



Pueblos indígenas y tribales: la interpretación del artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos

Camila Ormar*

Abstract

The Author reflects on the way in which the full enjoyment and exercise of the right to communal property is guaranteed according to the standards set forth in the jurisprudence of the Inter-american court of human rights. Attention focused on the protection that the Court has given to the existing link between communities and their ancestral lands.

Keywords: human rights, indigenous and tribal people, communal property

La Autora reflexiona en torno a la manera en que se garantiza el pleno goce y ejercicio del derecho a la propiedad comunal según los estándares sentados en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos. Centra la atención en la protección que se ha otorgado al vínculo existente entre las comunidades y sus tierras ancestrales.

Palabras claves: derechos humanos, pueblos indígenas y tribales, propiedad comunal

L'Autrice riflette sull'esercizio e il pieno godimento del diritto di proprietà comunale garantito dalle norme giurisprudenziali della Corte interamericana dei diritti umani. Considera la protezione data al legame che le comunità hanno con le loro terre ancestrali.

Parole chiave: diritti umani, popoli indigeni e tribali, proprietà comunale

1. Aproximaciones iniciales

Una mirada histórica del derecho internacional público permite advertir que, por largo tiempo, el discurso jurídico ha contribuido a la marginación de pueblos indígenas en todo el mundo. A modo de ejemplo, conceptos como *uti possidetis* o *terra nullius* fueron argumentos que, desde el plano jurídico, justificaron la colonización de territorios indígenas durante siglos¹. Afortunadamente el derecho internacional, que en el pasado respaldaba al colonialismo, se ha convertido en una fuente de apoyo infranqueable para las reivindicaciones de los pueblos² gracias al desarrollo progresivo

* Universidad nacional del centro de la provincia de Buenos Aires (Unicen), Argentina; camila.ormar@azul.der.unicen.edu.ar.

¹ M.I. Del Toro Huerta, *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, «Anuario de Derecho Internacional», X, 2010, pp.49-95.

² J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Barcelona, 2008, pp.37-76.



del derecho internacional de los derechos humanos (Didh).

En consecuencia, actualmente se reconocen diversos instrumentos jurídicos adoptados con el objetivo de proteger los derechos de comunidades indígenas y tribales. A modo de ejemplo, es posible mencionar el Convenio n.169 de la Organización internacional del trabajo (Oit)³, la Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁴ – con un importante número de votos a favor⁵ – y la reciente Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas⁶ adoptada en 2016 tras 17 años de negociaciones. Del mismo modo, merece un lugar destacado la jurisprudencia emanada por diversos órganos del ámbito universal⁷ y por tribunales regionales – dentro de los que se encuentra la Corte interamericana de derechos humanos (Corte Idh) – que ha contribuido a interpretar y aplicar gran parte de la normativa mencionada. En este sentido, el presente trabajo constituirá un estudio estrictamente centrado en la protección que ha otorgado la Corte Idh a la propiedad indígena. Ello obedece a que sus estándares reflejan la posición actual de la comunidad internacional en cuanto a la protección de derechos de pueblos indígenas y tribales en el continente americano, siendo sus sentencias obligatorias y ejecutables en los términos del artículo 68.1 de la Convención americana de derechos humanos (Cadh)⁸. En efecto, en primer lugar, se examinan de las pautas que brinda el Didh para construir una definición de pueblos indígenas y tribales en sentido jurídico. Luego, la atención se centra en el modo en que la Corte Idh ha salvaguardado el derecho a la propiedad indígena, aún cuando la Cadh no la menciona expresamente en ninguno de sus artículos. Para ello, se exploran los principales criterios consagrados por la Corte Idh que señalan una clara contraposición entre la concepción clásica de propiedad privada y la noción de posesión sobre las tierras tradicionales. A lo anterior se suma el análisis de los criterios observables en las obligaciones internacionales contraídas por los Estados miembro de la Cadh – junto con su influencia en los ordenamientos internos – donde la protección del vínculo existente entre la comunidad y sus tierras ancestrales ocupa un lugar central. Por último, se reseñan las reflexiones finales alcanzadas.

