restringe los derechos de las mujeres que desean cubrir su rostro por motivos religiosos, considero que dicha medida podía ser proporcional “sólo en un contexto en el que exista una amenaza general para la seguridad pública”.

Luego, en el caso particular, afirmó el TEDH que las mujeres afectadas fueron “obligadas a retirar –por completo– un elemento propio de su identidad, que es considerado por ellas como importante, además de ser la manera por ellas elegidas de manifestar su religión o creencia”. Conjuntamente, consideró que la finalidad sostenida por Francia podría haber sido alcanzada mediante la mera obligación de exhibir el rostro frente a las circunstancias de riesgo señaladas. Así, el TEDH concluyó que la prohibición no pudo ser considerada como necesaria en una sociedad democrática en el sentido de los artículos 8 y 9 del CEDH.

No obstante, el TEDH debatió si con la prohibición de usar ropa para cubrir el rostro en lugares públicos, el Estado había restringido, en alguna medida, el pluralismo, ya que se había impedido a las mujeres afectadas “expresar su personalidad y sus creencias” en lugares públicos. En este aspecto, el Tribunal aceptó la justificación de la medida como respuesta estatal a una práctica “incompatible, en la sociedad francesa, con las reglas básicas de la comunicación social y más ampliamente con los requerimientos del ‘vivir juntos’”. En particular, para el TEDH Francia procuró proteger un principio que a su juicio “es tenido como esencial para la expresión, no sólo del pluralismo, sino también de tolerancia y amplitud de pensamiento, sin las cuales no hay sociedad democrática”.

De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que, más allá de que se haya afectado a las mujeres que decidieron usar vestimentas para cubrir integralmente sus rostros, dadas sus creencias religiosas, “la cuestión de si se debería o no permitir el uso en lugares públicos de velos que cubran por completo el rostro constituye una elección de la sociedad en general”. Es decir, que la adopción de esta medida restrictiva quedaba dentro del margen de apreciación nacional, bajo el cual el TEDH debe limitar su propio examen del cumplimiento del CEDH, en deferencia al Estado, para evitar intervenir en un “balance” que corresponde al “proceso democrático dentro de la sociedad en cuestión”. En este sentido para el TEDH, en este caso, Francia tenía un amplio margen de apreciación “en asuntos de

política general, en los que las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden –razonablemente– diferir en términos amplios”. Sumando a ello, dijo el Tribunal que “en Europa no existe un consenso en cuanto al uso en público del velo que cubre por completo el rostro”, lo que se demuestra con el amplio debate de esta cuestión en diversos estados del Consejo de Europa.

De esta forma, el TEDH resolvió que la medida de restricción puede considerarse “como proporcional al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones del ‘vivir juntos’ como un elemento de la ‘protección de los derechos y libertades de los demás’”. Luego, la limitación impugnada era “necesaria en una sociedad democrática”, conforme al artículo 8 y 9 del CEDH.

En resumen, TEDH afirmó que, aunque la prohibición de ocultar el rostro completo con el velo (burqa) ha tenido efectos negativos sobre un grupo o minoría, lo que podría constituir una discriminación, la medida ha sido justificada, objetiva y razonable, al tener un objetivo legítimo y gozar de una “razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el fin perseguido.

Con todo, finalmente, en este caso, aunque hubo una valoración positiva de la identidad religiosa (sustentada en un elemento cultural), ella cedió al ser ponderada frente a la necesidad democrática –nacional o mayoritaria– del “vivir juntos”. En consecuencia, la libertad religiosa y los otros derechos cuyo amparo se demandaron en el caso, quedaron supeditados a un amplio margen de apreciación nacional.

4.3 El razonamiento del TEDH en relación con los derechos culturales

Conforme con las decisiones estudiadas, podemos evidenciar que el TEDH, a la luz del CEDH, ha identificado diversos aspectos que permiten afirmar un derecho –a lo menos emergente– a la identidad cultural en el contexto del Consejo de Europa, principalmente, en relación con:

- Las formas de vida tradicional amparadas por el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH);
- El ejercicio de los derechos lingüísticos y educativos (art. 2 del Protocolo 1 del CEDH, en

relación al artículo 14 del CEDH)¹¹⁰.

