

1-1-2008

Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas

Mauricio Iván Del Toro Huerta

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela

Recommended Citation

Toro Huerta, Mauricio Iván Del, "Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas" (2008). *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 58.
http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/58

This Article is brought to you for free and open access by the Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers at Yale Law School Legal Scholarship Repository. It has been accepted for inclusion in SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers by an authorized administrator of Yale Law School Legal Scholarship Repository. For more information, please contact julian.aiken@yale.edu.

Los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la configuración del derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas

Mauricio Iván Del Toro Huerta

SUMARIO: I. Introducción; II. Los derechos indígenas: entre la tensión y el entendimiento; III. La jurisprudencia de la Corte IDH y la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, b) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, c) Casos contra Paraguay: Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaya, y d) Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname; IV. Aportes y cuestionamientos al desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH; V. Reflexión final: La importancia práctica de la jurisprudencia de la Corte IDH.

I. Introducción.

La cuestión relativa a los alcances de los derechos de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, y de los pueblos mismos, sigue siendo un debate inacabado. En su perspectiva teórica no existe consenso respecto de la naturaleza y alcance de tales derechos, y hay diferencias notables entre posiciones denominadas liberales y comunitarias, entre multiculturalismos liberales e interculturalismos moderados o radicales. En el ámbito internacional no hay un estándar común que permita definir con claridad cuáles son los derechos de los pueblos indígenas.¹

La reciente adopción de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* por la Asamblea General, constituye un aporte significativo a la construcción de tales estándares y responde al reconocimiento por parte de la comunidad internacional de una realidad injusta y de una necesidad apremiante por resolver situaciones de desigualdad que privan día con día de los derechos y las condiciones mínimas de existencia a millones de personas pertenecientes a pueblos indígenas. En este sentido, la Declaración llama la atención sobre diferentes aspectos relacionados con el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, particularmente de su derecho a la tierra (arts. 25-30), del derecho a su patrimonio cultural y propiedad intelectual (art. 31) y del desarrollo o utilización de sus territorios y otros recursos (art. 32).²

¹ El Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el único instrumento internacional vinculante que establece algunos estándares internacionales. El Convenio No. 169 ha sido ratificado por 19 Estados: Argentina; Bolivia; Brasil; Colombia; Costa Rica; Dinamarca; Dominica; Ecuador; España; Fiji; Guatemala; Honduras; México; Nepal; Noruega; Países Bajos; Paraguay; Perú, y República Bolivariana de Venezuela. El Convenio No. 169 revisó el anterior Convenio No. 107 sobre el mismo tema.

² Res. 61/295 de 13 de septiembre de 2007 (143 votos a favor, 4 en contra –Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia– y 11 abstenciones). La Declaración fue adoptada como un “ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo”, y los derechos en ella reconocidos “constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo” (art. 43).

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) además de los trabajos realizados para la adopción de un proyecto de declaración regional sobre el tema³ y los estudios e informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴, destaca también la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desarrollada al momento de resolver asuntos sometidos a su jurisdicción. En ellos, el tribunal interamericano ha desarrollado un concepto amplio de propiedad que constituye un parámetro general que resulta relevante en el contexto del continente, no sólo por tratarse de casos contenciosos contra Estados americanos, sino también por la importancia creciente de la jurisprudencia internacional en el ámbito interno de los Estados y en la interpretación de los derechos reconocidos en el Derecho internacional de los derechos humanos, en general, y de aquellos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular.

Al analizar el contenido y alcance del derecho a la propiedad privada (previsto en el artículo 21 de la Convención Americana), en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte IDH ha considerado la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, por lo que tales vínculos deben ser salvaguardados. En consecuencia, en diferentes casos ha determinado la responsabilidad internacional de los Estados involucrados por la violación, entre otros, de este precepto.

Tales criterios se incorporan al conjunto de iniciativas, prácticas e instrumentos internacionales que, dentro del *corpus iuris* del Derecho internacional de los derechos humanos, contribuyen a la conformación de un régimen internacional específico de protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

En el presente trabajo se exponen los principales criterios adoptados por la Corte IDH y se presentan algunos planteamientos que permitan definir su utilidad en el ámbito interno de los Estados Americanos, particularmente aquellos vinculados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no sólo ellos. En conjunto, se sostiene que los criterios de la Corte IDH reflejan el estado actual de evolución de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas y constituyen un aporte significativo, en la medida en que no sólo reconoce derechos específicos sino que también obligaciones para los Estados.

³ Entre otros, CIDH, *Fuentes en el Derecho Internacional y nacional del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 22, 1 marzo 2001.

⁴ Cfr. CIDH, *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 octubre 2000; Davis, Shelton H., *Land Rights and Indigenous Peoples. The Role of the Inter-American Commission on Human Rights*, Cultural Survival, Cambridge, Massachusetts, 1988.

II. Los derechos indígenas: entre la tensión y el entendimiento.

Históricamente, el discurso jurídico ha contribuido a la marginación y al rezago de la mayoría de los pueblos indígenas alrededor del mundo. La doctrina del “descubrimiento”, de la “*terra nullius*” y de la “ocupación efectiva” (*effective occupation*), como forma de adquisición de la propiedad, o los sistemas de la encomienda y el repartimiento, son sólo algunos ejemplos de figuras jurídicas que sirvieron para ocupar y colonizar bastos territorios indígenas y, en no pocas ocasiones, esclavizar, someter o marginar a sus poblaciones. Los movimientos de descolonización y de surgimiento de nuevos Estados en el ámbito internacional adoptaron también figuras jurídicas acordes con la salvaguarda de sus propios intereses. Así surgió la idea de “Estado-nación”; de derecho a la autodeterminación identificado con una idea fuerte de “soberanía territorial”, y de la preservación de las fronteras territoriales coloniales sobre la base de la doctrina del *uti possidetis*, sin consideración de vínculos culturales en sus poblaciones y, negando toda existencia y viabilidad legal a los reclamos históricos de los pueblos indígenas sobre sus territorios.⁵

La consagración de los principios de soberanía territorial, autodeterminación y dominio exclusivo sobre los recursos naturales por parte de los Estados o naciones en proceso de “civilización”, con miras a obtener su independencia, supuso la construcción de un muro prácticamente infranqueable para los reclamos de autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas.⁶

Por otra parte, la consolidación del discurso liberal de los derechos individuales y, particularmente del derecho a la propiedad privada, generó un vacío legal, una especie de limbo entre la realidad y la ficción, donde las reivindicaciones de los pueblos indígenas pasaron a ser poco más que fantasía, cuando no conspiración política o crimen contra la seguridad nacional. De esta forma, entre el discurso generado a favor de la soberanía territorial estatal y del derecho a la propiedad privada como derecho individual, se cerró el cerco, la puerta, a todo reclamo de autodeterminación territorial de los pueblos indígenas, así como a cualquier pretensión de un derecho de propiedad colectiva o comunal sobre sus tierras tradicionales.

⁵ Cfr. Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, [Indigenous Peoples in International Law, Oxford, 2d. ed. 2004], Editorial Trotta, 2005, pp. 37-76; Gilbert, Jérémie, *Indigenous Peoples' Land Rights Under International Law .From Victims to Actors*, Transnational Publishers, 2006, pp. 3-40, y Naciones Unidas, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes*, E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001, párrs. 21-32. Adicionalmente, deben considerarse los efectos perjudiciales de teorías “evolucionistas” de la sociedad, que estiman a los pueblos indígenas como vestigios de sociedades primitivas o en transición que deben evolucionar a un estadio más avanzado, “civilizado”, e integrarse a la cultura dominante.