³ Oit, *Convenio n.169 sobre pueblos indígenas y tribales en Países independientes*, Adoptado en la 76ª reunión de la conferencia internacional del trabajo, Ginebra, 1989.

⁴ Asamblea general de Naciones unidas, *Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/61/L.67 y Add.1, 61/295, New York, 2007.

⁵ La Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas contó con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Desde su aprobación, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos han revertido su decisión y ahora se han adherido a la Declaración. Colombia y Samoa también han revertido su posición y han indicado su apoyo a la Declaración.

⁶ Asamblea general de la Oea, *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Ag/Res.2888 (XLVI-O/16), 2016.

⁷ Ver entre otros: Comité de derechos humanos, *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, Onu Doc. Ccpr/C/70/D/547/1993, 2000; Comité de los derechos del niño, *Observación general n.11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los derechos del niño*, Crc/C/Gc/11, 2009; Onu, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Onu Doc. E/Cn.4/2003/90, 2003.

⁸ Oea, *Convención americana sobre derechos humanos*, Oea/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1, 1992.



2. El concepto de pueblos indígenas y tribales

El presente apartado explora el camino realizado en el Didh, en especial en el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Sipdh), para construir en términos jurídicos, una definición de «pueblos indígenas». Al respecto, corresponde subrayar que, si bien existen prolongados debates en antropología, sociología o historia⁹ en torno a cuál es el concepto más respetuoso para referirse al grupo bajo análisis, lo cierto es que, para esta oportunidad se ha optado por utilizar la voz «pueblos indígenas» debido a que es la terminología empleada en el *corpus iuris* aplicable¹⁰.

Sin embargo, aún cuando se sostiene la existencia de un consenso en el Didh para utilizar la locución «pueblos indígenas», no es posible hallar una definición concreta del término¹¹. En consecuencia, resulta necesario recurrir a todo el *corpus iuris* aplicable, a la jurisprudencia de la Corte Idh y a la doctrina, donde la unanimidad destaca el lugar preferente que ocupa la autopercepción como pauta rectora para dilucidar si determinado grupo se define como pueblo indígena. En este sentido, en primer lugar, se destaca el Convenio n.169 de la Oit el cual consagra en forma clara en su artículo primero que «la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio»¹². En consonancia con ello, la guía de aplicación del instrumento citado, amplía las disposiciones del Convenio n.169 señalando que el reconocimiento de un pueblo indígena como tal obedece a elementos subjetivos y objetivos. Por un lado, los primeros refieren a la autoidentificación colectiva en tanto pueblo indígena; mientras que los segundos incluyen: «(i) la continuidad histórica, es decir, si se trata de sociedades que descenden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte»¹³. Sumado a lo anterior, la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁴ – sin aportar una definición certera – se inclina hacia la autopercepción consagrada en su

⁹ Para un estudio con mayor profundidad acerca del concepto de pueblos originarios ver S.C. Figuera Vargas, *Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional*, en «Rjuam», n.22, pp.105-123, 2010.

¹⁰ Cidh, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Oea/Ser.L/V/II, Doc.n.56/09, 2009.

¹¹ Sobre los diferentes esfuerzos realizados sobre el concepto de «pueblo indígena», véase Onu, *Documento de trabajo preparado por la presidenta relatora, la señora Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblo indígena"*, E/Cn.4/Sub.2/Ac.4/1996/2, 1996.

¹² Oit, *Convenio n.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, Adoptado en la 76ª reunión de la conferencia internacional del trabajo, Ginebra, 1989.

¹³ Oit, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el convenio n.169 de la Oit, Programa para promover el convenio n.169 de la Oit (Pro 169)*, Ginebra, 2009.

¹⁴ Asamblea general de la Oea, *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Ag/Res.2888 (XLVI-O/16), 2016.



artículo 1.2, similar al criterio adoptado en el ámbito universal por la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁵.

En segundo lugar, se observa que la Corte Idh ha compartido los lineamientos previstos en los instrumentos reseñados. Así, en su sentencia al caso Comunidad indígena xámkok kásek vs. Paraguay sostuvo que «La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. (...) Por tanto, la Corte [Idh] y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se autoidentifique»¹⁶. En esta línea de argumentos, se avanzó un paso más al señalar que «sus características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones»¹⁷. Vale destacar que lo anterior se refuerza por la postura adoptada por la doctrina. Como sostienen Roriboga & Donoso Román «el criterio de autoidentificación de quien es parte de una comunidad o pueblo tiene un lugar preferente sobre cualquier identificación que el Estado realice»¹⁸.

