

**Análisis de la evolución jurisprudencial
del artículo 21 de la Convención Americana de
Derechos Humanos**

*Alejandro Díaz Pérez**

*Daniela Aguirre Luna***

Introducción

En el presente artículo se pretende reflexionar y analizar pormenorizadamente la manera en que ha evolucionado la interpretación y el alcance del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención Americana o la CADH), con especial énfasis en la transformación de la concepción del derecho a la propiedad colectiva como la vía más importante para el reconocimiento y la protección del territorio ancestral de los pueblos indígenas del continente.

De esta forma, la protección efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte

* Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México; master en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España; especialista en Derechos Humanos y master en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España; exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; actualmente es abogado en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

** Licenciada en Derecho y maestra en Derechos Humanos con mención honorífica, Universidad Autónoma de Chihuahua, México; exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; actualmente es abogada en el Centro de Derechos Humanos “Miguel Agustín Pro Juárez”, con sede en la Ciudad de México.

Interamericana o Corte IDH) a la propiedad colectiva ha tenido una relevancia fundamental, habida cuenta de que en la región de las Américas existen 522 pueblos indígenas que van desde la Patagonia hasta el norte de México, pasando por distintas áreas geográficas como la Amazonia, los Andes, el Caribe continental, la Baja Centroamérica y Mesoamérica.

En ese contexto, marcado por la celebración del cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana, resulta imprescindible meditar sobre los estándares construidos por la Corte IDH en este tiempo, desde el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua hasta la decisión más reciente en el caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil.

Asimismo, es preciso explorar las posibles líneas jurisprudenciales que de forma incremental deben irse construyendo para la consolidación del sistema interamericano y del *corpus juris* de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas de la región que permita dotar de pleno efecto útil a la CADH.

I. Evolución del concepto de propiedad

El concepto de derecho a la propiedad privada contenido en la Convención Americana, ha sufrido una profunda y necesaria transformación que amplifica el entendimiento clásico de los derechos individuales que habían sido el eje de la comprensión y el fundamento de los derechos humanos; asimismo, ha transitado a una visión que clarifica la dimensión y la importancia de la protección de los derechos de naturaleza colectiva.

El punto de partida que puede explicar la transformación del entendimiento de la propiedad colectiva, parte de los debates mismos sobre dos conceptos: el del pluralismo y el del multiculturalismo. En tal sentido, el pluralismo se refiere a la oposición a cualquier postura monista y designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de los grupos étnicos que mantienen un estilo propio de vida.

En cuanto al multiculturalismo, este guarda relación con la importancia de construir formas efectivas de igualitarismo entre aquellos grupos o comunidades étnicas que sean cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes y con la de valorar positivamente la diversidad sociocultural, teniendo como punto de partida el que ningún grupo debe perder su cultura o identidad propia.

Ese origen del entendimiento de una visión más amplia de conceptos, como la propiedad, que además implica un debate sobre la propia concepción de la fundamentación de los derechos, constituyó la base sobre la cual la Corte IDH habría dado una interpretación evolutiva al artículo 21 de la CADH.

Tomando como premisa la especial relación que guardan los pueblos indígenas con sus tierras y territorios ancestrales, los órganos regionales han adoptado una interpretación evolutiva de estas disposiciones que se extiende más allá de la interpretación tradicional del derecho a la propiedad. En 1991, la Corte Interamericana resolvió el primer caso contencioso en materia de derechos de pueblos indígenas¹; sin embargo, fue hasta el 2000 cuando emitió su primera resolución sobre el derecho a la propiedad comunal en el caso Awas Tingni contra Nicaragua. En

1 Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (Fondo), sentencia del 4 de diciembre de 1991.

este, la Corte IDH comenzaría a dar contenido al artículo 21 de la Convención Americana, con relación a la propiedad indígena. Desde entonces, en sus subsecuentes sentencias en la materia, ha logrado consolidar una importante jurisprudencia relativa al derecho de propiedad de pueblos indígenas y tribales.

Dicha jurisprudencia es resultado de una interpretación evolutiva con observancia de las normas de interpretación de la Convención Americana contenidas en su artículo 29, así como de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que:

[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (artículo 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (artículo 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio N° 169 de la OIT².

