

ISSN 1015-5074

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

EL CASO “FECUNDACIÓN IN VITRO”:
ENFOQUE DESDE GÉNERO Y DISCAPACIDAD
María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente

LA CONCENTRACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN
Y EL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Bruno Adriano Delgado Taboada

PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA
POR LA CORTE INTERAMERICANA
Ricardo Ferrero Hernández

EL DERECHO A DEFENDER LOS DERECHOS HUMANOS
COMO UN DERECHO AUTÓNOMO
Marta González Domínguez

SEGURIDAD HUMANA Y MOVILIDAD HUMANA
Valeria Llamas

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD: UNA RESPUESTA ESTRUCTURAL
Constanza Núñez

EL STATUS JURÍDICO DE DEFENSORES Y DEFENSORAS
DE DERECHOS HUMANOS
Alan Diego Vogelfanger

REVISTA IIDH

REVISTA
IIDH

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

63

Enero - Junio 2016

63

Enero - Junio 2016



REAL EMBAJADA DE NORUEGA



REVISTA
IIDH

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

© 2016 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

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

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

Corrección de estilo: Jacinta Escudos.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles S.A.

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

Se solicita atender a las normas siguientes:

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

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

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

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

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

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

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

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
El caso “Fecundación in vitro”: enfoque desde género y discapacidad	11
<i>María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente</i>	
La concentración de los medios de comunicación y el derecho humano a la libertad de	35
<i>Bruno Adriano Delgado Taboada</i>	
Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana	65
<i>Ricardo Ferrero Hernández</i>	
El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo	105
<i>Marta González Domínguez</i>	
Seguridad humana y movilidad humana	147
<i>Valeria Llamas</i>	
La tutela judicial de los derechos de pueblos indígenas y personas privadas de libertad: una respuesta estructural <i>Constanza Núñez</i>	187
El status jurídico de defensores y defensoras de derechos humanos <i>Alan Diego Vogelfanger</i>	267

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 63 de su *Revista IIDH*, cuya edición se ha alimentado de la colaboración que han hecho llegar algunos/as de sus lectores/as bajo la convocatoria permanente. Cada artículo elegido ha sido seleccionado por considerar que la temática y abordaje permiten difundir el debate, la investigación y los distintos aportes regionales e internacionales que permiten avanzar hacia una más efectiva protección de la diversidad, como bien es el objeto de esta Revista.

Bajo esa visión, este número de la *Revista IIDH* recoge los artículos académicos de Marta González Domínguez (España), Alan Diego Vogelfanger (Argentina), María Alejandra Cárdenas y Sofía Galván Puente (Costa Rica), Bruno Adriano Delgado Taboada (Perú), Constanza Núñez Donald (Chile), Ricardo Ferrero Hernández (España) y Valeria Llamas (Argentina).

La Revista cuenta con dos artículos relacionados con la situación de las defensoras y defensores de derechos humanos. Un primer artículo está destinado especialmente a analizar la existencia de un derecho autónomo e independiente de defender los derechos humanos. Para ello, se hace referencia a la importancia de la labor de defensa de los derechos humanos para el fortalecimiento de los sistemas democráticos; se destacan los principales obstáculos que enfrentan las personas defensoras de derechos humanos al desempeñar su labor; se estudia el reconocimiento internacional que existen en cuanto a un derecho a defender los derechos humanos y, finalmente, se analizan otros derechos que se encuentran interrelacionados y estrechamente vinculados con el derecho a defender los derechos humanos.

El segundo artículo en este sentido, pretende analizar la situación jurídica de las y los defensores de derechos humanos, estudiando la protección especial que han recibido de la comunidad internacional, desde el reconocimiento de un derecho autónomo de defender derechos humanos, hasta su categorización como personas en situación de vulnerabilidad.

Por otra parte, la Revista también incluye dos artículos relacionados con la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El primero de ellos se refiere a la protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tiene como fin analizar las consideraciones jurisprudenciales de la Corte que garantizan el uso y disfrute de las comunidades de su propiedad comunal y que a este respecto establece las obligaciones del Estado, así como la interrelación de este derecho con el de propiedad privada de particulares.

El segundo artículo en la materia está dedicado al análisis de la tutela judicial de pueblos indígenas y personas privadas de libertad. A través de un análisis comparado de las experiencias de México, Colombia, Argentina y Costa Rica, se busca indagar cuál ha sido la respuesta judicial que se ha dado para la protección estructural de los derechos de los pueblos indígenas y personas privadas de libertad, exponiendo los desafíos comunes que aún persisten.

La Revista también incluye otras colaboraciones que analizan la jurisprudencia interamericana y aportes del derecho internacional relacionados con diversos temas de trascendencia regional, en particular: el enfoque de género y discapacidad, el derecho a la libertad de expresión relacionado con la concentración de los medios de comunicación, y el fenómeno de la movilidad humana bajo el concepto de la seguridad humana.

Con relación al primer tema, se hace un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana del Caso Artavia Murillo y Otros vs.

Costa Rica, con el fin de examinar el marco jurisprudencial de igualdad y no discriminación indirecta, la discriminación por género y la discriminación por motivos de discapacidad, señalando los aportes y vacíos de dicha sentencia.

Respecto del segundo tema, se estudian los avances del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la doctrina internacional respecto del derecho a la libertad de expresión ante el fenómeno de concentración de los medios de comunicación, partiendo del supuesto de que éste minimiza el acceso a información diversa y plural. Además, se analiza la experiencia del Reino Unido como una alternativa de solución a la realidad Latinoamericana.

Finalmente, con relación al tercer tema, el artículo analiza cuál es la situación de la movilidad humana desde la multisectorialidad del concepto de seguridad humana, con el fin de determinar si ésta se trata con procesos que fortalezcan y eleven al ser humano en diferentes aspectos para su supervivencia, vida y dignidad.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar sus contribuciones académicas para esta edición, así como a la Cooperación Noruega que hace posible la producción y distribución de esta revista y a las personas que día a día la leen y la consultan, haciendo de esta publicación una herramienta para la educación, investigación y promoción de los derechos humanos.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana

*Ricardo Ferrero Hernández**

Introducción

El presente texto es un trabajo de investigación jurídico centrado en un estudio estrictamente jurisprudencial de la protección que concede la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *la Corte*) a la propiedad comunal indígena, en base al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En él atiendo a la doctrina y a todos los casos que ha juzgado la Corte con relación a este modelo de propiedad, para así formular unos conceptos generales sobre esta jurisprudencia.

La propiedad privada ha acompañado al desarrollo de lo que conocemos como Estados de Derecho, y es un elemento intrínseco y fundamental en el actual modelo económico y social. Ello no ha impedido el reconocimiento de un derecho consuetudinario de propiedad que ha pervivido ancestralmente, y no es otro que el derecho a la propiedad comunal indígena, que ha tenido que esperar al siglo XXI para que sea reconocido internacionalmente por “voluntad” de la Corte, que lo ha situado bajo el amparo de la CADH. Dicho reconocimiento ha significado

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Realizó el máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Alcalá (España). Es abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

en muchas ocasiones una colisión con el derecho a la propiedad privada en su concepción “tradicional”.