⁶ Otra forma de “enfriamiento” de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras se dio a partir de la celebración de acuerdos o tratados con los Estados, los cuales han servido de base para privar o extinguir todo dominio o reclamo de derechos territoriales por tales pueblos, a través de un proceso de “domesticación” de la problemática, al considerar tales acuerdos como asuntos internos de los Estados y no como acuerdos entre naciones soberanas regidos por el derecho internacional. Cfr. “Informe Final del Estudio sobre tratados, arreglos y otros acuerdos constructivos entre Estados y Poblaciones Indígenas” del relator especial Miguel Alfonso Martínez, E/CN.4/Sub.2/1999/20, de 22 de junio de 1999.

Sólo la fragmentación del mundo al término de la guerra fría y el surgimiento de nuevos regionalismos permitieron que los muros culturales empezaran a debilitarse y las cortinas de humo respecto de la homogeneización de las poblaciones estatales a disolverse. El espejo de la realidad mostró su rostro diverso y multicultural, y las reivindicaciones de muchos pueblos indígenas volvieron a colocarse entre las que exigían más urgente atención y solución, no sólo por ser reivindicaciones históricas, añejas, olvidadas, sino también por ser apremiantes y necesarias para la supervivencia de millones de seres humanos en un contexto de creciente mundialización de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales.⁷ Asimismo, el surgimiento de perspectivas teóricas sensibles a la realidad multicultural abrió el escenario a la polémica y al inicio de uno de los debates más interesantes y fructíferos de las últimas décadas, que ha hecho posible el diálogo abierto y dado pauta para el entendimiento intercultural.⁸

De la misma forma, el desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos permitió que el discurso de los derechos finalmente se orientara hacia las justas reivindicaciones indígenas, haciendo énfasis en los deberes generales de protección, garantía y reparación por parte de los Estados, y aportando herramientas argumentativas de enorme utilidad y peso para la defensa de los derechos de tales pueblos. Nociones jurídicas como la “garantía colectiva”; la “universalidad, indivisibilidad e interdependencia” de los diferentes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; la interpretación evolutiva; el principio *pro personae*; la importancia del principio de no discriminación, como norma imperativa de derecho internacional (*ius cogens*)⁹, y el reconocimiento creciente del pluralismo cultural como principio jurídico, han permitido la construcción de un andamiaje sólido para estimar que los derechos de los pueblos indígenas deben ser considerados con seriedad por los Estados y por los demás sujetos y actores sociales, como verdaderos derechos y no sólo como expectativas deseables.

⁷ Cfr. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, *Examen de los acontecimientos relacionados con la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Tema principal: “Los pueblos indígenas y la mundialización”*. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/2, 16 de junio de 2003, y *Documento de trabajo sobre la mundialización y los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones indígenas, presentado por el Sr. El Hadji Guissé, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas*, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2003/14, 15 de junio de 2003.

⁸ Entre otros: Baumann, Gerd, *El enigma multicultural. Un replanteamiento de las identidades nacionales, étnicas y religiosas*, Paidós, 2001; Bonilla Maldonado, Daniel, *La Constitución multicultural*, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores, 2006; Carbonell, Miguel, Cruz Parcerio, Juan y Vázquez, Rodolfo (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa-UNAM, 2001; Kymlicka, Will (comp.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, 1997; Kymlicka, W., *Ciudadanía Multicultural [Multicultural citizenship]*. Oxford University Press, 2000], Paidós, 1996; Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós-UNAM, 1999; Parekh, Bhikhu, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory*, Palgrave, 2000; Taylor, Charles, *El multiculturalismo y “La Política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, 1992; Tully, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge University Press, 1995; Salcedo Aquino, José, *Multiculturalismo. Orientaciones filosóficas para una argumentación pluralista*, UNAM-Plaza y Valdés Ed., 2001; Sartori, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, 2001, y Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*, Paidós-UNAM, 2001.

⁹ Cfr. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101; Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 184.

Lo anterior se ha visto beneficiado con la adopción de normas internas de carácter constitucional y legal que reconocen la diversidad cultural de la población estatal y reconocen también derechos específicos a los pueblos indígenas. Ello ha permitido a los tribunales nacionales adoptar un rol más protagónico en la garantía de los derechos de tales poblaciones sobre la base del discurso de los derechos fundamentales.¹⁰

La idea de “pueblos indígenas” como sujetos de derecho supone un avance fundamental en el reconocimiento del derecho de tales colectividades a ser diferentes y vivir con dignidad en esa diferencia. Tales derechos específicos se identifican con lo que Kymlicka denomina “derechos diferenciados en función del grupo”,¹¹ particularmente, aquellos vinculados con los derechos de autogobierno que suponen algún tipo de autonomía política o jurisdicción territorial, dentro de lo que se ha llamado “autodeterminación interna” de los pueblos indígenas.

No obstante, no existe consenso absoluto sobre la propia noción de “pueblo indígena”, y la pertinencia de una definición universal sigue siendo polémica.¹² En el ámbito internacional se han hecho diferentes esfuerzos por definir tal concepto con una finalidad práctica que permita la defensa efectiva de sus reivindicaciones y derechos, reconociéndose que el criterio de autoidentificación (*self-identification*) es el que determina tanto la pertenencia de un individuo a un pueblo indígena, como la identificación de una comunidad en cuanto tal.¹³ Asimismo, se ha tratado de diferenciar entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas; en específico, se ha destacado el carácter individual de los primeros y colectivo de los segundos.¹⁴

¹⁰ Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Australia, en 1992, en el caso *Mabo vs Queensland* [No.2] (1992) 175 CLR 1], decidió que el argumento según el cual los derechos e intereses de las poblaciones indígenas sobre la tierra eran inexistentes (*terra nullius*) fue justificado sobre la base de doctrinas injustas y discriminatorias, en el contexto de una práctica política que ya no tiene cabida en el derecho contemporáneo. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en el caso *Embera-Catio*, destacó que la comunidad indígena “es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos [...] La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales” (Sentencia T-380/93 de 13 de septiembre de 1993).

¹¹ Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, op. cit., p. 27 [*Ciudadanía multicultural*, p. 47].

¹² Sobre los diferentes esfuerzos realizados sobre el concepto de “pueblo indígena”, véase en general: *Documento de trabajo preparado por la presidenta-relatora, la Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de “pueblo indígena”*. [Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of “indigenous people”] E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 June 1996.

¹³ En este sentido, el relator especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo, propuso en su célebre *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, la siguiente definición de pueblos indígenas: “*Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with preinvasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present nondominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.*” Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. Relator Especial: José Martínez Cobo, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párr. 379. Por su parte, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, establece, en su artículo 1, que el Convenio se aplica a: “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial, y b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

¹⁴ Cfr. Comisión de Derechos Humanos, *Documento de trabajo sobre la relación y las diferencias entre los derechos de las personas pertenecientes a minorías y los derechos de los pueblos indígenas*. E/CN.4/Sub.2/2000/10, 19 de julio de 2000. Erica-Irene Daes, en su documento, afirma que “la principal distinción jurídica entre los derechos de las minorías y de los pueblos indígenas en el derecho internacional contemporáneo se refiere a la libre determinación interna: el derecho de un grupo a gobernarse a sí mismo dentro de una zona geográfica reconocida, sin injerencia del Estado. Idem, párrs. 28, 33, 37, 43, 44 y 48.