Derivado de este estándar de interpretación, la Corte IDH ha establecido que el artículo 21 de la CADH “protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos

2 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador* (Fondo y Reparaciones), sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 161.

incorporales que se desprendan de ellos”³. De tal forma, esta entidad expresa su comprensión sobre la cosmovisión indígena y tribal, haciendo de la vital relación de dichos pueblos con su territorio la motivación de la protección de su derecho de propiedad; además, reconoce que tal protección es necesaria para garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales⁴.

Bajo la misma línea, la Corte Interamericana reconoce la propiedad colectiva del territorio centrada en la comunidad y reflexiona que la concepción indígena de la propiedad no necesariamente corresponde a la noción clásica. Al respecto, esta última reflexión puede resultar imprecisa puesto que la cosmovisión indígena y la relación comunitaria con el territorio reflejan, más bien, que su noción de propiedad es opuesta a la occidentalizada. No obstante lo anterior, la Corte IDH es clara en señalar que ambas concepciones de propiedad merecen la misma protección del artículo 21 de la Convención Americana en los siguientes términos: “[d]esconocer 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 de tal disposición a estos colectivos”⁵.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido su jurisprudencia acerca del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales y el deber de los Estados a proteger tal derecho, afirmando que “[a] la luz de las normas del Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

3 Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de octubre de 2015, párr. 100.

4 *Cfr.*, *ibid.*, párr. 102.

5 *Ibid.*

así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un corpus juris [sic] que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígena”⁶.

Avanzando en la consolidación jurisprudencial, la Corte IDH ha enfatizado que –entre las características especiales del derecho de propiedad de las comunidades indígenas– debe entenderse que los “titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva”⁷.

Así, los pueblos originarios tienden a tener modos de vida y una cosmovisión que implica estar conectados integralmente con el territorio, en tanto “[l]a 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 solo 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”⁸.

Asimismo, ha insistido en que la preservación de la conexión entre los pueblos indígenas y sus territorios está ligada a

6 Corte IDH. *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras...*, párr. 103.

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington, 30 de diciembre de 2009, párr. 62.

8 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135.

la sobrevivencia de los primeros⁹. Por lo tanto, el derecho internacional y la jurisprudencia interamericana exigen que el Estado deba “respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”¹⁰.

En suma, la jurisprudencia también se ha alimentado de otros instrumentos que tratan sobre la materia –sean del derecho internacional o nacional– incluidas, en un diálogo jurisprudencial multinivel, decisiones de otros tribunales para dar contenido tanto al deber de los Estados de proteger la propiedad de los pueblos indígenas a sus territorios, como al propio derecho.

II. Obligación de delimitar, demarcar y titular los territorios de las comunidades indígenas

La Corte IDH ha señalado que el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales, se deriva del uso y ocupación ancestral de la tierra y de los recursos que son necesarios para la supervivencia de estos pueblos y de sus integrantes. Asimismo, del uso y ocupación por largo tiempo de una comunidad indígena o tribal sobre su territorio, deriva la obligación estatal de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar, el derecho de propiedad comunal¹¹.

En ese sentido, debe entenderse que el derecho de propiedad ancestral se reconoce y garantiza mediante el uso y la

9 Cfr. Corte IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 91.

10 *Ibid.*, párr. 92.

11 Cfr., *ibid.*, párr. 96.

posesión a través de los años¹². Bajo ese tenor, el derecho al territorio existe previo a cualquier proceso de titulación y debe reconocerse, protegerse y garantizarse sin necesidad de que exista formalmente un título estatal. Por ello, la posesión de los indígenas sobre sus tierras ancestrales “tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y “otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”¹³.

Por otro lado, la Corte Interamericana también ha reconocido que la relación de una comunidad indígena o tribal con su territorio puede expresarse de distintas maneras, según la cultura y circunstancias de cada comunidad. En ese sentido, la relación no puede limitarse al lugar de vivienda sino que se extiende a lugares con los que la comunidad tiene lazos espirituales o ceremoniales, además de las tierras y recursos parte de su supervivencia como pueden ser lugares de cultivo, caza, pesca y recolección, ya sea de forma sedentaria o nómada¹⁴.