- La libertad religiosa y el reconocimiento del matrimonio tradicional (Romaní) –para efectos patrimoniales (art. 9 del CEDH, en relación al art. 1 del Protocolo N°1 y al art. 14 del CEDH).
- El derecho al uso de vestimentas que cubren integralmente el rostro –*burqa* y el *gijab*– y otros símbolos religiosos, conforme la libertad de conciencia y religión (arts. 9 y 14 CEDH).¹¹¹

En las sentencias revisadas, podemos advertir, primero, que el TEDH ha reconocido derechos culturales, otorgando un grado importante de deferencia hacia los estados. La tendencia general en estas decisiones ha sido el predominio del margen de apreciación nacional para los casos de restricciones de derechos, cuando se disputan derechos de naturaleza cultural.

Por una parte, la protección efectiva de los derechos vinculados a la identidad cultural ha sido más bien excepcional, cuando el TEDH consideró que los estados realizaron un tratamiento discriminatorio contra grupos o minorías, en relación con la sociedad mayoritaria o con otros grupos. En esos casos, si bien entendió que los estados actuaban dentro del margen de autonomía o de apreciación nacional que se les reconoce en general, en concreto, consideró que existía una injerencia nacional vulneratoria del CEDH (lo que García Roca llama un “sobre margen”¹¹²). El Tribunal razonó que el trata-

miento nacional excedía discriminatoriamente el margen que tiene el Estado afectando las formas de vida, prácticas y o creencias religiosas y derechos educativos, entre otros aspectos, de grupos o minorías.

Por otra parte, en los casos en que se ampararon tales derechos, se realizó indirectamente por la vía del aseguramiento de otros derechos contenidos en el CEDH (Ejs.: arts. 8, 9, 14 CEDH, arts. 1 y 2 del Protocolo 1 del CEDH). Incluso, en varias de las decisiones revisadas, solo se afirmó el reconocimiento genérico de los derechos de base cultural en las consideraciones previas a la decisión, pero no como objeto de ella en particular¹¹³.

En segundo término, bajo el marco configurado y recién descrito, el reconocimiento de derechos de base cultural que ha operado de manera relativamente más clara ha sido mediante la aplicación del artículo 8 del CEDH, respecto de las formas tradicionales de vida familiar. Aunque, al mismo tiempo, ha evidenciado diferencias sociales y culturales relevantes entre los estados parte, lo que ha llevado al frecuente otorgamiento del margen de apreciación al Estado¹¹⁴. Por ejemplo, al tener que decidir considerando en concreto la concepción de familia, que tiene distintos alcances dentro de Europa, se ha liberado a los estados para no equiparar las relaciones basadas en un matrimonio formal con otras formas de convivencia permanente¹¹⁵.

Asimismo, el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) se ha relacionado con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 CEDH), que comprende “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos”. Sin embargo, en los respectivos numerales 2° del artículo 8 y del artículo 9 del CEDH,

¹¹⁰ En la mayor parte de los casos la interferencia en el ejercicio de los respectivos derechos de carácter cultural se sostuvo en relación a la prohibición de la discriminación de minorías (art. 14 CEDH).

¹¹¹ Aunque no los estudiamos en este artículo solo por una cuestión de extensión el TEDH También se ha pronunciado en relación con: i) el derecho personal a no declarar la religión (art. 9 CEDH); y el derecho de las minorías a manifestar su creencia o religión junto con otros -libertad de expresión- (art. 10 CEDH); y la prohibición de la discriminación (art. 14 CEDH); ii) El derecho a la participación política y la libertad de asociación, respecto del derecho a la conformación de agrupaciones religiosas y a reunirse con tales fines (art. 11 CEDH); en relación a la prohibición de la discriminación de minorías (art. 14 CEDH). TEDH. *Sinan Isik c. Turquía*, N° 21924/05, 2 febrero de 2010; TEDH, *Sidiropoulos y otros c. Grecia*, 10 de julio 1998 (Reports of judgments and decisions, ECHR 1998-IV); TEDH, *Gorzeliik y otros C. Polonia*, 17 febrero 2004, (G.S.) N°44158/98, parr. 92; TEDH, *Caso Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*, 2 octubre 2001, N° 29221/95 y N° 29225/95, ECHR 2001-IX. Los respectivos razonamientos de estas decisiones están en armonía con la tesis general sostenida en este trabajo. Sobre estos temas también. ELOSEGUI, María. El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. Tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013. pp. 235.