Lo anterior, permite afirmar que el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho y el creciente reconocimiento de su derecho a la propiedad, individual y colectiva, sobre sus tierras, es uno de los aspectos más relevantes en la conformación de un régimen internacional específico de derecho indígena. En este sentido, como señala James Anaya, el Derecho internacional, en el pasado instrumento del colonialismo, se ha desarrollado y continúa haciéndolo, convirtiéndose en una fuente de apoyo a las reivindicaciones de los pueblos indígenas, en especial a través de desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵ De esta forma, el discurso de los derechos permitió abrir un espacio de reflexión conjunta entre Estados, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales (ONG's) y pueblos indígenas; sirvió también de plataforma común para el diálogo y el entendimiento, y ha permitido establecer algunos parámetros que facilitan el análisis y la configuración jurídica de los reclamos históricos de muchos pueblos indígenas en el mundo.

III. La jurisprudencia de la Corte IDH y la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En diferentes oportunidades, la Corte IDH ha tenido que pronunciarse sobre aspectos relacionados con los derechos de las personas y los pueblos indígenas y ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de sus costumbres para los efectos de la aplicación de la Convención Americana.¹⁶ Sin embargo, a continuación se exponen aquellos casos en donde se ha pronunciado específicamente sobre cuestiones relacionadas con el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas a partir de una interpretación amplia del derecho contemplado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

***a) Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua.*¹⁷**

El caso de la Comunidad Mayagna fue el primero relativo al derecho de propiedad comunal sobre la tierra ancestral de miembros de comunidades indígenas, y se convirtió en el *leading case* de la

¹⁵ Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, op. cit., p. 26.

¹⁶ Cfr. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15; *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, y *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 141. Así también lo ha hecho al dictar medidas provisionales. Véase, por ejemplo: *Caso Pueblo Indígena de Sarayaku*, Medidas Provisionales, Resolución de 17 de junio de 2005 y *Caso Pueblo Indígena Kankuamo*, Medidas Provisionales, Resolución de 5 de julio de 2004.

¹⁷ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

jurisprudencia de la Corte IDH en la materia.¹⁸ El caso versó sobre la falta de reconocimiento por parte de Nicaragua de los derechos de propiedad de la Comunidad Awas Tingni y, más concretamente, la ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación para hacer efectivos los derechos de propiedad comunal y la falta de demarcación de sus tierras, que, pese a múltiples gestiones efectuadas, no contaba con el reconocimiento estatal y se había visto perjudicada por una concesión maderera otorgada, sin consulta previa, a una compañía privada (SOLCARSA) en las tierras ocupadas por la comunidad.

En su sentencia, en primer lugar, la Corte IDH determinó que si bien era “evidente la existencia de una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena en Nicaragua”, el procedimiento para la titulación de tierras ocupadas por grupos indígenas no estaba “claramente regulado en la legislación nicaragüense” y no se establecía un “procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares”. Por lo que la Corte IDH determinó que no existía un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas.

Adicionalmente, la Corte estimó que el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias nacionales que conocieron de los amparos interpuestos por la Comunidad desconocieron el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Por tanto, la Corte IDH concluyó que el Estado violó el artículo 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma, y consideró como necesario, para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, que el Estado adoptara en su derecho interno “las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.”¹⁹

En segundo lugar, por cuanto hace al derecho de propiedad, previsto en el artículo 21 de la Convención Americana y que, entre otras cosas, establece el derecho de toda persona “al uso y goce de sus bienes”, la Corte IDH recordó su criterio según el cual los “bienes” pueden ser definidos como “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un

¹⁸ Cfr. Gómez Isa, Felipe (ed.), *El caso Awas Tingi contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.

¹⁹ Sentencia, párrs. 122-139.

valor.”²⁰ Sobre esta base, a partir de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y siguiendo los términos del artículo 29.b de la Convención, la Corte IDH consideró 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, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”²¹

Particularmente, dadas las características del caso, la Corte IDH precisó el concepto de propiedad en las comunidades indígenas, en los siguientes términos:

“[...] 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.

[...]

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”²²

En el caso, se determinó que Nicaragua reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas y se destacó que, conforme a lo establecido en la Constitución del Estado, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.

No obstante ello la Corte IDH advirtió que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no habían sido delimitados y demarcados por el Estado, lo que generó “un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes.” En consecuencia, la Corte estimó que los miembros de la Comunidad tienen derecho a que el Estado delimite, demarque y tittle el territorio de su propiedad; y se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice tales acciones, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o

²⁰ Sentencia, párr. 144.

²¹ Sentencia, párr. 148.

²² Sentencia, párr. 149 y 151.

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.

En atención a lo anterior, la Corte IDH estimó que el Estado había violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no había delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que había otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que debe recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.²³

b) Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname²⁴

El caso de la Comunidad Moiwana se sitúa en el contexto de un desplazamiento interno de poblaciones indígenas derivado de un conflicto armado y del derecho de retorno de las personas desplazadas a sus tierras y territorios tradicionales.

En este contexto resultan relevantes para el caso dos circunstancias, una general y remota, y otra, específica. La primera, se remonta al siglo XVII, época de la colonización europea del territorio actual de Suriname, en la cual se llevó forzosamente a esta región a numerosas personas originarias de África que fueron puestas a trabajar como esclavos en las plantaciones y muchas de las cuales lograron escapar a zonas de “bosque tropical o lluvioso” en la parte oriental del actual Suriname, donde establecieron comunidades nuevas y autónomas que se conocieron como *Bush Negroes* o *Maroons*, de los que, posteriormente, emergieron seis diferentes grupos que negociaron individualmente tratados de paz con las autoridades coloniales, entre ellos, los N’djuka (que a finales del siglo XIX fundaron la aldea Moiwana). En 1760, el pueblo N’djuka firmó un tratado que dispuso su liberación de la esclavitud y les permitió seguir residiendo en el territorio donde se habían establecido, delimitándose los límites de ese área.²⁵

La segunda circunstancia relevante está relacionada con el conflicto armado que tuvo lugar en Suriname, a raíz del violento golpe de Estado, ocurrido el 25 de febrero de 1980, que estableció un régimen militar. En 1986 una fuerza armada opositora conocida como el *Jungle Commando*, con numerosos integrantes Maroon, comenzó a operar en la parte oriental del país, atacando instalaciones militares en el área. El 29 de noviembre de 1986 se efectuó una operación militar en la

²³ Sentencia, párr. 152 y 153

²⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

²⁵ Sentencia, párrs. 86.1 y ss.

aldea de Moiwana, donde agentes del Estado y sus colaboradores mataron al menos a 39 miembros indefensos de la comunidad, entre los cuales había niños, mujeres y ancianos; asimismo, en la operación se quemó y destruyó la propiedad de la comunidad, lo que forzó a los sobrevivientes a huir; algunos llegaron a campos de refugiados en la Guyana Francesa y otros fueron desplazados internamente a ciudades más grandes en el interior de Suriname. La aldea de Moiwana quedó abandonada desde el ataque.²⁶

En el caso, si bien la Corte IDH determinó que no tenía competencia *ratione temporis* para examinar los hechos del 29 de noviembre de 1986 (en razón de que el Estado reconoció como obligatoria la competencia de la Corte a partir del 12 de noviembre de 1987), también determinó que sí tenía competencia para examinar las acciones y omisiones que constituyeran violaciones continuadas o permanentes y de aquellas ocurridas con posterioridad al reconocimiento de su competencia.²⁷ Entre las violaciones continuadas se incluyó la relativa al desplazamiento forzoso de las víctimas de sus tierras tradicionales, pues, no obstante que este desplazamiento sucedió en 1986, subsistió la imposibilidad del retorno a dichas tierras.