Bajo esta línea, el derecho de propiedad abarca la totalidad de la zona geográfica donde la comunidad realiza sus actividades¹⁵, incluyendo los territorios y recursos que ahí se encuentran¹⁶. Sin defecto de lo anterior, el artículo 14.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169), estipula el derecho de las comunidades a utilizar las tierras “que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las

12 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 127.

13 *Ibid.*, párr. 128.

14 Cfr. *ibid.*, párr. 131.

15 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153.

16 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párr. 135.

que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, parámetro que la propia Corte IDH ha asumido en sus decisiones.

Por otro lado, sobre el uso y disfrute de su territorio, la Corte Interamericana ha señalado que las comunidades indígenas y tribales tienen el derecho “a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal”¹⁷.

En ese contexto, bajo las normas del derecho internacional de los derechos humanos, es deber de los Estados tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos han ocupado tradicionalmente así como para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y de posesión¹⁸.

Al respecto, en el caso Comunidad Moiwana contra Suriname la Corte Interamericana dispuso que el Estado debería adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad el derecho de propiedad de sus territorios tradicionales, agregando que dichas medidas deberían incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular esas tierras¹⁹. De igual forma, en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua estimó que, “a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna

17 Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 48.

18 Por ejemplo, el artículo 14.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

19 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 15 de junio de 2015, párr. 209.

Awás Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal²⁰.

Estos estándares muestran que, a diferencia del Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana es enfática al determinar que las medidas para asegurar el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas deben incluir la delimitación, la demarcación y la titulación de sus tierras; además, la Corte IDH establece que dichas medidas deben tomar en cuenta el derecho consuetudinario de las comunidades, así como sus valores, usos y costumbres.

La finalidad de que las comunidades indígenas obtengan títulos sobre sus territorios, así como la demarcación y delimitación de estos por parte del Estado, es la de garantizar el uso y el goce permanente de sus tierras; si bien basta con la posesión ancestral para acreditar la propiedad de dichos territorios, el Estado tiene la obligación de proporcionar títulos de propiedad con el fin de brindar certeza jurídica a las comunidades y proteger la propiedad. Es en ese sentido que la Corte Interamericana ha establecido que el reconocimiento de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, debe materializarse mediante el otorgamiento de títulos sobre su propiedad; además, ha afirmado el derecho de las comunidades a que el Estado demarque, delimite y titule su territorio²¹.

Sin embargo, la jurisprudencia interamericana no ha dado mayor contenido sobre lo que debe entenderse por delimitar, demarcar y titular, ni ha descrito con profundidad los mecanismos idóneos para llevar a cabo tales procesos; únicamente ha señalado que los mecanismos a emplear deben ser efectivos y con base en

20 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awás Tingni...*, párr. 153.

21 Cfr. Corte IDH. *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 109.

la costumbre de la comunidad indígena o tribal interesada. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha señalado que “[e]l contenido de las distintas etapas de delimitación, demarcación y titulación no ha sido desarrollado por la jurisprudencia interamericana. Tal contenido deberá ser regulado por los Estados de conformidad con sus propias particularidades y tradiciones jurídicas, pero las medidas adoptadas deben sin embargo cumplir con los lineamientos interamericanos”²².

Sobre la certeza jurídica del título de propiedad, la jurisprudencia de la Corte IDH establece que este debe ser reconocido y respetado en la práctica y en el derecho interno, a fin de salvaguardar dicha certeza²³; y es justamente la certeza jurídica del título de propiedad, la que debe establecerse de forma tal que proteja el territorio de la comunidad frente a terceros y frente al propio Estado.

En ese sentido, pese a que exista un título de propiedad, la falta de demarcación potencializa los conflictos con terceros; inclusive con comunidades indígenas vecinas que, de buena fe, pueden confundir sus límites. Dichos conflictos pueden llegar a ser graves y violentos, poniendo en riesgo no solo el derecho al disfrute de la propiedad, sino otros derechos como la vida y la integridad personal. Finalmente, las comunidades pueden llegar a verse obligadas a desplazarse de su territorio a causa de la violencia, como sucedió a la comunidad indígena Sawhoyamaxa²⁴.