La Corte, junto con la Comisión, se ha convertido en referente internacional de la defensa de los derechos humanos de los indígenas en general, y del derecho a la propiedad comunal indígena en particular. Según L. Rodríguez-Piñero Royo, en el sistema interamericano se aprecian tres fases de actuación que se corresponden con la evolución de los derechos indígenas. Tras una “primera fase tardoindigenista” y una “segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas desde la perspectiva de derechos humanos individuales”, nos encontramos en una “tercera fase de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de declaración americana de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte en el caso *Awas Tingni*, en 2001”¹. En esta última fase, la Corte ha elaborado una jurisprudencia cada vez más precisa del derecho a la propiedad comunal indígena (o comunitaria, o colectiva; los términos son utilizados indistintamente en las diferentes sentencias de la Corte aludiendo, generalmente, al mismo concepto).

Nos encontramos ante un derecho que ya ha superado el estado embrionario al que se hacía referencia hace un decenio² y que asentó bases jurisprudenciales sólidas para su protección en el marco interamericano.

1 L. Rodríguez-Piñero Royo, “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas”, en M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pág. 160.

2 Véase D. Oliva Martínez, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas. Desarrollo y derechos humanos*, Cideal, Madrid, 2005, pág. 228.

Es necesario citar el artículo 21 de la CADH, el cual garantizará el derecho sobre las tierras y territorios indígenas, y que nos acompañará en todo el estudio:

Derecho a la Propiedad Privada: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

La Corte interpreta un concepto de propiedad (*bienes* en el texto del artículo) que es bastante amplio. Esta amplitud del concepto de propiedad es la que le ha permitido situar bajo la sombra del artículo 21 a la propiedad comunal indígena.

El artículo establece que la protección de la propiedad implica garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin intromisiones. Sin embargo, la propiedad no goza de una protección absoluta y puede ser limitada, pero siempre sometida, a una serie de requisitos que detallaremos.

El objeto de este estudio será analizar los argumentos esgrimidos por la Corte que identifican las tierras ancestrales indígenas con el concepto de bienes y que garantizan, por lo tanto, su uso y disfrute por parte de las comunidades; las condiciones para su reconocimiento; las obligaciones del Estado para garantizarlo; y su interrelación con el derecho a la propiedad privada de particulares.

1. Carácter ancestral y comunal de las tierras indígenas

Así se ha expresado la Corte al referirse a la propiedad comunal indígena y al artículo 21 de la CADH como garante del mismo:

[...] Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas³.

En el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua del año 2001, la Corte trató por primera vez la cuestión de la propiedad comunal indígena. La Comisión sometió ante la Corte este caso por el que el Estado nicaragüense había otorgado una concesión de 30 años a una empresa privada para el manejo y aprovechamiento forestal en un área ubicada en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN) –donde habitaba la comunidad Awas Tingni– para realizar trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de la comunidad. Dadas las características de este caso, la Corte pudo abordar con profundidad la protección de la propiedad indígena. Se trata de una sentencia de gran relevancia jurisprudencial que sirvió de base para futuros casos

3 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 120.

en los que la Corte ha ido definiendo los perfiles de este concepto. Rodríguez-Piñero destaca la importancia de esta sentencia, “principal exponente del sistema interamericano de derechos humanos por los derechos indígenas”, ya que “generó la primera jurisprudencia relativa, específicamente, a los derechos colectivos indígenas [...] en relación con el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales”⁴.

A partir de esta sentencia, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia que sitúa a los territorios indígenas bajo el amparo del artículo 21 apoyándose sobre tres reglas de interpretación: (1) carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, (2) sentido autónomo de dichos instrumentos, que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, y (3) principio *pro homine*, reflejado en el artículo 29.b de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos. Tomando en consideración estas normas de interpretación, en el citado Caso Awas Tingni llegó a la conclusión de que el derecho a la propiedad comprende igualmente los derechos de los miembros de las comunidades indígenas sobre la propiedad comunal⁵.

En otras sentencias, la Corte se adecuó al sistema dentro del cual se inscribe (tanto a ordenamientos internos como internacionales) y, en un ejercicio de interpretar la CADH a la luz de los instrumentos internacionales en los cuales los países son parte, acudió en varias ocasiones al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, concretamente a los artículos 13 –“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores

4 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, pág. 164.

5 CortelDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 148.

espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”–, y 14 –“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.

En el Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, no habiendo firmado éste el Convenio No. 169, pero sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Corte consideró que el derecho de propiedad comunal era aplicable a la luz del artículo 1 (común a ambos Pactos), en virtud al derecho de autodeterminación, y del artículo 27 del PIDCP, teniendo como referencia observaciones tanto del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como del Comité de Derechos Humanos. De acuerdo a estos criterios concluyó que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos garantiza el derecho al territorio comunal⁶. Incluso en el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador se refirió a la práctica internacional para determinar que el derecho de consulta (que desarrollaremos más adelante) es un principio general del Derecho Internacional⁷. Actualmente, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (DPI) sirve como base de interpretación y como medio eficaz para asegurar

6 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 93 y 95-96.

7 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y reparaciones). Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 163.

este derecho⁸ debido a su alto número de votos a favor⁹ y a que casi un tercio del articulado hace referencia a los derechos sobre las tierras indígenas¹⁰.

Un elemento característico del derecho comunal indígena es su reconocimiento como derecho *colectivo, cuyo ejercicio corresponderá a la comunidad en su conjunto, aunque los beneficiarios finales sean cada uno de los individuos pertenecientes a la comunidad. Como dice el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en la sentencia de reparaciones del Caso Plan de Sánchez vs. Guatemala*, los derechos comunitarios son fuente de derechos individuales y son a su vez derechos humanos con el mismo rango que cualesquiera otros¹¹. Se trata por lo tanto de uno de los pocos derechos que gozan de un carácter colectivo (sin entrar en discusiones doctrinales). Ello es debido a que tradicionalmente los pueblos indígenas han tenido una visión comunal de la propiedad en el sentido de que la pertenencia a la tierra no se centra en los individuos sino en la comunidad¹².

8 A diferencia del Convenio 169, la DPI no tiene rango de tratado internacional jurídicamente obligatorio. Por lo tanto no es vinculante u obligatorio para los países miembros de la ONU, sino que es declarativo u orientativo; no genera obligaciones jurídicas. No obstante, puede usarse para guiar las decisiones judiciales sobre asuntos indígenas, tal y como hace la Corte.

9 Aunque cuatro Estados votaron en contra de su adopción, posteriormente cambiaron su posición.

10 Concretamente, los artículos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que hacen referencia a tierras, territorios y/o recursos son: 8.b, 10, 12, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 36 y 37.

11 CorteIDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones). Sentencia de 19 de noviembre 2004, Serie C No. 116, Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 13.

12 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 149.