Por su parte, en cuanto a los pueblos tribales, se advierte que, en mayor medida, los casos presentados ante el Sipdh han aludido a grupos descendientes de esclavos africanos que, producto de rebeliones, huyeron a diversas regiones de Surinam donde lograron establecer comunidades autónomas. En consecuencia, según la Corte Idh, un pueblo tribal es aquel que «no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones»¹⁹.

En este sentido, es importante destacar que los estándares utilizados en el marco del Sipdh para la protección de pueblos originarios son aplicables en su totalidad a los pueblos tribales. Ello se ha reflejado en forma contundente en el caso de la Comunidad moiwana vs. Suriman, en donde la Corte Idh determinó que «los miembros de la comunidad, un pueblo tribal n'djuka, poseen una «relación omnicompreensiva» con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la

¹⁵ Asamblea general de Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/61/L.67 y Add.1, 61/295, New York, 2007.

¹⁶ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena xámkok kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010; Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

¹⁷ Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

¹⁸ O. Ruiz Chiriboga, G. Donoso Román, *Pueblos indígenas y la Corte interamericana de derechos humanos: fondo y reparaciones*, in C. Steiner, P. Uribe (eds.), *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Kas, La Paz, Bolivia, 2014, p.963.

¹⁹ *Ibidem*.



jurisprudencia de esta Corte Idh en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana»²⁰. Finalmente, se verifica que, la Comisión interamericana de derechos humanos (Cidh) ha sostenido con absoluta convicción que «los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros»²¹.

3. La propiedad comunal

La reivindicación de territorios ancestrales es uno de los temas que mayor sensibilidad ha despertado en los últimos tiempos dentro del ámbito interamericano. Así pues, se advierte el interés por la temática en la vasta jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Idh a partir de su *leading case* en la materia, caso de la Comunidad mayagna (sumo) *awas tingni vs. Nicaragua*²² cuya sentencia de Fondo, reparaciones y costas data del año 2001. Sin embargo, una lectura de los principales instrumentos vinculantes que componen el Sidh permite advertir que ninguno de ellos alude a la propiedad comunal en forma expresa²³, siendo fundamental revisar la interpretación actual del artículo 21 de la Cadh – derecho a la propiedad privada²⁴ – para incluir a las tierras ancestrales dentro de su protección.

En este orden de ideas, resulta conveniente iniciar por la definición del término «bienes» contenido en el artículo 21.1 de la Cadh que, en palabras de la Corte Idh, contempla «aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona, (...) los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor»²⁵.

Consecuentemente, la concepción amplia del término «bienes» permite sustentar

²⁰ Corte Idh, *Caso de la Comunidad moiwana vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 15 de junio de 2005.

²¹ Cidh, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Oea/Ser.L/V/II. Doc.56/09, 2009.

²² Corte Idh, *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

²³ Si bien es cierto que, partir del mes de junio de 2016 se encuentra regulado el derecho a tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas en la Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, es importante recordar que, por la naturaleza misma del instrumento, la Corte Idh no posee competencia material para declarar la violación de los derechos allí consagrados.

²⁴ El artículo 21 de la Cadh señala: «Derecho a la propiedad privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley».

²⁵ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005.



que la «noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Cadh»²⁶. Sostener lo contrario, implicaría que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, desconociendo las versiones específicas de su uso y goce dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, lo que, al mismo tiempo, equivale a hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Cadh para millones de personas²⁷. De esta forma, producto de la interpretación extensiva del derecho a la propiedad ha sido posible situar bajo la sombra del artículo 21 a la propiedad comunal²⁸, concluyendo, en forma reiterada, que la estrecha relación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura se encuentran contenidos bajo la protección del artículo 21 de la Cadh²⁹.