22 CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, párr. 102.

23 Corte IDH. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek...*, párr. 115.

24 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa...*, párr. 127.

III. El derecho de propiedad de los pueblos indígenas frente a terceros y el derecho a la recuperación de sus territorios

Más de un siglo después de la enajenación del Chaco Paraguayo, en la culminación de procesos emprendidos para recuperar su territorio los casos de las comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek llegaron a la Corte Interamericana. Las resoluciones de estos –fundamentales para el desarrollo jurisprudencial en la materia– enfatizaron el derecho de las comunidades indígenas a recuperar sus territorios ancestrales, de los cuales fueron despojadas contra su voluntad y sin reparación alguna²⁵.

En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que cuando la propiedad privada de los particulares y la propiedad privada de las comunidades indígenas se encuentran en conflicto, este debe resolverse conforme a los principios que rigen las limitaciones de los derechos humanos. Asimismo, de manera reciente en la resolución del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros contra Brasil señaló que:

El saneamiento no sólo implica el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente los territorios demarcados y titulados, sino garantizar su posesión pacífica y que los bienes titulados carezcan de vicios ocultos, esto es, libre de obligaciones o gravámenes en beneficio de terceras personas. Si lo anterior no se verifica, para la Corte es claro que el derecho de propiedad colectiva no ha sido garantizado por completo. Así, la Corte estima que los procesos administrativos de delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de

²⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24 de agosto de 2010.

territorios indígenas son mecanismos que garantizan seguridad jurídica y protección a este derecho²⁶.

Aunado a lo anterior, la Corte IDH ha insistido en que en todos los casos las restricciones admisibles al goce y ejercicio de los derechos de propiedad, deben ser: a) establecidas por la ley, b) necesarias; c) proporcionales; y, d) con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática²⁷.

De esta forma, la Corte Interamericana estableció –en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay– que cuando una de estas comunidades es despojada de su territorio y el título de propiedad sobre este ha sido legítimamente transferido a terceros de buena fe, la colectividad afectada tiene el derecho de recuperar sus tierras u obtener otras de igual extensión y cantidad²⁸.

Como sucedió en los casos del Chaco Paraguayo, el que las tierras ancestrales de las comunidades se trasladen de un propietario a otro y estén debidamente registradas no es obstáculo para que las comunidades recuperen su territorio y los Estados reconozcan su derecho de propiedad²⁹. Por ello, en cada caso debe realizarse un ejercicio de ponderación a la luz de los estándares de legalidad, necesidad, proporcionalidad y objetivo legítimo en una sociedad democrática, teniendo en cuenta las especificidades de la comunidad indígena respectiva; además, debe considerarse la importancia vital que el territorio ancestral representa para los pueblos indígenas y tribales como eje transversal.

²⁶ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2018, párr. 124.

²⁷ Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa...*, párrs. 145 a 148.

²⁸ Cfr. Corte IDH. *Sawhoyamaya vs. Paraguay...*, párr. 128.

²⁹ *Ibid.*, párr. 137.

De igual forma, la Corte IDH también estableció que el hecho de que las tierras que las comunidades reclaman como ancestrales estén siendo explotadas productivamente o el que existan tratados internacionales bilaterales de inversión en vigor que protejan a los propietarios de las tierras reclamadas, no son razones suficientes para negar el derecho a la propiedad y recuperación territorial³⁰.

Sobre el último supuesto, en el caso *Sawhoyamaya* el Estado argumentó la existencia de un tratado bilateral con Alemania como impedimento para la restitución de los territorios; sin embargo, la Corte IDH señaló que tal tratado “permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes ‘por causa de utilidad o interés público’, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas”³¹.

En cuanto a la vigencia del derecho a recuperar el territorio ancestral, la jurisprudencia interamericana señala que cuando la comunidad se ve imposibilitada de mantener su relación con la tierra o de llevar a cabo las actividades tradicionales, a causa de impedimentos u obstáculos ajenos a su voluntad, el derecho a la recuperación persiste hasta que las causas desaparezcan³². En concreto, mientras la relación única de la comunidad con su territorio exista, “el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”³³.