La relación *especial* (así es como lo define la Corte) de las comunidades indígenas con sus territorios va más allá de la posesión y la producción; comprende elementos culturales, de integridad e incluso espirituales. El disfrute de los territorios es una condición esencial para asegurar la vida individual de los miembros de la comunidad y la supervivencia de la comunidad como tal. Por un lado, la tierra es el medio de subsistencia primario de los indígenas al ser grupos comúnmente cazadores, pescadores o recolectores y por ofrecerle los recursos materiales empleados tradicionalmente por la comunidad. Por otro lado, es signo de su identidad cultural que han transmitido de generación en generación, que les diferencia de la sociedad nacional y que debe ser respetada acorde con el artículo 1 de la CADH¹³. Las tierras ancestrales no pertenecen a sus ascendientes si no a la comunidad indígena en sí. Es por ello que para las comunidades indígenas la relación con la tierra “es un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁴. En el Caso Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte es aún más explícita:

La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados

13 Art. 1 de la CADH. Obligación de respetar los derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

14 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 149.

con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas¹⁵.

Por ofrecer los recursos necesarios para su subsistencia y por asegurar su identidad cultural, la Corte le otorga la protección del artículo 21 tanto sobre los *territorios y tierras*¹⁶ tradicionales como sobre los *recursos naturales* que allí se encuentran, así como “los elementos incorporales que se desprendan de ellos”¹⁷.

De la misma manera que son titulares de sus tierras tradicionales, y también como consecuencia de ello, tienen derecho al control y uso de los recursos naturales tradicionales y propios de su cultura y sus costumbres. Esto no quiere decir que estarán protegidos todos los recursos naturales que se encuentren en esas tierras, sino aquellos que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo¹⁸.

La interpretación evolutiva de la Corte ha hecho extensivo a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad privada. La Corte, cuando se refiere al artículo 21, define el derecho a

15 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay (Fondo Reparaciones y Costas). Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 154.

16 M. Berraondo hace una interesante comparativa de los conceptos de tierra y territorio en “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, en M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, págs. 369-487.

17 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 137.

18 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 122.

la propiedad privada como “un derecho que integra todos los bienes materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de la persona, comprendiendo todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor; cobrando especial relevancia estos últimos, y caracterizado por el carácter predominantemente colectivo de los bienes”. Para Rodríguez-Piñero, la vinculación del derecho a la propiedad con las tierras tradicionales indígenas “desborda la concepción agrarista-distributiva del derecho a la tierra definido en función de las necesidades de reproducción material”. Considera que “la interpretación evolutiva del derecho fundamental a la propiedad” definido en el artículo 21 “va más allá del texto”¹⁹. El juez H. Salgado Pesantes hace referencia en su *Voto razonado concurrente del caso Awas Tingni* a lo dicho por la Corte en el sentido de que la concepción de los territorios indígenas desborda el concepto tradicional de propiedad, y encuentra justificación en que esta concepción “cumple de mejor manera con la exigencia insoslayable de la función social”²⁰ intrínseca al artículo 21.

2. Condiciones para el reconocimiento y ejercicio del derecho a la propiedad comunal

El derecho de propiedad comunal va acompañado de un correlativo derecho de las comunidades a la reivindicación de la titulación formal y efectiva de sus tierras tradicionales como propias. Surge la duda: ¿en qué supuestos tendrán derecho a reivindicar la titulación de sus tierras? En este punto daremos respuesta a esta pregunta.

19 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, págs. 187-188.

20 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, Voto razonado concurrente del juez Hernán Salgado Pasantes, párr. 2.

Aunque la posesión es un elemento importante para determinar el título de propiedad, no es imprescindible. Es importante porque, como estableció la Corte en el Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, según el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, la mera posesión es equivalente al dominio de las tierras y debería bastar para que las comunidades que no poseen título real soliciten el reconocimiento oficial y el registro de la propiedad²¹. Rodríguez-Piñero, al igual que la Corte, postula que la propiedad indígena “no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el propio uso y posesión tradicional de las comunidades y pueblos indígenas”. Continúa diciendo que “la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica, [...] sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad”²².

En el Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam, sin embargo, no gozaban de la posesión al haber sido desplazados como consecuencia de actos violentos contra su pueblo y la posterior falta de diligencia de las autoridades para esclarecer los hechos y garantizar un regreso pacífico de la comunidad a sus tierras. Pese a la ausencia de posesión, la Corte les consideró dueños legítimos de sus tierras tradicionales²³. En el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador también se vieron imposibilitados de usar sus territorios, en esta ocasión por una concesión ilegal a una empresa privada pero manteniendo, igual que en el caso anterior, el derecho de reivindicación sobre

21 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 151.

22 L. Rodríguez-Piñero Royo, *op. cit.*, pág. 189.

23 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 134.

las mismas²⁴. Por otro lado, también ha podido juzgar casos en los que la propiedad de la tierra ha sido traspasada a terceros adquirentes de buena fe, como es el Caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. En este caso, pese a que la propiedad se encontraba en manos privadas y la comunidad no tenía la plena disposición de la misma, la Corte consideró que también tienen derecho a solicitar que sean devueltas sus tierras tradicionales y, en caso de que no sea posible, a obtener otras tierras de igual extensión y calidad²⁵.

Con razón a lo anterior, la Corte concluye una serie de principios en relación a la posesión y el dominio:

1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad²⁶.

24 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 111.

25 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra*, párr. 130.

26 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, *supra*, párr. 128.

En cuanto al derecho a reivindicar las tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido, la Corte se cuestionó si es un derecho sujeto a límite temporal o si permanece indefinidamente en el tiempo. En respuesta dictaminó que las comunidades conservan el derecho a la reivindicación mientras conserven una relación única con sus tierras tradicionales, al considerar que esta relación es la base espiritual y material de su identidad como pueblos indígenas. En el momento en que deje de existir la relación desaparecerá el derecho a la reivindicación. Además estableció dos condiciones para determinar la existencia de la relación única: (1) puede interpretarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre, y (2) debe ser posible.

En relación a la primera, la Corte concretó que la relación “puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.

En cuanto al segundo, se refiere a que se vean impedidos a realizar alguna de las actividades anteriores por causas ajenas a su voluntad, como actos de violencia o amenazas o, como por ejemplo ocurrió en el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, porque el Estado declaró como reserva natural privada parte de su territorio tradicional, impidiendo el uso y disfrute de su propiedad. En el caso de que la relación no sea posible, el derecho a la reivindicación se mantendrá hasta que desaparezca el impedimento²⁷.

En el concreto Caso de la comunidad Moiwana, la Corte consideró que, pese a que no podía conocer de los supuestos

27 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *spura*, párr. 131 y 132.

actos violentos que significaron el desplazamiento de la comunidad, sí podría hacerlo sobre la vulneración del artículo 21 como consecuencia de la falta de investigación de los hechos continuada en el tiempo y por no garantizar el Estado su regreso a sus tierras ancestrales en unas condiciones seguras. Consideró que se trataba de un *desplazamiento* continuo que hizo imposible a la comunidad mantener una relación ancestral con sus tierras, por lo que conservaban el derecho a la reivindicación²⁸.

Merece la pena hacer un inciso en el Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá, cuya sentencia nos trae a 2014. Los pueblos no reclaman el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales, sino sobre las tierras alternativas entregadas por el Estado. Tienen imposible el acceso a sus tierras ancestrales porque fueron inundadas y ahora reclaman estas tierras que no han ocupado ni poseído tradicionalmente; por lo tanto, no es el supuesto de ninguno de los principios numerados anteriormente. La Corte consideró que en este caso el Estado debe garantizar el derecho a la propiedad comunal de la misma manera que en los casos en los que la recuperación de las tierras ancestrales es todavía posible por haber sido decisión de las propias autoridades la reubicación de los pueblos y por ocupar éstos desde entonces las tierras alternativas permanentemente. Concretó que el derecho a la propiedad de las tierras alternativas se adquiere desde el momento en que éstas le son asignadas por el Estado²⁹.