En este sentido, resulta fundamental enfatizar en las diferencias que caracterizan a la propiedad indígena respecto de la propiedad privada individual. Es decir, la propiedad indígena – a diferencia de la propiedad privada clásica – «no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el propio uso y posesión tradicional de las comunidades y pueblos indígenas»³⁰, de modo que se sostiene que «la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica, (...) sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad»³¹. Al respecto, profundizando dicha contraposición, la Corte Idh ha señalado condiciones específicas para asegurar el reconocimiento y el ejercicio del derecho a la propiedad comunal que, entre otras cuestiones, conllevan a la reivindicación de la titulación formal y efectiva de las tierras tradicionales como propias³².

Dentro de las principales sentencias referidas al reclamo de tierras ancestrales habitadas sin titulación formal, se destaca el caso Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua del año 2001³³, cuyos hechos referían a la concesión de 62 mil hectáreas – en donde habitaba la comunidad awas tingni – para el aprovechamiento forestal a la empresa Sol del Caribe. Dicha concesión, se llevó a cabo mediante un «contrato de manejo y aprovechamiento forestal» suscrito en el año 1996 entre

²⁶ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Corte Idh, *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

²⁹ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

³⁰ L. Rodríguez Piñero Royo, *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, M. Berraondo López (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p.189.

³¹ *Ibidem*.

³² R. Ferrero Hernández, *Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte interamericana*, «Revista Idh», 63, 2016, p.74.

³³ Corte Idh, *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.



Nicaragua – a través del Ministerio de ambiente y recursos naturales – y la compañía Sol del Caribe. Vale recordar que, el Estado sostuvo ante la Corte Idh, la validez de dicho contrato debido a que no vulneraba derechos de la comunidad ya que, aún no había sido aprobado el proyecto de «ley orgánica que regula el régimen de propiedad comunal de las Comunidades indígenas de la costa atlántica y bosawas» propuesto para la regulación específica la delimitación y titulación de las tierras comunitarias indígenas. La trascendental importancia de este pronunciamiento radica en que fue la primera oportunidad de la Corte Idh para abordar la protección de la propiedad comunal. En efecto, conforme surge del párrafo 151 de la sentencia de Fondo, reparaciones y costas, la mera posesión es equivalente al dominio de las tierras – siguiendo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas – y basta para que las comunidades que no poseen título soliciten el reconocimiento oficial y el correspondiente registro³⁴.

Asimismo, es posible encontrar soluciones jurisprudenciales respecto al derecho de reivindicar tierras tradicionales cuya posesión se ha perdido – a diferencia del caso anterior, en donde el principal problema fue la falta de titulación de tierras, no así su posesión –. Estos supuestos abarcan, en su mayoría, casos en que, las tierras ancestrales han sido trasladadas a manos privadas. Allí, la discusión jurídica pretende determinar si el derecho a reclamar tierras ancestrales permanece indefinidamente en el tiempo o, si por el contrario, se encuentra sujeto a límites temporales.

En respuesta a ello, la Corte Idh ha determinado que las comunidades conservan el derecho a la reivindicación mientras preserven una relación única con sus tierras tradicionales, lo cual se determina con base en dos pautas que necesariamente deben cumplirse de manera conjunta. La primera de ellas alude a la forma de interpretar dicho vínculo según el pueblo indígena del que se trate y las condiciones concretas en que se encuentre. En definitiva, la relación «puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura»³⁵. Por su parte, el segundo criterio alude a la posibilidad de que dicha relación se conserve a lo largo del tiempo³⁶. De esta forma, cuando el vínculo es interrumpido como consecuencia de impedimentos ajenos a la comunidad ya sea, por actos de violencia o amenazas – o, como en el caso de la Comunidad indígena xákmok kásek, el propio Estado creó el impedimento producto de declarar como reserva natural privada, mediante el decreto n.11.804 de la Presidencia de la República, parte del territorio tradicional, impidiendo su uso y disfrute³⁷ – el derecho a la reivindicación se mantiene hasta que éstos desaparezcan.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

³⁶ Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

³⁷ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.



Estas situaciones plantean dos posibles escenarios; en el primero se encontraban aquellos terceros que no fueron adquirientes de buena fe, por lo que la solución fue la restitución de pleno derecho de la propiedad a sus legítimos dueños³⁸; mientras que, en el segundo supuesto, se ubican los casos en que la propiedad indígena ha pasado a manos privadas adquirientes de buena fe, y por tanto, éstos también se encontraban protegidos por el artículo 21 de la Cadh³⁹.