A pesar de lo anterior, el derecho a la restitución de los territorios ancestrales no es absoluto. Además de la ponderación ya referida, la jurisprudencia mencionada establece límites que deben entenderse como excepcionales; en tal caso, procederá la reparación mediante la entrega de tierras de alternativas:

30 Cfr. Corte IDH. *Sawhoyamaya Vs. Paraguay...*, párrs. 136, 137 y 140.

31 *Ibid.*, párr. 140.

32 Cfr., *ibid.*, párr. 132.

33 *Ibid.*, párr. 131.

Esto 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. 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 (supra párrs. 131, 135 y 139).

Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que

cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas³⁴.

Respecto a la entrega de tierras alternativas, la Corte IDH ha sido contundente al señalar que únicamente procede cuando los Estados se ven imposibilitados –por motivos objetivos y fundamentados– a restituir los territorios ancestrales. En ese sentido, el Estado debe demostrar la imposibilidad de la restitución³⁵. Al respecto, se produce una gran afectación a la comunidad al perder el territorio con el que tiene un profundo vínculo espiritual; daño que, desde luego, no se repara entregando otras tierras.

34 Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa...*, párrs. 149 y 150.

35 *Ibid.*, párr. 136.

IV. Obligaciones estatales en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones que afecten territorios ancestrales

Un gran número de pueblos indígenas y tribales poseen territorios ancestrales ricos en recursos naturales: plantas y animales de todo tipo, ríos, lagos y diversos recursos que se encuentran en el subsuelo; “[e]l deseo de tales recursos por la sociedad no indígena ha resultado históricamente en la remoción, la destrucción y el exterminio de muchas comunidades indígenas”³⁶. En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos ha buscado proteger los territorios indígenas de ser afectados por proyectos y concesiones que se otorguen sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio ancestral, así como garantizar el derecho de las comunidades a acceder a estos.

Asimismo, se ha buscado proteger y garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a un medio ambiente sano como lo establecen los numerales 4.3, 7.3 y 7.4 del Convenio 169; aunque no sean vinculantes, también lo dispone la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su numeral 29 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en sus romanos XIX y XXVI.

En tal sentido, en cuanto a la titularidad de los recursos naturales que existen en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha dispuesto que:

[L]os integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin

36 CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales...*, párr. 179.

ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para 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 Estados³⁷.

Es decir, la jurisprudencia ha enfatizado que el artículo 21 de la Convención Americana protege la propiedad sobre los recursos naturales que las comunidades han utilizado tradicionalmente y que constituyen parte de su forma de vida, de manera que sin ellos la supervivencia y desarrollo de la comunidad estaría en riesgo. Por lo anterior, es necesario determinar cuáles son los recursos necesarios para la supervivencia del modo de vida de las comunidades³⁸.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha establecido que la emisión de concesiones que dañan el ambiente y deterioran las tierras y recursos que los pueblos indígenas han usado ancestralmente, constituye una violación al artículo 21 de la CADH³⁹.

Asimismo, la Corte Interamericana ha establecido que la emisión de concesiones que dañan el ámbito del territorio [indígena], el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar [al pueblo], sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones³⁴⁰.

37 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka...*, párr. 121.

38 *Ibid.*, párr. 122 y 123.

39 *Ibid.*, párr. 148.

40 *Ibid.*, 134.

Por esta razón, cuando se trata del derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas y tribales, también debe entenderse que para que una limitación o restricción a ese derecho pueda considerarse justificarse, El Estado se encuentra obligado a verificar que dichas restricciones o limitaciones no impliquen una denegación en su subsistencia como pueblo⁴¹.

Sobre el particular, para que un proyecto de extracción, de desarrollo o a gran escala no implique la denegación de la subsistencia de un pueblo o comunidad indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar sino asegurar las siguientes salvaguardias: a) realizar un estudio de impacto social y ambiental; b) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta del pueblo indigenación en su subsistencia –entre otros supuestos– en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; y, c) compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación según lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones⁴².

En cuanto al deber de realizar un estudio de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio 169 dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

41. *Ibid.*, párr. 128.

42. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz vs. Honduras...*, párr. 156.