Aunque en un principio el derecho a la propiedad comunal era propio de los pueblos indígenas, cuando en 2005 llegó a

28 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana, *supra*, párr. 126.

29 CorteIDH, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros Vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 284, párr. 121 y 122.

conocimiento de la Corte el Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, decidió aplicar el derecho a los miembros de dicha comunidad, siendo un pueblo tribal no indígena de la región³⁰. A la misma conclusión llegaron en los Casos del pueblo Saramaka³¹ y de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica³². Considera que estos pueblos comparten características similares con las comunidades indígenas en la manera de relacionarse con la tierra. Por lo tanto, el derecho de propiedad comunal es también aplicable a los pueblos o comunidades tribales que tengan una relación especial con sus tierras tradicionales. Es el caso, por ejemplo, de las comunidades afrodescendientes que fueron llevadas a América, o de los pueblos indígenas que fueron desplazados dentro de América en época de la colonización y que con el tiempo se asentaron en diversos territorios conservando desde entonces hasta nuestros días una forma propia de relacionarse con dichos territorios y que es símbolo de su identidad cultural.

Por último, también se pronunció a favor de conceder el derecho a la propiedad comunal a un pueblo con carácter tradicionalmente nómada. Fue en el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, que seguía un patrón de recorrido por sus territorios tradicionales radial o circular, si bien la parte reclamada era sólo una porción de esos territorios que consideraban más idónea por incluir puntos importantes en su vida, cultura e historia. La Corte estudió el caso concreto y determinó que las tierras reclamadas sí constituían sus territorios tradicionales y por lo tanto están protegidas por el artículo 21³³.

30 CorteIDH, Caso de la Comunidad Moiwana, *supra*, párr. 133.

31 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 95.

32 CorteIDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C No. 270, párr. 358.

33 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 107.

3. Deberes de las autoridades públicas para garantizar el derecho a la propiedad comunal

El derecho a la propiedad comunal es un derecho peculiar y, como tal, requiere medidas especiales para garantizar su uso y disfrute. Como hemos visto, no hay una sola forma de entender el derecho de propiedad, y aplicar medidas especiales que supongan un trato desigual a personas (o comunidades) en condiciones desiguales es un acto aceptado por el DI.

Las comunidades tendrán la facultad de usar y disfrutar de sus territorios y recursos naturales sin injerencias del Estado, tal como recoge el artículo 21. Sin embargo, la propiedad privada en ciertas ocasiones también va a requerir de obligaciones positivas del Estado para garantizar su pleno ejercicio. Obligaciones positivas entendidas como medidas necesarias para proteger el derecho a la propiedad allí donde las comunidades legítimamente las esperen. Estas obligaciones del Estado son, como veremos a lo largo de este punto, un elemento fundamental para el ejercicio del derecho a la propiedad comunal indígena.

Es un primer deber de las autoridades públicas reconocer el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras comunales. Éste debe ser un reconocimiento formal. No basta con el reconocimiento de ciertos intereses de propiedad o con el reconocimiento mediante proceso judicial, tal y como lo garantizaba el ordenamiento interno de Surinam, sino que tiene que ser un reconocimiento real dentro del sistema normativo nacional. De forma contraria, con el simple reconocimiento de un interés o privilegio, el disfrute de sus tierras se podría ver opacado por derechos de terceros o por la intervención del Estado. Según la Corte en el Caso del pueblo Saramaka vs.

Surinam, la falta de reconocimiento no satisface el artículo 2 de la CADH³⁴ respecto del artículo 21 de la misma³⁵.

Aunque es necesario un reconocimiento formal de la propiedad comunal indígena, no es suficiente para garantizar el pleno ejercicio del artículo 21;

“el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”³⁶.

Las comunidades tienen derecho a que el Estado cumpla con dos obligaciones para asegurar el derecho normativamente reconocido:

1. Delimitar, demarcar y titular el territorio de propiedad de la Comunidad.
2. Abstenerse de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad³⁷.

34 Art. 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

35 CortelIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 106.

36 CortelIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 143.

37 CortelIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 153.

Solo de esta manera se garantizaría el pleno ejercicio del derecho a la propiedad. Esta obligación estatal se debe a la situación de incertidumbre permanente que genera a la comunidad indígena la falta de delimitación y demarcación de sus territorios. Desconocer hasta dónde se extienden geográficamente sus tierras conlleva una inseguridad jurídica de no saber con certeza hasta dónde poder usar y gozar de los bienes. Para el Estado también es necesario conocer hasta dónde alcanza físicamente el derecho de las comunidades para conocer así dónde está su límite de actuación y poder garantizar la no intromisión en el disfrute de la propiedad. De esta forma se expresó la Corte en el Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, llegando a la conclusión de que el Estado, pese a que reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas y no se había opuesto a que la comunidad Awas Tingni fuera declarada propietaria, había violado el derecho al uso y disfrute de sus bienes al no delimitar y demarcar su propiedad comunal y al haber otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a comprender parcial o totalmente el territorio a demarcar³⁸.

En relación a la primera obligación, en las *Reparaciones* del caso *supra* la Corte aludió al artículo 2 de la CADH para impeler a las autoridades públicas a “adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas”. Además, este mecanismo debe ser “acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres” de las comunidades, y requiere su consenso³⁹. Es decir, el

38 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 152 y 153.

39 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 164.

derecho interno debe adoptar este mecanismo para asegurar el reconocimiento real de la propiedad, y la comunidad debe participar en el proceso de adjudicación de tierras.

Se trata de una tarea cuya iniciativa corresponde a las propias autoridades, sin que sea necesaria la solicitud por parte de la comunidad. Es igualmente necesario que la administración actúe con la diligencia debida (reconocida en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH) para no dilatar innecesariamente la incertidumbre. El artículo 8.1 de la CADH establece como requisito para garantizar el debido proceso que el procedimiento se haga dentro de un plazo razonable⁴⁰. De acuerdo a este artículo, la Corte consideró incompatibles con el principio de plazo razonable los procedimientos de delimitación de tierras de 11, 13 y 17 años de duración en los Casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek, respectivamente, todas ellas contra Paraguay⁴¹. En las mismas tres sentencias, la Corte consideró que el mecanismo incoado por Paraguay también vulneraba el derecho a la propiedad comunal al no establecer un recurso efectivo con las garantías de debido proceso (artículo 25.1 de la CADH), ya que éste es otro principio necesario para que el procedimiento de reivindicación pueda ser considerado adecuado.

La segunda de las obligaciones (abstenerse de realizar actos que puedan afectar al uso y disfrute de la propiedad comunal antes de la delimitación, demarcación y titulación) debe ser respetada igualmente tras la titulación y entrega de las tierras y de los recursos que allí se encuentren y que sean propios de la identidad cultural de las respectivas comunidades, tal y como garantiza el punto 1 del artículo 21.