En este contexto, al ser la propiedad un derecho que no es absoluto, el Estado está obligado a realizar una ponderación de los intereses en juego. Frente a estas «contradicciones reales o aparentes»⁴⁰ la jurisprudencia interamericana ha consagrado estándares con el fin de que la restricción de los derechos en conflicto resulte legítima. En este sentido, en el marco del Sidh y acorde a lo sostenido la Corte Idh, «de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática»⁴¹. A lo anterior se añaden dos requisitos adicionales, por un lado, que la restricción no debe implicar una denegación de las tradiciones y costumbres de algún modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y sus integrantes⁴². Por el otro, la restricción no debe implicar una denegación de las tradiciones y costumbres que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y sus integrantes⁴³.

Ahora bien, sin perjuicio de que, los terceros adquirientes de buena fe tienen un derecho que debe ser respetado, es importante hacer alusión al Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano vs. Panamá⁴⁴, cuya sentencia de Fondo, reparaciones y costas data del año 2014. Dicho pronunciamiento representa la primer ocasión en que la Corte Idh estableció que una adquisición privada sobre tierras alternativas indígenas – incluso cuando sea de buena fe – sólo es válida si se efectuó con anterioridad a la ocupación de las comunidades. En efecto, la controversia versaba sobre tierras alternativas entregadas por el Estado mediante el decreto de gabinete n.156 que las comunidades no habían ocupado ni poseído tradicionalmente – debido a que sus tierras ancestrales estaban inundadas como consecuencia de la construcción de una presa hidroeléctrica, conforme dispuso el decreto de gabinete n.123, adoptado en 1969 – respecto de las cuales se había comprometido a no realizar concesiones a terceros. Dentro de los puntos resolutivos en su sentencia de Fondo,

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

⁴⁰ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005.

⁴¹ Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Corte Idh, *Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014.



reparaciones y costas, la Corte Idh consideró que el Estado debía garantizar el derecho a la propiedad comunal – con la misma protección que en los casos en los que la recuperación de las tierras ancestrales resulta todavía posible – por dos fundamentales motivos. En primer lugar, por haber sido decisión de las propias autoridades la reubicación de los pueblos, y en segundo, porque las comunidades ocuparon desde entonces las tierras alternativas de modo permanente. De esta forma, el derecho a la propiedad de las tierras alternativas había sido adquirido desde el momento en que éstas fueron asignadas por el Estado⁴⁵, por lo que la Corte Idh ordenó a Panamá dejar sin validez la concesión y devolver la plena titularidad a los pueblos indígenas⁴⁶.

Por último, merece especial consideración el caso de la Comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay⁴⁷, en donde la Corte Idh amplió sus estándares respecto de la protección de la propiedad comunal para aquellos pueblos tradicionalmente nómadas. En este sentido, se tuvo por probado que la comunidad seguía un patrón de recorrido por sus territorios tradicionales – lo cuales habían sido vendidos por el Estado a fines del siglo XIX a propietarios privados y luego fueron declarados mediante el decreto n.11.804 de la Presidencia de la República como reserva natural privada⁴⁸ – reclamados por incluir puntos importantes en su vida, cultura e historia. La Corte Idh analizó el caso concreto y determinó, entre otros puntos, que en virtud de la historia de ocupación y recorrido del territorio por parte de los miembros de la comunidad, las tierras reclamadas constituían sus territorios tradicionales y, por tanto, estaban protegidas por el artículo 21 de la Cadh⁴⁹.

4. Obligaciones internacionales y ordenamientos internos

Hasta el momento, el presente trabajo ha sostenido que las comunidades tienen el derecho a usar y disfrutar sus territorios ancestrales y recursos naturales bajo la protección del artículo 21 de la Cadh. De este modo, para evitar ser responsables internacionalmente, los Estados miembro deben cumplir con las obligaciones contraídas como consecuencia de su adhesión a la Cadh. En esta línea de exposición, en las autoridades públicas recae el deber de reconocer formalmente el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras comunales⁵⁰, junto con dos obligaciones adicionales específicas en materia de propiedad comunal que han sido fruto de la creación jurisprudencial de la Corte Idh.