Al respecto, la Corte vinculó la circunstancia del desplazamiento forzoso de las víctimas de sus territorios tradicionales con la violación a diferentes derechos reconocidos en la Convención Americana, en particular, con el derecho a la integridad personal (art. 5); el derecho a la propiedad privada (art. 21); el derecho de circulación y residencia (art. 22); el derecho a las garantías judiciales y a un recurso efectivo (arts. 8 y 25). Así, la Corte IDH determinó que la falta de una investigación seria y completa sobre el ataque de 1986 y la falta de reparación alguna para los miembros de la comunidad les impidió, entre otras cosas, honrar adecuadamente a sus familiares muertos y ha implicado la separación forzosa de aquéllos de sus tierras tradicionales, por miedo de regresar ante la situación de impunidad, circunstancias que afectan sus derechos consagrados en el artículo 5 de la Convención, como consecuencia de su sufrimiento emocional, psicológico, espiritual y económico.²⁸

En el mismo sentido, en atención al principio *iura novit curia* y con base en los hechos del caso, la Corte IDH determinó que Suriname violó el derecho de circulación y residencia en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana. Lo anterior, toda vez que “el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permitirían a los miembros de la comunidad regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales, con respecto a las

²⁶ En este contexto, desde 1986 hasta 1987, por lo menos doscientos de civiles murieron durante operaciones militares; la mayoría de las víctimas fueron habitantes Maroon. Durante el mismo período, aproximadamente 15,000 personas huyeron de la zona de combate a la ciudad capital, Paramaribo, y otras 8,500 escaparon a la Guyana Francesa. La mayoría de los desplazados eran Maroons. Sentencia, párrs. 86.12 y ss.

²⁷ Sentencia, párr. 39.

²⁸ Sentencia, párrs. 93-97, 100 y 103.

cuales tienen una dependencia y apego especiales –dado que objetivamente no hay ninguna garantía de que serán respetados sus derechos humanos, particularmente los derechos a la vida e integridad personal. [...] Asimismo, el Estado ha privado efectivamente a los miembros de la comunidad que todavía se encuentran exiliados en la Guyana Francesa de sus derechos a ingresar a su país y permanecer en él.”²⁹

Por cuanto hace al derecho a la propiedad, la Corte IDH determinó que el mismo fue vulnerado por el Estado al no establecer las condiciones, ni proveer los medios que permitirán a los miembros de la comunidad vivir nuevamente en su territorio ancestral en forma segura y pacífica desde el ataque de 1986. La Corte llegó a tal conclusión no obstante que el ordenamiento jurídico interno no reconoce a tales comunidades como entidades jurídicas, ni establece derechos colectivos a la propiedad.

Para determinar si existía una privación del derecho al uso y goce de la propiedad, la Corte tuvo que considerar si la aldea de Moiwana pertenecía a los miembros de dicha comunidad y para ello tomó en cuenta el concepto amplio de propiedad desarrollado en el caso de la Comunidad Mayagna y recordó que “en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.³⁰ Con base en ello, determinó que los miembros de la comunidad podían ser considerados los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tenían y tienen el derecho al uso y goce de las mismas. Derecho que les fue negado como consecuencia de los sucesos de noviembre del 1986 y con la conducta posterior del Estado respecto de la investigación de tales hechos.³¹

Entre las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, además del pago de una indemnización por concepto de daño material e inmaterial a las víctimas en lo individual, atendiendo su pertenencia a la cultura N’djuka, se determinó que tales medidas debían complementarse con medidas que se ordenen a favor de la comunidad como un todo; entre ellas, la realización inmediata de una investigación y un proceso judicial efectivo sobre las ejecuciones extrajudiciales que ocurrieron el 29 de noviembre de 1986, que lleven al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y la compensación adecuada a las víctimas.

²⁹ Sentencia, párr. 120.

³⁰ Sentencia, párrs. 131.

³¹ Sentencia, párr. 134. Asimismo, la Corte IDH determinó que la deficiente investigación sobre el ataque de 1986 a la aldea de Moiwana, la obstrucción violenta de justicia y el largo período transcurrido sin que se logre el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables “han violentado las normas de acceso a la justicia y debido proceso establecidas en la Convención Americana” y por tanto el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana. Sentencia, párrs. 163 y 164.

Además, la Corte IDH dispuso que el Estado adoptara todas las medidas necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de los mismos, siendo que hasta que no sea asegurado dicho derecho “el Estado deberá abstenerse de realizar acciones –ya sea por parte de agentes estatales o de terceros que actúen con la aquiescencia o tolerancia del Estado– que afecten la existencia, valor, uso o goce de la propiedad ubicada en el área geográfica donde vivieron tradicionalmente los miembros de la comunidad hasta los hechos del 29 de noviembre de 1986.”³²

Finalmente, atendiendo a las concepciones de la comunidad y dado que las condiciones para el regreso de sus miembros depende de una investigación y un proceso judicial efectivos, se dispuso que hasta la culminación de tales procesos, “sólo los miembros de la comunidad pueden decidir cuándo sería apropiado el regreso a la aldea de Moiwana. Cuando los miembros de la comunidad estén satisfechos de que se ha hecho lo necesario para que puedan regresar, el Estado deberá garantizar la seguridad de aquéllos.”³³ Finalmente, dado que la operación militar de 1986 destruyó la propiedad de la aldea de Moiwana y forzó a los sobrevivientes a huir, la Corte IDH estimó que Suriname creara un fondo de desarrollo destinado a programas de salud, vivienda y educación de los miembros de la comunidad.³⁴

c) Casos contra Paraguay: Comunidad Indígena Yakye Axa y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.³⁵

Los dos casos contra Paraguay que se describen a continuación se ubican en el contexto del desplazamiento interno de comunidades indígenas de sus tierras tradicionales que se vieron en la necesidad de abandonarlas como consecuencia de la marginación social y la extrema pobreza; en ambos se plantea, con crudeza, la cuestión del derecho de retorno como condición para una vida digna y para la preservación de la identidad cultural. En ellos se reclama la no devolución oportuna de tierras ancestrales y se establecen criterios importantes sobre la solución de contradicciones entre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular.³⁶

³² Sentencia, párrs. 209 y 210.

³³ Sentencia, párr. 212.

³⁴ Sentencia, párr. 214.

³⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

³⁶ No obstante la similitud de los casos, como lo destacan los jueces Cançado Trindade y Ventura Robles en sus respectivos votos disidentes y razonados, existen diferencias importantes en el tratamiento del material probatorio respecto al derecho a la vida de las personas que fallecieron en las comunidades. Mientras en el Caso Yakye Axa la mayoría de la Corte IDH consideró que no existían pruebas que acreditaran la responsabilidad internacional del Estado, en el Caso Sawhoyamaxa consideró suficientemente probado el nexo causal entre la conducta estatal y la muerte de las víctimas.

Los antecedentes remotos de ambos casos se ubican a finales del siglo XIX, cuando grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo, habitada exclusivamente por indígenas, fueron adquiridas a través de la bolsa de valores de Londres por empresarios británicos, sin el conocimiento de la población que los habitaba. Así comenzaron a instalarse en la zona varias misiones y estancias de la Iglesia Anglicana con la finalidad de iniciar la evangelización y “pacificación” de los indígenas, y facilitar su empleo en las estancias. Con el paso de los años, se incrementó la ocupación no indígena del Chaco boreal iniciada a finales del siglo XIX y principios del XX. Las estancias que se iban estableciendo en la zona incorporaron la mano de obra de los indígenas que habitaban tradicionalmente estas tierras, quienes pasaron a ser peones y empleados de los nuevos propietarios, generando también su sedentarización. Desde entonces, “las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a la propiedad privada y fraccionadas progresivamente. Con ello aumentaron las restricciones de la población indígena al acceso a sus tierras tradicionales, produciendo cambios significativos en las prácticas de subsistencia de la población indígena.”³⁷

A principios del año 1986 los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa se trasladaron a la estancia El Estribo, adquirida por la iglesia anglicana, “debido a las graves condiciones de vida que tenían en la Estancia Loma Verde”, lugar de sus tierras ancestrales. Sin embargo, el traslado no trajo consigo una mejoría en sus condiciones de vida, por lo que, desde 1996, parte de la Comunidad Yakye Axa se asentó al costado de la carretera que une Pozo Colorado y Concepción en el Departamento de Presidente Hayes, frente a la alambrada de la Estancia Loma Verde. Años antes, en 1993, los miembros de la Comunidad decidieron iniciar los trámites para reivindicar las tierras que consideran como su hábitat tradicional, en Loma Verde, en las cuales se encontraban inmuebles propiedad de las empresas “Florida Agricultural Corporation”, “Livestock Capital Group INC.” y “Agricultural Development INC.”, que, ante la solicitud de reivindicación de territorio de la Comunidad Yakye Axa, reiteradamente expresaron no tener interés de negociar la venta del territorio, pidiendo se desestimara la solicitud de expropiación realizada por la Comunidad sobre la base de que los inmuebles se hallaban racionalmente explotados. Razones que, en última instancia, justificaron la negativa de expropiación de las tierras requeridas.³⁸

De manera similar, la Comunidad Sawhoyamaya inició el proceso de reivindicación de sus tierras ancestrales en el año 1991, hasta entonces sus habitantes se agrupaban en varias aldeas indígenas dispersas en diferentes estancias ganaderas de la región chaqueña, al oeste del río Paraguay. A partir del inicio del procedimiento administrativo de reivindicación la mayoría de los

³⁷ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párrs. 73.3. y ss.

³⁸ Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 50.8, 50.13 y ss.

miembros de la Comunidad decidieron salir de las estancias en las que vivían e instalarse frente a la alambrada de la propiedad reivindicada, al costado de la carretera que une Pozo Colorado y Concepción, en el Departamento Presidente Hayes. Las tierras reivindicadas por la Comunidad indígena se encuentran dentro de las tierras que han ocupado tradicionalmente y forman parte de su hábitat tradicional, pero se encontraban en dominio privado y estaban siendo producidas por sus dueños, quienes se negaron a negociar la venta de las tierras, con lo cual se impidió su expropiación por el Estado.³⁹

Ante las circunstancias de pobreza extrema de la mayoría de los miembros de las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaya, quienes se encontraban viviendo al borde de una carretera nacional sin ningún tipo de servicio público, a la espera de que los organismos competentes resolvieran su solicitud de reivindicación de tierras, el Presidente de la República del Paraguay, mediante el Decreto No. 3789 de 23 de junio de 1999, declaró en estado de emergencia a tales comunidades indígenas. En el decreto se reconoció que estas comunidades se hallaban privadas del “acceso a los medios de subsistencia tradicionales ligados a su identidad cultural, por la prohibición de los propietarios al ingreso de éstos en el hábitat reclamado como parte de sus territorios ancestrales”. Ello exigía una “respuesta urgente” del gobierno, el cual adoptó diferentes medidas para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de tales comunidades.⁴⁰

En ambos casos, la Corte IDH precisó que por tratarse de casos sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, y 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. En consecuencia, 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.” De la misma forma debe proceder la propia Corte IDH, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana.⁴¹

Del análisis de la normativa interna, la Corte IDH consideró que “la comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados,

³⁹ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párrs. 73.6 y ss.

⁴⁰ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párrs. 73.62 y ss. No obstante, a pesar de la declaratoria de emergencia los miembros de las comunidades indígenas afectadas “siguen viviendo en condiciones de vida precarias, sin contar siquiera con los servicios básicos mínimos”. Párr. 73.67.

⁴¹ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 51 y Caso Sawhoyamaya, párrs. 59 y 60.

sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia.”⁴² Asimismo, la Corte IDH consideró que la demora prolongada en los procedimientos de reivindicación, iniciados en 1991 y 1993 por las comunidades reclamantes, “constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”, siendo que la falta de razonabilidad no fue desvirtuada por el Estado, sino que, por el contrario, las demoras en el proceso administrativo no se produjeron por la complejidad del caso, “sino por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales.”⁴³

Además, la Corte IDH, a partir de una interpretación conjunta del Convenio No. 169 de la OIT (art. 14.3), incorporado al derecho interno paraguayo, y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, determinó que existe la obligación del Estado de ofrecer “un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.”⁴⁴

Con base en ello consideró que los procedimientos establecidos en la legislación interna únicamente permiten disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, “pero cuando los propietarios particulares se niegan a vender las tierras y demuestran la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tienen un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas.” De ahí que para la Corte IDH tales procedimientos resulten contrarios a los artículos 8 y 25 de la Convención.⁴⁵

En general, la Corte IDH determinó que de conformidad con el artículo 2 de la Convención se deben instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. En consecuencia, los Estados “deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras.” Debiéndose establecer trámites “accesibles y simples” y que los órganos competentes “cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.”⁴⁶

Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, la Corte IDH (como lo hizo en el Caso Mayagna) tomó en cuenta “la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas” y reiteró su jurisprudencia en el sentido de que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la

⁴² Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 83 y Caso Sawhoyamaya, párrs. 94.

⁴³ Sentencias Caso Yakye Axa, párrs. 86-88 y Caso Sawhoyamaya, párrs. 96 y 97.

⁴⁴ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 96.

⁴⁵ Sentencias Caso Yakye Axa, párrs. 82-98 y Caso Sawhoyamaya, párrs. 102-108.