40 La Corte ha considerado en su jurisprudencia cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto, ii) conducta de las autoridades, iii) actividad procesal del interesado y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

41 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 137 y 138.

El Estado podrá realizar actos que afecten a recursos naturales que se encuentren en el territorio indígena siempre que estos no sean los utilizados tradicionalmente por la comunidad y, por lo tanto, no sean propios de su cultura. Todo recurso natural utilizado tradicionalmente por la comunidad goza de la protección del derecho a la propiedad. Sin embargo, tal y como se desprende del artículo 21, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y puede ser limitado. La prohibición del artículo 21 no implica una prohibición absoluta que impida al Estado, por ejemplo, realizar concesiones que restrinjan el uso y disfrute de la propiedad comunal y los recursos naturales; se podrán restringir bajo ciertas condiciones. Dada la distinta naturaleza de este derecho, que protege elementos necesarios para la supervivencia de los indígenas, la limitación del derecho a la propiedad comunal debe someterse a unos requisitos especiales.

Varios de los casos relativos a la propiedad comunal indígena que han llegado al conocimiento de la Corte le han permitido pronunciarse sobre la idoneidad de la emisión de concesiones a empresas privadas para la explotación de recursos naturales dentro de los territorios indígenas, pudiendo así sentar jurisprudencia sobre limitaciones a la propiedad comunal con carácter general.

Refiriéndose a la injerencia en el disfrute del derecho a la propiedad con carácter general, la Corte determinó el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido establecidas por la ley; b) sean necesarias; c) proporcionales; y d) tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La Corte precisó en el Caso Saramaka que al afectar a los recursos naturales que se encuentran en el territorio de la comunidad indígena, además de estos cuatro criterios propios de la propiedad privada en sentido estricto, es necesario un quinto criterio: que la restricción

no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de algún modo que ponga en peligro la propia *subsistencia* del grupo y de sus integrantes. Considera que la subsistencia como pueblo es un “factor crucial” a la hora de considerar si la restricción es acorde con el derecho de propiedad⁴². Posteriormente, la Corte, de conformidad con el artículo 1.1 de la CADH, estableció que para garantizar que las restricciones al derecho a la propiedad no impliquen una denegación de la subsistencia como pueblo, a la hora de emitir concesiones que signifiquen una restricción a la propiedad comunal, el Estado debe cumplir con tres garantías:

- Primero, debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio de la comunidad;
- segundo, debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental, y
- tercero, debe garantizar que los miembros de la comunidad se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo en su territorio⁴³.

Cumpliendo con estas tres obligaciones, toda restricción al derecho de los pueblos indígenas de disfrutar del uso de sus tierras tradicionales satisfaría el triple objetivo de preservar, proteger y garantizar la propiedad comunal y, por consiguiente, garantizaría su subsistencia como pueblo. Fue en el Caso del

42 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 128.

43 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 129.

pueblo Saramaka donde la Corte definió por primera vez este mecanismo, y lo hizo apoyándose tanto en el artículo 32 de la DPI⁴⁴ como en la interpretación que hizo el ComDH del artículo 27 del PIDCP en el Caso Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda⁴⁵. Ambos hacen referencia a la necesidad de que los miembros de la comunidad que vayan a ver limitados sus derechos participen en un proceso con todas las garantías, y que la restricción del derecho no produzca una afección económica.

Además, en las *Reparaciones* del Caso Saramaka decidió que el Estado debería revisar todas las concesiones otorgadas dentro del territorio del pueblo Saramaka con anterioridad a

44 Art. 32 de la DPI: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

45 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda* (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5: “especialmente en el caso de poblaciones indígenas, el disfrute del derecho a la propia cultura puede requerir medidas jurídicas positivas de protección por un Estado Parte y medidas para garantizar la efectiva participación de los miembros de las comunidades de minorías en las decisiones que les afecten. En la jurisprudencia que ha ido sentando con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité ha insistido en que la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional”.

dicha sentencia. Esto para evitar que cualquier proyecto de explotación ya existente pudiera estar poniendo en peligro la subsistencia del pueblo indígena y, en ese caso, valorar la modificación de los derechos de los concesionarios⁴⁶. Se deduce que estos tres requisitos, que pasaremos a detallar a continuación, serán exigibles tanto para concesiones futuras como para las concesiones que ya se hayan producido.

En cuanto al primer requisito, efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho de consulta, debe basarse en un procedimiento culturalmente adecuado, respetando las tradiciones de la comunidad y sus métodos de deliberación. La consulta debe realizarse de buena fe, permitiendo a la comunidad el acceso a toda la información relevante en cuanto a los riesgos, y con la voluntad real de llegar a un acuerdo favoreciendo una atmósfera adecuada para el diálogo. Además, el procedimiento debe asegurar que la comunidad participa desde la etapa más temprana, y no solo en el concreto momento de tomar una decisión. Por último, es necesario que la consulta sea hecha por alguna institución u organismo del Estado, y no la misma empresa a la que se vaya a otorgar la posible concesión o cualquier otro ente o persona que tenga otros intereses que vayan más allá de una pura valoración de sus derechos⁴⁷. Si la restricción del derecho a la propiedad responde a un plan de desarrollo o proyecto a gran escala, en razón del mayor impacto que supone al territorio, la Corte considera que no sólo es necesaria la consulta, sino que también es obligatorio el consentimiento previo, libre e informado (CPLI) según sus costumbres y tradiciones, haciendo valer así las exigencias del Relator Especial⁴⁸. Para cumplir

46 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 194.a).

47 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 129 y 135.

48 ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 66: “[e]s esencial el

con este requisito deberán adoptar las normas e instituciones internas necesarias para crear un mecanismo adecuado para la participación de la comunidad⁴⁹.

El derecho de participación y de consulta de los pueblos indígenas, que ya había sido positivizado en el Convenio No. 169, ha adquirido gran relevancia a partir de la entrada en vigor de la DPI⁵⁰. Además, como ya dijimos, el derecho de consulta de los pueblos indígenas se considera principio de DI. La Corte expresa que “el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁵¹. Adquiriendo tal relevancia, la consulta es un mecanismo que también debe acompañar al derecho de propiedad en los procedimientos de demarcación y titulación y de restitución, compensación e indemnización⁵², los cuales deben ser, según la Corte, consensuadas con los pueblos interesados.

Al definir el segundo requisito, la realización de un estudio de impacto ambiental, la Corte se apoya sobre el artículo 7.3 del Convenio No. 169⁵³. Exige que el estudio sea previo a la consulta

consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.

49 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, *supra*, párr. 166.

50 El derecho a la consulta se encuentra recogido en los artículos 15, 17, 19, 30, 32, 36 y 38 y el derecho a la participación en los artículos 18, 23, 27 y 41 de la DPI.

51 CorteIDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, *supra*, párr. 159.

52 Véase M. Berraondo López, “Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación”, en F. Gómez Isa y M. Berraondo López (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pág. 199.