¹¹² GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la*

interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2010. p. 113.

¹¹³ Bajo lo que en doctrina se denomina “*over dictum*”. MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 125-126.

¹¹⁴ SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 287-288.

¹¹⁵ SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309. p. 287-288.

se habilita la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos en referencia (a la vida familiar y la libertad religiosa), cuando ocurre (i) por medio de la ley y (ii) constituye una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas y la protección de los derechos o las libertades de los demás¹¹⁶.

No obstante lo anterior, los fundamentos predominantes del TEDH han sido la “falta de consenso democrático europeo” sobre la protección de los derechos religioso-culturales y la “necesidad en una sociedad democrática” de imponer limitaciones al ejercicio del derecho a manifestar la propia religión o creencia (art. 9 N°2 CEDH). Ello resulta importante para nuestra revisión porque, si bien el TEDH afirma la existencia de derechos culturales, sustentados en el derecho a la vida familiar y en el amparo del libre ejercicio de creencias y religión –de acuerdo al mismo Convenio–, de forma clara, al mismo tiempo estima que existe falta de un consenso democrático europeo en la conformación de este derecho.

En consecuencia, la definición del contenido, límites y restricciones al derecho a la identidad cultural han quedado entregados, principalmente, a un amplio margen de apreciación nacional¹¹⁷.

Por último, en los respectivos casos en que sí amparó derechos de base cultural, el TEDH: (i) consideró que hubo vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación conforme el artículo 14 de la CEDH; (ii) en particular, destacó la **relevancia de la diversidad cultural y la valoración que debe tener la cultura y las formas de vida tradicionales de los diferentes grupos en una sociedad democrática.**

De esta forma, afirmó que las autoridades de los estados no solo deben combatir el racismo, sino que también deben fortalecer la democracia “percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza”¹¹⁸. Asimismo, destacó que “existe un consenso general” de los estados parte del Consejo de Europa en cuanto que: i) la sociedad democrática actual está basada

en los principios del pluralismo y del respeto hacia las diferentes culturas; ii) que preservar la diversidad cultural es “beneficioso para la sociedad en su conjunto”¹¹⁹. Todo, sin perjuicio del margen de apreciación nacional en la ponderación del cumplimiento del CEDH aplicado al caso en concreto.

5 Hacia un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y el TEDH en torno al derecho humano a la identidad cultural

Se ha planteado que el *diálogo* entre la Corte IDH y el TEDH consiste en la comprensión de que existe un conjunto de fuentes universales comunes que conforma un *núcleo compartido e indisponible* de derechos humanos, lo cual se concreta en la jurisprudencia de los tribunales de los sistemas regionales de derechos humanos, americano y europeo, bajo una visión armónica de estos derechos¹²⁰. En particular, el TEDH y la Corte IDH deben considerar en la adopción de sus decisiones, que los estados parte cuya actuación deben revisar, han suscrito en general las mismas fuentes universales y generales de derechos humanos. Por tanto, en el marco de sus respectivas particularidades, ambas cortes, al determinar el contenido y alcance de los derechos reconocidos en sus respectivos tratados de referencia, no debieran llegar a conclusiones “que contradigan el texto de los tratados universales y las decisiones adoptadas por sus órganos de garantía”. Por consiguiente, bajo esta concepción del diálogo judicial, los tribunales internacionales de derechos humanos deben procurar, a lo menos, no adoptar soluciones incompatibles, pero ello no significa una identidad plena entre ellos¹²¹.