⁴⁶ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 102 y Caso Sawhoyamaya, párr. 109.

evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, en el contexto general del conjunto del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En particular, resultaba relevante para el análisis de los casos lo dispuesto en el Convenio No. 169 de la OIT, así como lo previsto en la constitución y en legislación interna del Estado de Paraguay.⁴⁷

Con base en ello, la Corte afirmó 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 territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.”⁴⁸ Asimismo, el Tribunal especificó que la noción de “dominio” y “posesión” sobre las tierras “no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad” aunque merecen igual protección, y enfatizó que 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 personas.”⁴⁹

De hecho, en los casos que se reseñan las partes reconocen que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención.⁵⁰ De ahí que para la solución de posibles contradicciones reales o aparentes entre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular, la Corte IDH recordó las pautas generales para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos humanos⁵¹ y afirmó que al aplicar tales estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro, en el entendido de que el artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.”

⁴⁷ Sentencias Caso Yakye Axa, párrs. 124, 126-130, y Caso Sawhoyamaya, párr. 117.

⁴⁸ Sentencias Caso Yakye Axa, párrs. 131 y 135, y Caso Sawhoyamaya, párr. 118. Asimismo, la Corte señaló: “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 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 indígenas”. Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 154.

⁴⁹ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párr. 120.

⁵⁰ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 140, y Caso Sawhoyamaya, párrs. 124 y 125.

⁵¹ A saber: 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. Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 145.

Así, por ejemplo –dijo la Corte–, “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.”⁵² 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. Por el contrario, 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.⁵³

Lo anterior, “no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros.” Al respecto, la Corte IDH consideró que cuando los Estados se vean imposibilitados, “por razones concretas y justificadas”, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, “la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”.⁵⁴ Por otra parte, la Corte IDH reiteró que la posesión de las tierras por parte de los indígenas no era un requisito para acceder al reconocimiento oficial de propiedad sobre los mismos y recordó:

“En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Por otro lado, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, el Tribunal consideró que los miembros de

⁵² Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 146.

⁵³ Sentencia Caso Yakye Axa, párrs. 147 y 148.

⁵⁴ Sentencia Caso Yakye Axa, párr. 149. Al respecto, la Corte IDH aclaró: “Ahora bien, la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya.” Sentencia Caso Sawhoyamaya, párr. 136.

la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.

De lo anterior se concluye que: 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 calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.”⁵⁵

Posteriormente, la Corte IDH analizó si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo y, tomando en cuenta la relación única de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.”⁵⁶ Asimismo, la Corte precisó que dicha relación “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y 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”⁵⁷. Lo anterior, en el entendido de que “si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.”⁵⁸

Además, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, “deberá 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”⁵⁹.

⁵⁵ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párrs. 127 y 128.

⁵⁶ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párr. 131.

⁵⁷ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 154 y Caso Sawhoyamaya, párr. 131.

⁵⁸ Sentencia Caso Sawhoyamaya, párr. 132.

⁵⁹ Sentencias Caso Yakye Axa, párr. 149, y Caso Sawhoyamaya, párr. 135.

Sobre esta base, la Corte IDH concluyó que el Estado violó, entre otros, el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de las comunidades Yakye Axa y Sawhoyamaya, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

d) Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname⁶⁰

Finalmente, se exponen los argumentos de la Corte IDH vertidos en el *Caso del Pueblo Saramaka*, donde, de alguna forma, consolida sus criterios anteriores y avanza en la construcción de una interpretación amplia del artículo 21 de la Convención Americana, que, a partir del derecho a la autodeterminación consagrado, *in genere*, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, permite afirmar la obligación del Estado de respetar el derecho de los pueblos indígenas al uso y goce de la propiedad comunal sobre sus tierras y territorios tradicionales, incluyendo los recursos naturales que se encuentran dentro de los mismos que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida (particularmente en el contexto del otorgamiento de concesiones sobre tales recursos), no obstante que el Estado de Suriname no reconoce tal derecho a la propiedad comunal en su legislación interna y no ha ratificado el Convenio No. 169 de la OIT.

Al respecto, la Corte determinó que el artículo 21 de la Convención no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros de tales pueblos, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.⁶¹

En su sentencia, la Corte IDH declaró que el Estado había violado en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, el derecho de propiedad artículo 21 de la Convención) sobre sus tierras tradicionales; así como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), en relación con el derecho a la propiedad y el derecho a la protección judicial (artículo 25), en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.⁶²

⁶⁰ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. En lo sucesivo la cita de los párrafos se refiere a la versión en inglés de la sentencia, que es el texto auténtico.

⁶¹ Sentencia, párr. 143.

⁶² Sentencia, párr. 214.

En consecuencia decidió, entre otras cosas, que el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas. Lo anterior, en el entendido de que, hasta en tanto no se lleven a cabo tales acciones, debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo; debiéndose revisar las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo Saramaka. Además, el Estado debe otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. Para llegar a la determinación anterior la Corte IDH, previamente, tuvo que definir algunos criterios que resultan relevantes en el contexto de la conformación de un régimen internacional de protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales.

En primer lugar, la Corte IDH constató, como lo hizo en el caso *Moiwana*, que a los miembros del pueblo Saramaka, como una comunidad tribal, les resulta aplicable su jurisprudencia respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.⁶³ Asimismo, concluyó que el Derecho internacional de los derechos humanos garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente (derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural), y que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.”⁶⁴

Para ello, siguiendo su jurisprudencia, reiteró que “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva”, y que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.⁶⁵ En consecuencia, “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su

⁶³ Sentencia, párr. 79-86.

⁶⁴ Sentencia, párr. 96.

⁶⁵ Sentencia, párr. 89.

supervivencia social, cultural y económica”, así como “adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.”⁶⁶

Lo anterior, no obstante que el Estado de Surinam no había reconocido en su legislación interna el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y no era Estado Parte del Convenio No. 169 de la OIT, toda vez que, de una interpretación amplia del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana, así como de su interpretación armónica, en los términos del artículo 29 de la misma (conjuntamente con lo previsto en el artículo 1 en común de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),⁶⁷ el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas permite sostener una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana (conjuntamente también con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) “al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente.”

Con base en lo anterior, la Corte IDH analizó el marco legal del Estado y concluyó que el mismo sólo otorga a los integrantes del pueblo Saramaka “un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa” siendo que los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra, el cual debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica.⁶⁸ Posteriormente, la Corte IDH reiteró su criterio relativo a que la importancia de la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y el derecho de sus integrantes de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.⁶⁹

⁶⁶ Sentencia, párr. 91.

⁶⁷ Tal precepto ha sido interpretado por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales como aplicable a los pueblos indígenas. *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”. Sentencia, párr. 93.

⁶⁸ Sentencia, párr. 115.

⁶⁹ Sentencia, párr. 120-122. Al respecto, la Corte IDH precisó que la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente busca “prevenir su extinción como pueblo”. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es “garantizar que podrán 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.”

Derivado de ello, al analizarse las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales debe considerarse si la misma “implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.” Siendo que el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los pueblos indígenas respecto de las tierras y recursos naturales de los que tradicionalmente son titulares únicamente cuando dicha restricción haya sido prevista por ley; sean necesarias y proporcionales; tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, y, además, no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.⁷⁰

En este sentido, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de dicho 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. En opinión de la Corte IDH, mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo indígena o tribal tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo.⁷¹

De lo anterior, se desprende el derecho de los pueblos a ser consultados de conformidad con sus costumbres y tradiciones y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento libre. Ello supone que el Estado debe brindar la información necesaria a través de una comunicación constante, particularmente de los posibles riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo, en el entendido de que las consultas deben realizarse de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso.⁷² En específico, “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un

⁷⁰ Sentencia, párrs. 127 y 128.