53 Art. 7.3 del Convenio No. 169 de la OIT: “3. Los gobiernos deberán velar por

y/o consentimiento de la comunidad, para que puedan tener en su posesión todos los datos relevantes antes de tomar una decisión, y que sea realizado por un experto o grupo de independientes bajo la supervisión del Estado. Este estudio deberá tener en cuenta la posible incidencia social, espiritual y cultural que podrían tener las actividades en la comunidad y tendrá que valorar la implementación de medidas o mecanismos adecuados para asegurar la no afectación a las tierras y recursos tradicionales. Hay que tener en cuenta que aunque ciertas concesiones de explotación de recursos naturales no recaigan directamente sobre la explotación de los recursos propios de la población indígena, en la práctica éstos pueden verse afectados por daños colaterales de las actividades propias de la explotación, por lo que es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la viabilidad de la concesión.

Por último, el tercer requisito exige compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales. Adquiere relevancia la interpretación que hace la Corte de este requisito, ya que lo deriva de la exigencia del segundo punto del artículo 21: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa [...]”. Considera que el concepto de repartir beneficios es inherente al derecho de indemnización. Se llega de este modo a la consideración de que el derecho al pago de una indemnización no es únicamente propia de la privación de un título de propiedad (como podría sugerir una interpretación estricta del artículo 21), sino que responde también a la necesidad de reparar la limitación que se hace al uso y goce de la propiedad. Además, será la propia

que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

comunidad la que resuelva quiénes son los beneficiarios de la compensación según sus costumbres y tradiciones⁵⁴. La Corte no especifica, sin embargo, qué debería ser considerado como *razonable* en relación a los beneficios derivados de la restricción o la privación.

Como vimos, estas obligaciones responden a un triple objetivo de preservar, proteger y garantizar la propiedad comunal.

Cuando el Estado no cumple con todas estas obligaciones inherentes al artículo 21 puede resultar que, en los casos más graves, las tierras tradicionales pierdan las condiciones necesarias que garantizan la subsistencia del pueblo de acuerdo a su costumbre y cultura o que, simplemente, la comunidad pierda la posesión de las mismas. Tales consecuencias pueden derivar, entre otros motivos, de concesiones realizadas a personas físicas o jurídicas de naturaleza privada (como en el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku), de planes públicos de desarrollo o infraestructuras sobre las tierras comunales (como en el Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros), o actos de violencia contra los miembros de la comunidad (como en el Caso de la comunidad Moiwania).

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha querido garantizar el principio de *restitutio in integrum* a la hora de fijar las reparaciones. Así, en los casos en los que se ha impedido el disfrute de la propiedad comunal y los pueblos indígenas han perdido su posesión por causas ajenas a su voluntad o no se les ha permitido el uso y disfrute de sus bienes, la devolución de las tierras tradicionales es la reparación que más se ajusta a este criterio. Pero puede darse el caso de que dichos actos hayan supuesto la pérdida de las condiciones idóneas de la tierra que permitirían el normal desarrollo de la comunidad, obligándoles

54 CorteIDH, Caso del Pueblo Saramaka, *supra*, párr. 138 y 139.

a desplazarse y haciendo muy difícil su reasentamiento en la zona. La Corte ha determinado que cuando el Estado no pueda asegurar el retorno de la comunidad indígena debe “entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”⁵⁵. En caso de que la devolución no sea posible, el criterio que más se acercaría al principio de *restitutio in integrum* sería la entrega de tierras alternativas de igual valor, en el que la comunidad pueda desarrollar sus actividades tradicionales de la manera más similar posible a como lo venía haciendo. También es la mejor forma de garantizar que la compensación otorgue valor al especial significado que tienen las tierras tradicionales para sus pueblos; más de lo que lo haría una indemnización pecuniaria. A este criterio hace referencia el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT⁵⁶.

En el Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, como ya vimos, la comunidad se veía imposibilitada de regresar a sus territorios debido a que éstos se encontraban inundados como consecuencia de la construcción de una presa hidroeléctrica. La Corte decidió que la mejor forma de reparación era delimitar, titular y entregar a la comunidad tierras alternativas de igual valor y de suficiente extensión para garantizar el mantenimiento y desarrollo de

55 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 135.

56 Art. 16 del Convenio No. 169 de la OIT: “4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

la propia forma de vida, electas con la participación de la comunidad en las negociaciones y respetando sus costumbres. Este último es un elemento importante: si bien la entrega de tierras alternativas debe ser la solución primaria, no se les puede negar una posible indemnización pecuniaria o cualquier otra alternativa que la Comunidad considere adecuada. Por ello la solución debe ser negociada y consensuada con la comunidad, garantizando también así que las tierras van a ser las más idóneas.

4. Colisión entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunal

El territorio y los recursos naturales indígenas se pueden ver afectados por injerencias externas. El derecho a la propiedad comunal indígena se puede ver afectado mediante la adquisición de un título privado sobre las tierras indígenas o mediante una concesión de explotación o uso a un ente privado. El resultado es que la propiedad que en principio debería pertenecer a la comunidad indígena con el pleno uso y disfrute de sus recursos naturales, pasa a manos privadas. Es común la situación de particulares que han adquirido la propiedad de las tierras en épocas muy tempranas y, en el momento de delimitar y entregar las tierras, el Estado se encuentra con que éstas pertenecen a personas privadas.

Cuando la propiedad indígena ha pasado a manos privadas adquirentes de buena fe, éstos también han adquirido un derecho protegido por el artículo 21. Cuando los adquirentes no adquieren de buena fe, la solución será la restitución del pleno derecho de propiedad a sus legítimos dueños. Sin embargo, cuando adquieren de buena fe, generan unas legítimas expectativas de que su propiedad va a ser protegida por la CADH, y más si, como en el caso de muchos particulares, poseen estas propiedades desde

largo tiempo atrás o, incluso, desde hace varias generaciones. En estas circunstancias, el Estado debe realizar una ponderación de derechos.

Cuando se producen, como define la Corte, “contradicciones reales o aparentes”, ésta provee que los requisitos para justificar la restricción de cualquiera de los dos derechos en conflicto serán los propios de una restricción del derecho a la propiedad con carácter general, presididos por la necesidad de buscar un *interés social imperativo*. Como vimos, las restricciones deben cumplir una serie de pautas: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias, c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La proporcionalidad de la intromisión en el uso y disfrute del derecho debe ajustarse a un objetivo legítimo, interfiriendo en la menor medida posible en el derecho restringido⁵⁷, y lograr respetar así el requisito de *justo equilibrio* entre ambos derechos. Por lo tanto, el garantizar uno de estos dos derechos de propiedad por encima del otro debe responder a una justificación sustentada en el *interés social imperativo*. Al tratarse de derechos que por lo general protegen el mismo contenido sustancial, garantizar el pleno ejercicio del derecho de una de las partes va a significar prácticamente la total privación del derecho de la otra. En este punto deben adquirir un peso importante las medidas resarcitorias.

A la hora de ponderar ambos derechos, dice la Corte que los Estados deben acudir al caso concreto para valorar los efectos que supondrían las restricciones. Sin embargo, el Estado debe valorar el especial significado que tienen las tierras tradicionales para su comunidad, que constituye un elemento indispensable para garantizar su supervivencia como pueblo indígena y para que

57 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 144 y 145.

sus miembros conserven su patrimonio cultural. Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio de propiedad, y eso debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar ambos derechos. Más aún

“la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”⁵⁸.