Conforme con lo prevenido, en primer término, un marco genérico para el diálogo entre las Cortes lo en-

¹¹⁶ Hemos indicado las causales comunes del 8 N°2 y el 9 N°2 del CEDH. El 8 N°2 además contempla: “el bienestar económico del país” y “la prevención de las infracciones penales”.

¹¹⁷ PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017. p. 395-398.

¹¹⁸ TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, párrs. 176,181.

¹¹⁹ TEDH. Caso *D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GC), N°57325/00, 175 y 196, ECHR 2007-IV, párrs. 176,181.

¹²⁰ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 94-95.

¹²¹ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 94-95.

contramos en el presupuesto común de la valoración afirmativa de la diversidad cultural, del respecto de la cultura, de la identidad étnica y cultural de grupos vulnerables y minorías. Ergo, del reconocimiento del derecho humanos a la identidad cultural, como un valor democrático americano y europeo. Evidenciamos esta concepción común en el diálogo judicial cuando el TEDH declara, entre otros, en *Chapman contra Reino Unido*¹²² y en *D.H. c. República Checa* (2006) que:

[...] existe un consenso general en el seno de los estados contratantes del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida, y esto [...] **para preservar la diversidad cultural que es beneficioso para la sociedad en su conjunto.** (la negrilla es nuestra)¹²³.

Esta declaración la podemos poner en diálogo con la afirmación de la Corte IDH en el Caso *Sarayaku vs. Ecuador* (2012)¹²⁴ en que expresa que: “[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”.¹²⁵

Asimismo, el TEDH destacó la existencia de un deber de diligencia conforme el cual las autoridades estatales:

[...] tienen el deber de utilizar todos los medios a su disposición para combatir el racismo, fortaleciendo así **la concepción que la democracia tiene de la sociedad, y percibiendo la diversidad no como una amenaza sino como una riqueza**¹²⁶. (la negrilla es nuestra).

La prevención descrita del TEDH dialoga con el deber especial de diligencia del Estado que ha afirmado la Corte IDH en relación con el DFICPI¹²⁷. En este sentido, ejemplarmente dicho la Corte IDH: “287 [...] es claro que el Estado ha adoptado distintas acciones [...]. No obstante, las mismas no han sido efectivas para de-

tener las actividades lesivas [...]”.

De esta forma la valoración democrática de la diversidad cultural y el deber cautelar que recae en el Estado en relación a la protección de los grupos vulnerables -incluyendo las expresiones de su identidad cultural-, en su conjunto, se visualizan como espacios normativos relevantes y con un potencial abierto para el diálogo entre las cortes, en sus respectivas medidas y alcances.

Las posibilidades de avance en este diálogo lo encontramos, por ejemplo, cuando la sentencia de la Corte IDH en *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) señaló:

216 [...] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías²⁸⁷, se han referido al derecho a la identidad cultural y la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios.

[Nota 287] En el caso *Chapman v. the United Kingdom* (no. 27238/95 ECHR 2001-I), la Corte reconoció que el artículo 8 protege el derecho de una minoría (“Gypsy”) a mantener su identidad (párr. 93). En el caso *Gorzelik and others v. Poland* (no. 44158/98, párr. 92, 17 de febrero de 2004), la Corte Europea observó que la necesidad de proteger la identidad cultural es también importante para el correcto funcionamiento de una democracia.

Por su parte, cuando el TEDH requiere evidenciar la práctica internacional relevante en una materia, como base de una decisión, recurre los tratados de ámbito universal sobre derechos humanos e invoca fallos de otras cortes lo que expresa una forma de diálogo judicial con la Corte IDH. Con todo, se trata solo de un diálogo supeditado al grado de autoridad reconocido a la otra Corte de derechos humanos y no de un imperativo normativo o de una metodología de argumentación compartida, luego, desde este punto de vista “es un diálogo débil”¹²⁸.