⁷¹ Sentencia, párr. 129.

⁷² Sentencia, párr. 133.

mayor impacto dentro del territorio”, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los pueblos involucrados, “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”⁷³

Por cuanto hace a la segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio de un pueblo indígena o tribal (en este caso el Saramaka) es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo respectivo, como cuestión inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención. Al respecto, la Corte IDH consideró que el derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad.” En el caso, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.”⁷⁴

Con base en todo lo anterior, la Corte IDH determinó que, en el caso, las concesiones madereras y mineras auríferas vulneraron el derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, entre otras cosas, porque tales concesiones se emitieron sin realizar o supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios.

Finalmente, respecto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka, como impedimento para poder recibir un título de propiedad comunal de sus tierras en calidad de comunidad tribal y para tener acceso equitativo a la protección judicial de sus derechos de propiedad, la Corte IDH consideró que dicho derecho “es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones”, dado que es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.⁷⁵

IV. Aportes y cuestionamientos al desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH

⁷³ Sentencia, párrs. 134 y 137.

⁷⁴ Sentencia, párr. 139.

⁷⁵ Sentencia, párr. 172.

Los criterios generales de interpretación establecidos por la Corte IDH desde el *Caso Mayagna* y que irradian al conjunto de su jurisprudencia, parten de reconocer la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como del hecho de que entre los indígenas “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra”. El vínculo entre los miembros de la colectividad y la tierra que tradicionalmente ocupan no es sólo una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual que se debe respetar y preservar.

En conjunto la jurisprudencia de la Corte IDH ha destacado el derecho al reconocimiento de la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales tradicionales, el derecho a su delimitación y demarcación; el derecho a su devolución o restitución; el derecho a una indemnización por pérdida o traslado, así como derechos de consulta previa, de información y de participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales de sus territorios.

- El derecho a la propiedad protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentran, que han usado tradicionalmente dentro de su territorio y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos.
- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. Por tanto, la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.
- 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, no obstante lo cual mantienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.
- El derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo mientras exista la relación especial característica de la comunidad con sus tierras. No obstante, tal derecho puede extinguirse por el transcurso del tiempo, a menos que se demuestre que las comunidades mantienen todavía una relación con las tierras, dependiendo de su cultura y siempre que la misma sea posible, ya sea a través de lazos espirituales, asentamientos o cultivos esporádicos, caza, pesca o recolección estacional, uso de recursos naturales ligados a sus costumbres.
- El Estado tiene el deber de establecer los procedimientos efectivos para el reconocimiento, demarcación, reivindicación y restitución de las tierras y territorios indígenas.

- El Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y desde las primeras etapas, respecto de programas de desarrollo que los involucren y, por tanto, debe brindar la información necesaria a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.
- Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio”, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los pueblos involucrados, “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.”

Por otra parte, y no obstante su importancia, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, puede ser sujeto a ciertas restricciones permitidas, así como al denominado juicio de ponderación o proporcionalidad en caso de coalición de derechos. En este contexto, al analizarse las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales debe considerarse si implican una denegación de las tradiciones y costumbres “de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.” Lo que supondría privar al derecho de su contenido esencial.

De esta forma, el Estado podrá restringir a los miembros de los pueblos indígenas el derecho al uso y goce respecto de las tierras y recursos naturales de los que tradicionalmente son titulares únicamente cuando la restricción se encuentre prevista por ley; sea idónea para alcanzar el fin legítimo que persiga (compatibilidad de fines e idoneidad de medios), ser necesaria y afectar en la menor medida el derecho en cuestión y proporcional respecto de los fines que se pretenden alcanzar con la medida (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En este sentido, “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado” y que 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.

En caso de conflicto entre la propiedad privada y la propiedad comunal indígena debe realizarse una ponderación de los derechos en juego y en caso de dar prioridad a la primera ofrecer a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o especie adecuada, y en caso de dar prioridad a la segunda, otorgar una indemnización a los particulares.

En ciertos casos, 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. Lo que “no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros.” En todo caso, cuando los Estados se vean imposibilitados, “por razones concretas y justificadas”, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, “la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”.

Tratándose de intereses estatales, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías que deben incluirse como elementos para evaluar la proporcionalidad de la restricción:⁷⁶ a) Asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio; b) Garantizar que los miembros del pueblo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio y c) Garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de dicho territorio a menos y hasta que se realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Con ello se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo indígena o tribal tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo.

De lo anterior, se desprende el derecho de los pueblos a ser consultados de conformidad con sus costumbres y tradiciones y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento libre cuando esté en juego la supervivencia de la comunidad por proyectos de desarrollo a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio.

Todo lo anterior supone un innegable avance en la consideración y el alcance de los derechos de los miembros de pueblos y comunidades indígenas y tribales. Un avance impulsado por la Corte IDH a partir de sus propios desarrollos jurisprudenciales, así como de los criterios adoptados por otros órganos internacionales.

⁷⁶ Agradezco a Oswaldo Ruiz Chiriboga por está y otras observaciones, expresadas también en su trabajo “Propiedad comunal vs. Propiedad privada e intereses estatales”, pendiente de publicación.

No obstante lo anterior, podrían hacerse algunos cuestionamientos a la labor interpretativa de la Corte IDH respecto al tema que se trata. Aquí se apuntan sólo tres que no pretenden ser exhaustivos sino sólo ilustrativos pero que estimo relevantes.

a) Alcance del derecho a la libre determinación. Lo primero que cabría preguntarse es si la Corte IDH no se excede en el alcance que otorga al derecho a la libre determinación vinculado con el derecho de propiedad de los miembros de comunidades y pueblos indígenas, al no existir un instrumento regional específico vinculante. ¿Existe un exceso de protagonismo en la interpretación de los derechos por parte de la Corte IDH, más allá de los estándares internacionales reconocidos?

En principio, la respuesta debe ser negativa por dos razones: la primera, de carácter sustantivo, porque existen principio de interpretación evolutiva que obligan a la Corte IDH a seguir la interpretación más favorable de determinados derechos en el conjunto del sistema internacional de protección de los derechos humanos y por tanto, resulta válido orientar los criterios a partir de resoluciones de la Asamblea General, del Comité de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los relatores especiales y de otros grupos de expertos. En segundo lugar, porque la Corte IDH es un mecanismo de control de convencionalidad supranacional que tiene la finalidad principal de desarrollar estándares internacionales regionales, atendiendo a los tratados internacionales de derechos humanos y al conjunto del derecho internacional de los derechos humanos, con independencia de las posiciones particulares que asuman los Estados en lo individual.