En consonancia con el Convenio 169, en el caso Pueblo Saramaka contra Surinam la Corte IDH resolvió que “el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁴³. De lo anterior se desprende que el estudio debe ser de índole ambiental y también social, que debe ser realizado y concluido de manera previa a cualquier concesión dentro del territorio ancestral, y que debe ser realizado por entidades independientes y con capacidad técnica bajo la supervisión del Estado.

Asimismo, en la interpretación de la sentencia del anterior caso la Corte Interamericana detalló que los estudios previos de impacto social y ambiental (EISA) “sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”⁴⁴, su objetivo no es solamente medir el impacto sobre el territorio y las personas, sino también “asegurar que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”⁴⁵.

Así también, señaló que dichos estudios deben realizarse conforme a estándares internacionales y buenas prácticas en la materia, respetando las tradiciones y la cultura de la comunidad cuyo territorio sea susceptible de verse afectado⁴⁶.

43. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname...*, párr. 129.

44. *Ibid.*, párr. 40.

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*, párr. 41.

Sobre el segundo principio, el derecho a la consulta ha tenido un amplio desarrollo a nivel internacional en donde, entre otras cosas, se ha establecido que tal derecho abarca la obligación de consultar a los pueblos originarios frente a políticas públicas impulsadas desde el Ejecutivo y tratándose de medidas de carácter legislativo que sean susceptibles de afectar a los pueblos originarios, tal como lo dispone el artículo 6.1(a) del Convenio 169.

Además de constituir una salvaguarda específica al derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la consulta es un principio general del derecho internacional⁴⁷. En ese sentido, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la consulta debe ser tomado en cuenta para garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos y comunidades indígenas. Así, por ejemplo, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador consideró lo siguiente:

Es por todo lo anterior que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios.

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los

47 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, párr. 164.

derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas⁴⁸.

En el mismo caso contencioso, la Corte IDH expresó que “[e]l reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática”⁴⁹.

Sobre el momento adecuado para realizar una consulta, la Corte IDH resolvió que la misma debe efectuarse desde las primeras etapas de planificación de la medida a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes; debe ser: i) realizada con carácter previo, ii) de buena fe, iii) adecuada, iv) informada, v) culturalmente adecuada y vi) con la finalidad de llegar a un acuerdo⁵⁰.

48 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku...*, párrs. 160 y 166.

49 *Ibid.*, párrs. 159 y ss.

50 *Ibid.*, párr. 178.

Ahora bien, respecto a la tercera garantía o salvaguardia del derecho a la propiedad que el Estado debe cumplir, sobre compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de acuerdo a lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones, la Corte IDH señaló que “La determinación de los beneficiarios deberá ser hecha en consulta con la comunidad, y no unilateralmente por el Estado”:

En caso de surgir algún conflicto interno entre los miembros de la comunidad sobre los beneficios que se produzcan, éste debe ser resuelto por la Comunidad, de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales⁵¹.

V. Reparación integral de las violaciones al derecho a la propiedad colectiva

Ante las numerosas violaciones al derecho a la propiedad que distintas comunidades indígenas del continente han sufrido, la Corte IDH se ha caracterizado por el desarrollo progresivo y la sofisticación de sus mecanismos de reparación integral siempre desde una visión colectiva.

Al respecto, en los casos *Xákmok Kásek*, *Sawhoyamaya* y *Yakye Axa* solicitó la devolución del territorio tradicional de la comunidad y, en su caso, otorgar tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros que más se acerque a la *restitutio in integrum*, por lo que dispuso que el Estado paraguayo debía adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros

51 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)…, párrs. 25 y 26

de dichas comunidades el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce.

En el caso *Mayagna*, la Corte Interamericana ordenó por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, que el daño inmaterial ocasionado debía además ser reparado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria.

Por su parte, con relación a la comunidad *Xucuru* la Corte IDH dispuso que el Estado brasileño debía garantizar de manera inmediata y efectiva el derecho de propiedad colectiva del pueblo indígena sobre todo su territorio, de modo que no sufrieran ninguna intrusión, interferencia o afectación por parte de terceros o agentes del Estado que pudiesen menoscabar la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio⁵².

Como garantías de no repetición la Corte Interamericana ha insistido en ordenar la adopción de medidas de derecho interno que incluyan reformas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad.