En síntesis, en relación a las posibilidades para un diálogo americano-europeo en materia de derecho a la identidad cultural, se constata que:

- El diálogo planteado se sostiene en base a un núcleo común de fuentes de derechos humanos y la concordancia en torno a un significado (núcleo) compartido sobre estos derechos. No obstante, las posibilidades de un diálogo más allá de la comunidad de fuentes universales, generales

¹²² TEDH, *Caso Chapman contra Reino Unido*, 18 enero de 2001, (GS), N°27238/95/93 (96), CEDH 2001-I.

¹²³ *Caso D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007 (GS), N°57325/00, 181, CEDH 2007-IV.

¹²⁴ Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 12 junio 2012.

¹²⁵ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, p.66, cons. 213.

¹²⁶ TEDH. *Caso D. H. y otros c. República Checa*, 13 noviembre de 2007, (GS), N° 57325/00, 176, CEDH 2007-IV.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 5 de febrero de 2018, párr. 188.

¹²⁸ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p.98.

o temáticas, requiere armonía en una tradición común en América y Europa sobre la comunidad de contenidos de los derechos humanos¹²⁹.

- El diálogo entre cortes es potencialmente posible y su fuerza se sostiene en diversos factores, tales como: el grado de autoridad que se puedan reconocer recíprocamente las cortes; los derechos en sí que les corresponda ponderar; más, si a nivel de la respectiva corte y región, existe mayor o menor grado de consenso en la materia.
- En relación a una confluencia en torno al derecho fundamental a la identidad cultural, en particular, tal conjunción podría darse con mayores posibilidades en la dimensión individual del derecho a la identidad cultural que en la colectiva, respecto de la cual solo existe una tradición robusta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero no en el Europeo.
- El diálogo indicado implica “una amplia discrecionalidad o espacio de libertad a la interpretación” de las jurisprudencias de ambas cortes de derechos humanos, incluyendo “sus razonables diferencias”, articuladas, al mismo tiempo, por el imprescindible contenido compartido¹³⁰.

6 Conclusiones

Para la Corte IDH, conforme la CADH, el derecho humano a la identidad cultural, es un aspecto del derecho a participar en la vida cuya titularidad corresponde a todas las personas y grupos, en especial, a pueblos indígenas, comunidades indígenas, pueblos afrodescendientes y sus respectivos miembros.

Mientras, en el contexto del Sistema Europeo de Derechos Humanos opera una comprensión más amplia sobre los grupos o sujetos amparados por el derecho a la identidad cultural porque su tratamiento de

los “derechos culturales” se vincula con los derechos de grupos o minorías étnicas, nacionales y religiosas.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido y desarrollado el contenido y estándares del derecho fundamental a la identidad cultural de forma robusta para el caso de los pueblos indígenas latinoamericanos, basada en la interconexión de diversos derechos (entre otros, arts. 4, 5, 21, 24 CADH) respecto de los cuales al Estado corresponde un deber de cautela efectiva (arts. 1.1 y 2 CADH), cuyo cumplimiento se tutela vía control de convencionalidad. En particular:

- Para la Corte IDH, el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental que debe ser asegurado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.
- Es comprensivo del derecho a la vida en un sentido amplio, por tanto, presupuesto de la sobrevivencia de los pueblos indígenas;
- Es un derecho interdependiente con otros derechos, tales como el derecho al territorio, a sus recursos naturales y el medio ambiente, a la educación y la salud tradicional, el derecho a las propias formas de justicia, a las propias formas de organización;
- Como *filtro hermenéutico*, es un imperativo interpretativo en la comprensión de los restantes derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en general;
- Obliga al Estado a actuar de forma diligente mediante la adopción de medidas efectivas para la protección de los derechos interdependientes al derecho a la identidad cultural.

El TEDH, en sus argumentaciones sobre el reconocimiento de la diversidad cultural y la identidad étnica y cultural, en aplicación conjunta de los artículos 8, 9 y 14 del CEDH, en síntesis ha sostenido que:

- El establecer diferencias legítimas, necesarias y proporcionales para la protección de la diversidad cultural y el derecho a la identidad étnica y cultural de las minorías, es lícito y constituye un valor democrático;
- El trato igualitario que no tiene en cuenta la diferencia cultural y la valoración de las formas de vida tradicionales de miembros de grupos y minorías, vulnera el principio de igualdad y no

¹²⁹ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 99.