Además, el criterio seguido por la Corte IDH en el *Caso del Pueblo Saramaka* es congruente con los estándares de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en virtud del cual determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (art. 3); asimismo, en ejercicio de ese derecho tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales y disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas (art. 4)

b) Legitimidad democrática. Ante tal circunstancia cabría preguntarse, de qué legitimidad democrática goza la Corte IDH para establecer estándares regionales que suponen imponer obligaciones a los Estados no expresamente asumidas en un tratado internacional y por encima de los órganos legislativos nacionales. ¿Qué control democrático se puede ejercer respecto de los criterios de la misma Corte IDH? Tal planteamiento nos remite a la denominada “objeción

contramayoritaria” que se formula a los órganos de control de constitucionalidad y que es una forma válida y necesaria de mantener la perspectiva crítica de la función judicial.⁷⁷

Al respecto, se consideran dos cuestiones: La primera, que la Corte IDH goza de una legitimidad democrática que atiende no a la “representación política” sino a una “legitimidad funcional” a partir de la finalidad del propio tribunal en el conjunto del sistema del que forma parte, función que no es otra sino garantizar el respeto por parte de los Estados de las normas internacionales de derechos humanos, particularmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero también de otros instrumentos internacionales de carácter regional, con lo cual se afirma la importancia de la dignidad humana como premisa antropológica del sistema democrático y del Estado Constitucional.⁷⁸ En este sentido, el control que ejerce la Corte IDH es similar al que ejercen los tribunales constitucionales en tanto guardianes de los derechos fundamentales y, en ese sentido, goza de lo que Robert Alexy denomina una “representación argumentativa”, esto es una legitimación a partir de la exposición de buenos (o los mejores) argumentos que, a su vez, permiten un control en la corrección en su razonamiento por parte de otros actores y operadores jurídicos. Al respecto, Alexy considera que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: a) la existencia de argumentos correctos y b) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables por ese sólo hecho. De esta forma, tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad requieren para gozar de legitimación argumentativa de carácter democrático que sus argumentos sean razonables y que un número suficiente de miembros de la comunidad sean capaces de ejercitar frente al órgano de control, sus capacidades racionales y deseen hacerlo.⁷⁹

En este sentido, la denomina “objeción contramayoritaria” respecto del control que ejercen los tribunales supranacionales de derechos humanos tendría que enfrentar, a su vez, la cuestión de la corrección de los argumentos y la verificación de que los integrantes de tales instancias sean “personas razonables”. En ello, el control de la argumentación por parte de la academia y de los diferentes actores del sistema internacional juegan un papel de suma importancia, asimismo, los Estados asumen una gran responsabilidad al ser ellos los que postulan y aprueban, conforme a las normas respectivas, los nombramientos de los jueces internacionales. De ahí la importancia en que la designación de los jueces, así como la selección en el ámbito interno de las propuestas que hacen los Estados, sea transparente y coherente con los requerimientos y finalidades del sistema. En la

⁷⁷ Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁷⁸ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, 2001.

⁷⁹ Cfr. Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación” en *Jueces y ponderación argumentativa*, UNAM, México, 2006, pp. 1-18.

medida en que mayor sea la participación abierta de diferentes actores sociales, tanto en la cuestión argumentativa (por ejemplo, a través de la presentación de *amicus curiae*), como en la selección de las propuestas de jueces que someten los Estados a la aprobación de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos,⁸⁰ mayor será la garantía de una adecuada representación argumentativa como elemento de legitimación de la propia Corte IDH a través del dictado de sentencias basadas en “argumentos correctos y razonables”.

c) **Derecho al consentimiento libre e informado.** Finalmente, cabría preguntar si la jurisprudencia de la Corte IDH plantea un estándar muy alto del derecho de propiedad comunal cuando exige el consentimiento libre e informado y no sólo el deber de consulta respecto de proyectos de desarrollo que afecten de manera significativa a los pueblos indígenas. La respuesta también es negativa si se interpretan los criterios de la Corte IDH como estándares y límites que imponen cargas argumentativas y probatorias a las partes, respecto de la necesidad y proporcionalidad de las restricciones legales, y respecto de la afectación sustancial que ponga en riesgo la supervivencia del propio pueblo. La propia *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* en su artículo 32 establece que 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.”⁸¹ El criterio de la Corte IDH sigue ese estándar internacional.

V. Reflexión final: La importancia práctica de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH constituyen una valiosa aportación a la configuración del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios tradicionales, incluyendo los recursos naturales localizados en ellos. Los diferentes casos muestran contextos específicos y realidades comunes a muchas comunidades y pueblos indígenas en todo el Continente Americano: falta de delimitación y demarcación de tierras; desplazamientos forzados por conflictos armados internos; abandono de tierras por condiciones infrahumanas de existencia; falta

⁸⁰ La Convención señala que los jueces serán elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones para ejercer las más elevadas funciones judiciales del Estado del que sean nacional o del que los proponga (Art. 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A los Estados corresponde velar por que los jueces en efecto cumplen con tales exigencias y para ello, es preciso que atiendan las propuestas de la propia sociedad civil.

⁸¹ Otras disposiciones de la Declaración se refieren también al requisito de consentimiento libre previo e informado [arts. 10 (tratándose de traslados) y 19 (respecto de la aplicación de medidas legislativas y administrativas)]

de reconocimiento del derecho comunal de propiedad e incluso, de la propia personalidad jurídica en tanto comunidades y pueblos indígenas o tribales; venta de tierras a particulares y conflictos entre derechos de propiedad privada y comunal.

Al otorgar respuestas jurídicas a tales cuestiones, los criterios de la Corte IDH representan una herramienta de gran utilidad, no sólo para la defensa de los intereses de los propios pueblos indígenas, sino también para el esclarecimiento de las obligaciones que tienen los Estados en conformidad con la Convención Americana y, *stricto sensu*, respecto del derecho de propiedad en general.⁸² Asimismo, otros operadores jurídicos nacionales e internacionales tendrán que hacer frente a tales criterios. Así, los jueces nacionales de los Estados parte en la Convención Americana⁸³ deberán aplicar tales criterios en atención al “control de convencionalidad” a que se encuentran obligados, en los términos precisados por la propia jurisprudencia de la Corte IDH.⁸⁴ Respecto de Estados que no son parte del convenio de San José, sus jueces nacionales están en plena aptitud para justificar sus decisiones en conformidad con los criterios de la Corte IDH como criterios interpretativos autorizados, en atención a la importancia creciente del derecho internacional y del derecho comparado, siguiendo la práctica, cada vez más constante, de diálogo jurisprudencial entre cortes y tribunales a nivel internacional. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte IDH repercute y fertiliza también la de otros órganos de supervisión internacional, en particular, de la CIDH, que ya ha aplicado los criterios sobre el derecho de propiedad de pueblos indígenas, incluso respecto de Estados que no son parte en la Convención Americana, en atención al contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos a la luz de la evolución en el campo del Derecho internacional de los derechos humanos.⁸⁵ Todo lo anterior resalta la importancia práctica de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH y justifica su estudio crítico, siendo éste sólo un primer esbozo.

⁸² Derecho reconocido también en el Artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

⁸³ De los 35 Estados miembros de la OEA (contando a Cuba, cuyo Gobierno está excluido de participar en la OEA), 24 han ratificado la Convención, a saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

⁸⁴ Al respecto la Corte IDH ha sostenido: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C No 158, párr. 128. En similar sentido, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 173 y *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

⁸⁵ Cfr. CIDH, Informe N° 75/02. Caso 11.140. Fondo. *Mary y Carrie Dann* (Estados Unidos) 27 de diciembre de 2002.