La necesidad de preservar las identidades culturales, propia de las sociedades que constituyen los Estados parte de la CADH, se coloca como *interés social imperativo* y justifica la restricción del derecho a la propiedad privada en base al *interés social* y la *utilidad pública* reflejados en el artículo 21, consiguiendo de este modo mantener un *justo equilibrio* entre el interés perseguido y el derecho a la propiedad restringido. Podemos decir que la privación del derecho a la propiedad privada es posible cuando vaya encaminada a preservar las identidades culturales dentro de la realidad nacional, y cuando los particulares sean indemnizados por tal injerencia de acuerdo al artículo 21.2. Y siempre, cuando existan “contradicciones reales o aparentes”, el Estado deberá tener en cuenta el especial significado de la relación entre las comunidades y sus tierras.

Además, como vimos, cuando la restricción se produce sobre una propiedad comunal indígena la Corte exige que se cumpla un quinto requisito –que la restricción no implique una denegación de las tradiciones y costumbres de algún modo que ponga en peligro la propia *subsistencia* del grupo y de sus integrantes–, el

58 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 148.

cual no es exigible cuando la limitación se refiere a una propiedad privada.

Se puede considerar por lo tanto que existe más exigibilidad a favor de la propiedad comunal indígena a la hora de realizar una ponderación de los derechos.

Por todo ello, cuando el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo dentro de una sociedad democrática. No cabe duda que la expropiación en estos casos estaría justificada, siempre respetando el derecho a obtener indemnización.

En palabras de M. Berraondo, “la Corte deja entrever que se podría primar el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre el derecho de propiedad de los terceros que adquirieron sus títulos de buena fe, argumentando que las consecuencias del no ejercicio de su derecho sobre los territorios son muy graves, dada la especial relación que une a los pueblos indígenas con sus territorios y la relevancia de estos en el desarrollo de sus culturas y en el ejercicio de otros derechos básicos”⁵⁹.

Sin embargo, ello no significa que cada vez que haya un conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad indígena prevalecerá el segundo sobre el primero. Puede que el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, a devolver las tierras a los miembros de la comunidad. Es un requisito imprescindible que el Estado

59 M. Berraondo López, *Territorios indígenas: Entre los reconocimientos de papel y la garantía de un derecho*, IPES-ELKARTEA, Grupo Intercultural Almaciga, CEJIS, pág. 126.

argumente su decisión detallando los motivos que, dado el caso, impedirían la devolución de las tierras⁶⁰. Sin embargo, el que se encuentren en manos privadas no constituye *per se* un hecho que justifique el impedimento de garantizar el derecho a los pueblos indígenas. De no ser así, carecería de sentido el derecho de reivindicación de las tierras; no constituiría un derecho real ya que se sometería a la voluntad de los particulares de si están dispuestos o no a devolver sus tierras⁶¹.

En los casos en que el Estado no pueda devolver las tierras, y siempre detallando las razones concretas y justificadas que se lo han impedido, deberá entregarle tierras alternativas de igual extensión y valor para que la comunidad pueda disfrutar de su derecho de la forma más similar posible, y realizarlo contando con el consenso de la propia comunidad⁶² (tal y como vimos al final del punto anterior).

La Corte ha establecido como criterio para analizar la ponderación de derechos que la cuestión de la propiedad no se debe ver desde la esfera de la productividad, ya que ello implicaría no entrar a valorar otras circunstancias que deberían tener peso en el momento de la ponderación de ambos derechos a la propiedad, como la especial significación que tienen las tierras para los pueblos indígenas.

En el Caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek, la Corte consideró que la remisión que hacía el Estado al Estatuto Agrario suponía una limitación de las posibilidades de asegurar el derecho

60 L. Rodríguez-Piñero Royo argumenta que el Estado tiene la carga de la prueba: “los Estados asumen la carga de justificar las razones concretas y justificadas que impiden el reconocimiento y titulación de la propiedad comunal” (“El sistema interamericano...”, *op. cit.*, pág. 194.).

61 CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, *supra*, párr. 138.

62 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra*, párr. 149.

de reivindicación al permitir únicamente la entrega de aquellas tierras que no estuvieran siendo explotadas racionalmente⁶³. Ello podría, además, comprometer la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituir un trato discriminatorio⁶⁴. También hay que tener en cuenta que un tratado de carácter supranacional como es la CADH tiene mayor relevancia jurídica que acuerdos comerciales bilaterales o similares. Es decir, los segundos se deben adecuar a la CADH y, por lo tanto, deben respetar el derecho al uso y disfrute de las tierras indígenas. La existencia de alguno de estos acuerdos no implica que la propiedad no pueda volver a manos de la comunidad indígena⁶⁵.

La Corte no puede decidir en un caso concreto de ponderación entre el derecho a la propiedad privada y el derecho a la propiedad comunal qué derecho vale más, porque pertenece al margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, sí es de su incumbencia si el Estado ha valorado debidamente el derecho indígena en el momento de ponderar ambos derechos. En este sentido, también es relevante que, si bien la Corte no es competente para conocer las compra-ventas o concesiones previas a la aceptación de competencia del Estado por la norma *ratione temporis*, sí lo es para conocer si el Estado ha hecho, a partir de la aceptación de la competencia, una ponderación de derechos adecuada.

Vamos a centrar la atención en el último caso que ha conocido la Corte en relación a la propiedad comunal indígena, de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros. La Corte llegó a la conclusión de que no era válido el título de propiedad privada adquirido de buena fe por un particular sobre parte de las tierras de la comunidad indígena, aunque en ese momento éstas aún no se encontrasen tituladas.

63 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 146.

64 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, *supra*, párr. 149.

65 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 140.

Según estableció, no podría un tercero adquirir de buena fe un título privado sobre las propiedades indígenas, sin perjuicio de los particulares que ya tenían un título de propiedad con anterioridad a la ocupación de los pueblos indígenas. Obligó al Estado a dejar sin validez el título de la concesión y a devolver la plena titularidad a los pueblos indígenas⁶⁶. Para ello argumenta que la normativa de varios países de la región, por ejemplo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son inalienables e imprescriptibles⁶⁷.

Esta es la primera ocasión en que la Corte establece que una adquisición privada sobre un territorio indígena, aunque sea de buena fe, sólo es válida si se efectuó con anterioridad a la ocupación de los pueblos indígenas. Si el título de adquisición no es *válido*, no ha habido una adquisición real de un derecho. Hasta

66 CorteIDH, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros, *supra*, párr. 142, 145 y 233.

67 Argentina: Constitución de la Nación Argentina de 1994, artículo 75.17; Constitución de la Provincia del Chaco de 1994, artículo 37; Constitución de la Provincia del Chubut de 1994, artículo 34; Constitución de la Provincia de Salta de 1986, artículo 15.I; Ley No. 4086 de 1966, Provincia de Salta; Constitución de la Provincia de Formosa de 1957, artículo 79; Ley 2727 de 1989, Provincia de Misiones. Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado de 2008, artículo 394.III; Ley No. 1715 de 1996, “Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria”; Brasil: Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988, artículo 231.4; Chile: Ley 19.253 de 1993 “[e]stablece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la corporación nacional de desarrollo indígena” (reformada 25 de marzo de 2014). Colombia: Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 63 y 329; Decreto 2164 de 1995. Costa Rica: Ley 6172 de 1977, “Ley indígena”. Ecuador: Constitución del Ecuador de 2008, artículo 57.4. Honduras: Decreto No. 82-2004, “Ley de propiedad” de 2004. Paraguay: Constitución Nacional del Paraguay de 1992, artículo 64. Perú: Decreto Legislativo No. 295 de 1984, “Código Civil”; Decreto Ley No. 22175 de 1978, “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva”. Venezuela: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, artículo 119; Ley orgánica de pueblos y comunidades indígenas de 2005.

esta última sentencia no hizo referencia a la validez o invalidez de la adquisición, pero sí que reconocía que los particulares tenían un derecho a la propiedad privada que debería ser tenido en cuenta. Ello se deduce de la reiterada jurisprudencia de la Corte, que nombra distintos criterios sobre el derecho a la propiedad comunal (que ya hemos visto) y cuyos números tres y cuatro dicen:

3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad⁶⁸.