¹³⁰ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107. p. 99.

discriminación amparado por el CEDH;

- Conjuntamente, es lícita la restricción de derechos de base cultural en las cuales el Tribunal constata “falta de consenso democrático europeo” y la restricción se justifica como “una medida necesaria, en una sociedad democrática”, conforme las causales que indica el mismo Convenio.

Se evidencia en la jurisprudencia estudiada del TEDH que existe un consenso europeo emergente en torno a la positiva valoración de la diversidad cultural y el derecho a las formas de vida tradicionales de los miembros de minorías, arraigadas en su identidad étnica y cultural, en tanto dicha diversidad se entiende como valor de la sociedad democrática en su conjunto. No obstante, al momento de ponderar conflictos respecto de medidas sustentadas en otros derechos fundamentales que eventualmente colisionan con la identidad cultural, ha sido preponderante la afirmación del TEDH de la falta de consenso democrático europeo sobre una valoración más “intensa” de los derechos culturales, de tal forma que permita resolver en favor de los derechos culturales tales conflictos. De esta forma, en estos casos, existiendo una visión común emergente sobre la valoración de la diversidad cultural, cuando las cortes domésticas deben ponderar en concreto las medidas que implican la colisión de derechos culturales con otros derechos fundamentales, el TEDH ha optado, en la mayor parte de los casos, por la deferencia a los tribunales del Estado, en relación con su propia comprensión de los valores preponderantes en la respectiva sociedad, la cual les permitiría resolver tales colisiones de forma más adecuada que al TEDH.

Por ello, la definición del contenido del derecho a la identidad cultural, su protección y límites en concreto, ha quedado en la mayor parte de los casos entregada al margen de apreciación nacional. En consecuencia, en el caso del TEDH, dada la propia naturaleza individual del derecho y de los alcances limitados atribuidos al derecho en sí, se puede constatar un entendimiento más bien *débil*, a lo menos, a la luz de los conflictos entre el derecho a la identidad cultural y otros derechos fundamentales o valores de alcance social.

Con todo, el TEDH sí relevó los derechos culturales cuando el tratamiento de los estados integrantes del Consejo de Europa ha sido discriminatorio contra grupos o minorías, en relación con la sociedad mayoritaria

o con otros grupos. En este marco, aunque los estados actuaban dentro del margen de autonomía o de apreciación nacional que se les reconoce en general, en concreto se estimó que existía una injerencia nacional vulnerable del CEDH. En estos casos, el TEDH razonó que el propio tratamiento nacional –excediendo el margen que tiene el Estado– resulta discriminatorio respecto de grupos o minorías, por afectar sus formas de vida, prácticas y o creencias religiosas y derechos educativos, entre otros aspectos, porque considera las prácticas culturales y formas de vida de las minorías como un valor democrático.

En los casos en que el TEDH estimó que sí existía una vulneración del CEDH comprensiva del derecho a la identidad cultural, ella ha sido declarada, principalmente, sobre la base de la afectación de los derechos fundamentales a la vida privada familiar, a la libertad de conciencia y religión, en relación con la igualdad y no discriminación. Sin perjuicio de ello, en la ponderación en particular, sigue siendo relevante el margen de apreciación nacional que confirió el TEDH, sustentado en un consenso europeo que considera no totalmente consolidado. Todo ello se traduce en criterios dispares para el tratamiento de la diversidad cultural y de la identidad cultural entre estados del mismo Consejo de Europa.