Asimismo, con relación a medidas de compensación, la Corte IDH ha estimado apropiado analizar dichas medidas a la luz de la creación de un fondo de desarrollo comunitario como compensación por el daño material e inmaterial que los miembros de una comunidad han sufrido, enfatizando que dicho fondo es adicional a cualquier otro beneficio presente o futuro que le corresponda a los pueblos indígenas con motivo de los deberes generales de desarrollo del Estado.

52 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros...*, párr. 196.

En ese sentido, el fondo de desarrollo generalmente está destinado a: i) impulsar proyectos orientados a aumentar la productividad agrícola o de otra índole en la comunidad; ii) mejorar la infraestructura de la comunidad de acuerdo con sus necesidades presentes y futuras; iii) restaurar las áreas deforestadas; y, iv) otros que consideren pertinentes para el beneficio de las comunidades afectadas⁵³.

VI. ¿Hacia dónde debe ir la jurisprudencia relacionada con el artículo 21 de la CADH?

En el contexto del cuadragésimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana, también resulta fundamental reflexionar sobre la dirección que debería tomar la jurisprudencia relacionada con el derecho a la propiedad colectiva.

Constituye una cuestión central el fortalecimiento progresivo de los estándares relacionados con los mecanismos efectivos que los Estados parte deben desarrollar para la delimitación, la demarcación y la titulación de la propiedad de los miembros de una comunidad indígena, tomando en cuenta el derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y sus costumbres.

En algunas jurisdicciones, estos problemas se exacerban en tanto cuando existen déficits de legislación. En ese sentido, puede observarse la existencia de ciertas fricciones en las normativas de tipo civil o agrario que a menudo son las que articulan el acceso a la titulación de un territorio y que en un análisis preliminar no serían compatibles con el artículo 21 de la Convención Americana. Ese punto específico podría ser un área de oportunidad a futuro para la jurisprudencia interamericana.

⁵³ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 8 de octubre de 2015, párrs. 332 y 333.

Asimismo, sería apropiado que la Corte IDH tuviera la posibilidad de generar precedentes importantes en relación con las concesiones otorgadas a empresas privadas en caso de proyectos extractivos, de exploración o de desarrollo, habida cuenta de las obligaciones de proteger que los Estados tienen frente a terceros que pudieran violar derechos humanos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, es importante profundizar en estándares que obliguen a los Estados a establecer un mecanismo que permita evaluar la necesidad de una modificación a los términos de las mismas o la cancelación de concesiones de proyectos de gran escala o extractivos, en los casos que dichas actividades repercutan en la supervivencia física y cultural de comunidades y pueblos indígenas.

De igual forma, ante los debates contemporáneos existentes sobre si el derecho a la consulta previa como una salvaguardia específica de la propiedad colectiva debe garantizarse a través de una ley específica de consulta –que recoja los estándares más altos sobre dicha materia– y/o que los Estados estén obligados al menos a seguir el estándar de “consulta sobre la consulta”, como un deber derivado de la Convención Americana.

Reflexiones finales

La jurisprudencia interamericana desarrollada sobre el artículo 21 de la CADH ha sido profunda y ha adoptado una evolución progresiva, que ha definido de manera puntual las obligaciones a seguir por los Estados parte.

Este avance sustancial ha permitido una interpretación evolutiva del concepto de propiedad y fijar las obligaciones de

delimitación, demarcación y titulación de los territorios de las comunidades indígena; asimismo, la generación de estándares sobre el derecho de propiedad de los pueblos indígenas frente a terceros y el derecho a la recuperación de los territorios.

También, se han articulado sólidos pasos en relación con las obligaciones estatales en proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones que afecten territorios ancestrales, y especialmente la jurisprudencia sobre reparaciones integrales de las violaciones al derecho a la propiedad colectiva, que han sido ordenadas desde una perspectiva holística y de desarrollo comunitario.

No obstante lo anterior, también existen retos centrales que son necesarios abordar en el sistema interamericano para que se sigan produciendo altos estándares de protección del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, habida cuenta de las complejas problemáticas que enfrentan estas comunidades en el acceso a la justicia y la reparación en nuestra región.