En este fragmento se observa que los terceros adquirentes de buena fe tienen un derecho que debe ser respetado por el Estado, criterio que no se mantiene en esta sentencia. Es cierto que el caso presenta ciertas peculiaridades. Es el único caso en el que se pronuncia la Corte sobre una venta realizada con posterioridad a la aceptación de la competencia por parte de un Estado, siendo la concesión en el año 2012, en el cual ya hay una base jurisprudencial e instrumentos internacionales protectores de la propiedad comunal indígena frente a concesiones o ventas. Además, se trataba de tierras alternativas entregadas por el Estado y éste se había comprometido a nivel interno a respetar los territorios y no realizar concesiones a terceros. Habrá que

68 CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra*, párr. 128.

ver si la postura de la Corte es debida a estas peculiaridades o, en cambio, si es mantenida en futuros casos y crea cierta base jurisprudencial.

Conclusiones

La propiedad puede alcanzar formas muy diversas de uso y disfrute dentro de una misma sociedad democrática, y el Estado deberá proteger todas ellas frente a injerencias de terceros. Tal protección debe garantizar tanto la posesión como el uso y disfrute sin injerencias, salvo algunas excepciones.

La interpretación que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos del concepto de propiedad es extensiva. Esta interpretación ha permitido situar a la propiedad comunal indígena bajo la protección del artículo 21 de la CADH.

La Corte refiere que hay diversas formas de entender el derecho a la propiedad, y a la necesidad de que todas sean respetadas en una sociedad democrática. Si bien la propiedad comunal indígena no responde al concepto “tradicional” de propiedad, sí lo hace respecto a la necesidad de protección de comunidades y pueblos cuyos vínculos tradicionales con sus tierras ancestrales garantizan la supervivencia de su identidad cultural.

Es interesante citar uno de los criterios más representativos citado por la Corte a la hora de juzgar este derecho, y que trasluce a lo largo de su jurisprudencia: no se debe afrontar el derecho de propiedad indígena desde una visión de productividad.

La Corte, acudiendo a tratados como el PIDCP, el Convenio No. 169 o la DPI, se ha apoyado en los principios de interpretación

necesarios para garantizar la protección de los territorios indígenas y los recursos naturales que allí se encuentren.

Las comunidades mantienen una relación especial con la tierra que trasciende de lo material a lo espiritual por medio de un vínculo que han conservado ancestralmente. Además, la propiedad comunal indígena se caracteriza por el carácter colectivo conferido por la Corte, que le permite disfrutar de su derecho de acuerdo a sus costumbres y cosmovisión.

Los pueblos indígenas podrán reclamar la titulación mientras conserven una relación única con sus tierras tradicionales, aun cuando no tengan la posesión de las mismas. Esa relación única puede interpretarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre, y debe ser posible, sin impedimentos. En caso de que la relación no sea posible, mantendrán el derecho a reivindicarlas hasta que desaparezca el impedimento. Cuando los impedimentos imposibiliten la devolución de sus tierras tradicionales, el Estado deberá entregarle tierras alternativas de igual extensión y valor.

Los Estados tienen una doble obligación respecto a la propiedad indígena. En primer lugar, delimitar, demarcar y titular el territorio indígena; en segundo lugar, no conceder permiso ni permitir a terceros la intromisión en el disfrute de estos territorios. Es decir, las autoridades no sólo deben reconocer el derecho a los territorios indígenas, sino que deben cumplir con unas obligaciones positivas necesarias para hacer efectivo el derecho.

Sin embargo, en muchas ocasiones los Estados incumplen estas obligaciones por medio, por ejemplo, de concesiones de explotación de recursos naturales o ventas a entes privados sin tener en cuenta la voluntad de las comunidades. En estos casos, las comunidades tendrán derecho a recuperar sus tierras.

En el caso de que las propiedades hayan pasado a manos de personas privadas adquirientes de buena fe, nos encontramos ante una colisión de derechos que deberá resolver la Corte por medio de una pura ponderación de derechos. La Corte no podrá determinar qué derecho tiene más peso, pero sí si el Estado ha actuado adecuadamente a la hora de ponderar los derechos. Sobre el Estado cae la carga de la prueba. Si concluye que deben permanecer en posesión de la persona privada debe justificarlo debidamente, no siendo justificación *per se* el que se encuentren en manos privadas. Aunque la Corte no concede explícitamente más importancia a la propiedad indígena que a la privada, de su jurisprudencia sí se puede interpretar tal criterio. Considera que el Estado debe de tener en cuenta el especial significado que tienen las tierras para su comunidad, elemento indispensable para su subsistencia. Justifica la restricción de la propiedad privada en la exigencia de lograr el objetivo legítimo de preservar las identidades culturales, objetivo propio de sociedades democráticas. También matiza que este criterio no significa que siempre prevalezca la propiedad comunal sobre la privada, puede darse el caso que el Estado encuentre razones justificadas para no poder devolverla.

El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, y por lo tanto el Estado puede realizar concesiones a terceros para el uso de los recursos naturales de los territorios indígenas. Para ello deberá cumplir los requisitos exigibles para cualquier restricción al derecho a la propiedad tradicional, más un último requisito que revela la importancia de la propiedad para los pueblos indígenas: ninguna restricción debe denegar la subsistencia del grupo y de sus integrantes. Para que la intromisión garantice este requisito, se deberá informar y asegurar la participación de la comunidad, se realizará un informe previo sobre impacto del proyecto, y se garantizará que la comunidad vaya a participar de los beneficios del proyecto.

Para concluir, destacaremos que pese a que el reconocimiento de este derecho nos acerca a un pasado muy reciente, ha venido a proteger una realidad ancestral de los pueblos indígenas. La Corte ha dado respuesta a un derecho que fue opacado primero por el derecho ultramarino y después por el orden jurídico que ampara el liberalismo. Ha supuesto la recuperación del derecho original situándolo, cuanto menos, al mismo nivel que el concepto de propiedad que hasta ahora considerábamos “tradicional”.

Como decimos, es un derecho reciente, y seguramente sea objeto de un mayor desarrollo jurisprudencial, pero por el momento ha sentado las bases de un reconocimiento esperanzador para las comunidades indígenas americanas, y quién sabe si para aquellas comunidades que traspasan las fronteras americanas.