En los precedentes revisados del TEDH y de la Corte IDH, en general, encontramos bases importantes para avanzar en un diálogo euro-americano en materia del derecho a la identidad cultural de los miembros de minorías y grupos vulnerables de ambas regiones. Sin embargo, en particular, entre ambas cortes se visualizan diferencias de criterios, tales como:

- La Corte IDH ha reconocido un derecho de carácter colectivo a los pueblos indígenas, exigiendo imperativamente su respeto a los estados latinoamericanos, en interdependencia con el derecho a la vida y a la propiedad (arts. 4 y 21 de la CADH) (entre otros derechos).
- El TEDH ha debatido la existencia y necesidad de proteger derechos culturales y, además, cuando ha admitido el derecho, lo ha realizado de manera restrictiva, desde una comprensión individual del mismo (entendiendo al grupo como el espacio de interacción de los derechos individuales de sus miembros, pero no como titular) y concediendo un amplio margen de apreciación nacional en su ponderación.

Finalmente, aunque varias de las decisiones revisadas del TEDH hayan sido denegatorias en lo concreto, su razonamiento tomó como base la valoración social de la cultura y de la identidad étnico cultural, principalmente para el caso de las “formas de vida tradicional” de minorías, como un valor democrático europeo. Ello puede considerarse una forma de configuración emergente del derecho humano a la identidad cultural a la luz del CEDH.

Entonces, por sobre las limitaciones, las fuentes compartidas de ambas cortes de derechos humanos que aseguran un mínimo de derechos fundamentales que, a su vez, sostienen la diversidad cultural como valor democrático en común, abren camino para una hermenéutica que potencie el diálogo entre ellas en materia de derechos culturales. Tal derecho en común permitiría: i) afirmar la existencia del derecho humano a la identidad cultural; ii) reconocer una titularidad del derecho humano a la identidad cultural para los diversos grupos vulnerables y minorías que demandan derechos de base cultural en Europa y América, incluidos en su especificidad los pueblos indígenas.

Referencias

AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. *In: VON BOGDANDY, Amin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela. La justicia constitucional e internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, MPI, IIADC, 2010. p. 3-84.

ANDRADE, María. *Derechos de minorías nacionales y de pueblos indígenas: comparación entre los gitanos en España y los Mapuche en Chile*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

BARROSO, Luis. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. São Paulo: Saraiva jur., 2019.

BARROSO, Luis. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 5-37, 2001.

BELTRÃO, Jane Felipe *et al. Derechos humanos de los grupos vulnerables: guía de prácticas*. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

Beqiraj, Julinda. Indigenous peoples' cultural identity under EU Law and the ECHR: a non-trade interest or a human right? *In: HIPPOLITO, Francesca; IGLESIAS, Sara (ed.). Protecting vulnerable groups: the european human rights framework*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2015. p. 159-179.

BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como tribunal constitucional. *In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35.

CALDERÓN, Juan. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. *In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.). Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, Corte IDH, 2016. p. 331-389.

CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen; MELLO, Patrícia Perrone Campos; SOARES, Raony. Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador. *Brazilian Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 179-198, 2018.

CLAROS, Luis; VIAÑA, Jorge. La interculturalidad como lucha contrahegemónica. Fundamentos no relativistas para una crítica de la de la cultura. *In: VIAÑA, Jorge et al. Interculturalidad crítica y descolonización: fundamentos para el debate*. La Paz: Convenio Andrés Bello, 2009.

DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

DEL REAL, Alberto. *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.

DESMET, Ellen. Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico. *Cuadernos Deustos de Derechos Humanos*, Bilbao, n. 75, 2014.

ELÓSEGUI, María. *El concepto jurisprudencial de acomodación*

miento razonable: tribunal supremo de Canadá y TEDH ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público. Navarra: Thomson Reuters, Aranzandi, 2013.

ELÓSEGUI, María. *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI: hacia una ciudadanía inclusiva*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2012.

ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe et al. *Derechos humanos de los grupos vulnerables*: manual. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014. p. 301-336.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, p. 51-78, feb. 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-525, 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. *Horizontes constituyentes*: reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina: los casos de Chile y Bolivia. Curitiba: Appris, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristóbal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 2, p. 635-666, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; LE BONNIEC, Fabien. Comparando la cultura jurídica desde el derecho a la identidad cultural en Brasil y Chile. *Brazilian Journal of International Law*, v. 17, n. 1, p. 144-179, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvana (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144.

FAUNDES, Juan. Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas. *Perfiles Latinoamericanos*, n. 49, p. 303-323, jun. 2017.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenéutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017. p. 155-174.

FORNET BETANCOURT, Raúl. *Tareas y propuestas de la filosofía intercultural*: sobre el concepto de identidad. Concordia: Reihe Monographien Band 49, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*: soberanía e integración. Navarra: Civitas, Thomson Reuters, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier. Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional? In: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales*: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009. p. 15-53.

GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo. (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales*: de un sistema binario a otro integrado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA, Humberto; BUSTOS, Rafael. La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo. In: GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona, Madrid: Edi-

- torial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012. p. 65-107.
- GOSDECKA, Dorota; KEMAK, Magdalena (ed.). *Europe at the Edge of Pluralism*. Cambridge: Intersentia Publishing Ltda, 2014.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017.
- HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *¿Redistribución o reconocimiento? un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006. p. 89-148.
- KOIVUROVA, Timo. Jurisprudence of the European Court of human right: regarding indigenous peoples: retrospect and prospect. *International Journal on Minority and Group Rights*, n. 18, p. 1-37, 2011.
- LEGALE, Siddharta. La constitución interamericana: los 50 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL, 46., 2019, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: CJI, 2019. p. 121-169.
- LEGG, Andrew. *Margin of appreciation of international human rights law: deference and proportionality*. Oxford: Scolard Editors, 2012.
- MANCERA COTA, Adrián. Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 41, n. 121, p. 213-243, 2008.
- MARIÑO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26.
- MARINONI, Luiz; MAZZUOLI, Valerio. Control de convencionalidad: un panorama Latino-Americano Brasil/Argentina/Chile/México/Perú/Uruguay. Brasília: Gazeta Jurídica, ABDPC, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renova, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, año 19, n. 1, p.17-43, 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo en red: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas como filtro hermenéutico para la tutela de la ocupación tradicional de la tierra. In: ROSSITO, Flávia Donini et al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; LACERDA, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del supremo tribunal federal de Brasil. In: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.
- MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299.
- MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional: aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE democrático. In: FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional: interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334.
- NASH, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. 2008. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- NOGUEIRA, Humberto. *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus Editorial, 2014.
- OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural.

- In: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190.
- PIZZOLO, Calogero. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos: el diálogo judicial*. Buenos Aires: ASTREA, 2017.
- RINGELHEIM, Julie. Chapman redux: the European Court of Human Rights and Roma traditional lifestyle. In: BREMS, Eva (ed.). *Diversity and european human rights: rewriting Judgments of the ECHR*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, año 3, p. 43-69, 2006.
- RUIZ RICO, Gerardo; RUIZ, Juan José. *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: la jurisprudencia nacional y europea: identidad religiosa en sociedades multiculturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- RUSSO, Anna; WENCES, Isabel. 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 de Derechos Humanos. In: WENCES, Isabel; SANTOLAYA, Pablo (coords.). *La América de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- SANTOLAYA, Pablo; DÍAZ, Sergio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables. In: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 273-309.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relaciones privadas*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHETTINI, Andrea. Por un nuevo paradigma de protección de los derechos de los pueblos indígenas. *Revista internacional de derechos humanos SUR*, v. 9, n. 17, dic. 2012.
- SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SIEMS, Mathias. *Comparative Law (Law in context)*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la Diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latinoamérica. *The pluralist papers*, n. 3, 2015. Disponible en: http://www.jupls.eu/images/JPs_WP_RT_Ponencia_2015.pdf Acceso en: 22 jul. 2020.
- VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- VIO GROSSI, Eduardo. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: del control de convencionalidad a la supranacionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 21, p. 93-112, 2015.
- VON BOGDANDY, Armin ; MORALES ANTONIAZZI, Mariela ; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Querétaro (México): Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2017.
- VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES, Mariela (coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo/Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.