La primera de ellas, consiste en delimitar, demarcar y titular el territorio de la

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.



comunidad⁵¹. Se trata de una tarea cuya iniciativa corresponde al Estado sin que sea necesaria la solicitud por parte de la comunidad que, de cualquier forma, debe tener a su disposición un recurso adecuado y efectivo que le permita exigir el derecho a la propiedad comunal⁵².

La segunda de estas obligaciones implica la abstención de realizar actos que puedan llevar a que agentes del Estado – o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia – afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habiten los miembros de la comunidad⁵³. A modo de ejemplo, la Corte Idh expresó en el Caso de la comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua que, pese a que el Estado reconocía la propiedad comunal de los pueblos indígenas y no se había opuesto a que las víctimas del caso fueran declaradas propietarias, había violado el derecho al uso y disfrute de sus bienes al no delimitar y demarcar su propiedad comunal y al haber otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que podría llegar a comprender parcial o totalmente las tierras ancestrales⁵⁴.

A lo anterior se añade que, de conformidad con el artículo 2 de la Cadh⁵⁵, los Estados adheridos a la misma tienen la obligación de adecuar sus ordenamientos internos a las disposiciones contenidas en dicho instrumento y a las interpretaciones que, al respecto, realice la Corte Idh. En otras palabras, las legislaciones domésticas que vulneren la protección de la propiedad comunal se encuentran derogadas de pleno derecho por la vigencia de la Cadh⁵⁶. Es decir, «cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la C[adh], (...) [el] aparato del Estado, también [está sometido] a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la C[adh] no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. (...) En esta tarea, [se] debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte I[dh], intérprete última de la C[adh]»⁵⁷.

En este sentido, es posible mencionar diversos ordenamientos internos de Estados

⁵¹ Corte Idh, *Caso Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005.

⁵² Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

⁵³ Corte Idh, *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ El artículo 2 de la Cadh señala: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁵⁶ Ello obedece a que, en el marco del derecho internacional público, no es posible invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre derechos de los tratados*, Un.Doc A/Conf.39/27, 1969.

⁵⁷ Corte Idh, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.



latinoamericanos que han adecuado sus legislaciones internas a los estándares adoptados por la Corte Idh para la protección de la propiedad comunal. Así, en el caso de Argentina, mediante la ley n.25.510 del año 2001 se transfirió sin cargo a la agrupación mapuche cayún tierras ubicadas en jurisdicción de la reserva nacional Lanín⁵⁸. Posteriormente, en el año 2006, a través de la ley 26.160 se declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias de dicho país⁵⁹. Por su parte, en el caso de Bolivia, su nueva Constitución política del Estado de 2008, en su artículo 30.II.6 consagra el derecho a «la titulación colectiva de tierras y territorios» mientras que su artículo 31.II señala que «las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan», rezeptando ambos incisos, la obligación de delimitar, demarcar y titular el territorio de la comunidad en los términos señalados por la Corte Idh.

Otros ejemplos singulares han sido los casos de Ecuador y Honduras. Al respecto, la Constitución de Ecuador del año 2008, contiene referencias claras a la protección de la propiedad indígena acordes al Didh. En este orden de ideas, su artículo 57.5 «garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita», mientras que su artículo 6 señala que «los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. (...) Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial». Por su parte, el Estado de Honduras ha promulgado el decreto n.82-2004, cuyo capítulo III legisla específicamente, el proceso de regularización de la propiedad inmueble para pueblos indígenas y afrohondureños.

5. Reflexiones finales

En el presente trabajo tuve como objetivo central reflexionar sobre la importancia de la protección de las comunidades indígenas y pueblos tribales en el continente americano. Para lograr mi objetivo, procuré dar cuenta del estudio jurisprudencial de la protección que concede la Corte Idh – como órgano encargado de interpretar y vigilar el cumplimiento de la Cadh – a las comunidades indígenas y pueblos tribales. Al respecto, centré el foco en uno de los aspectos que, desde mi perspectiva, ha tenido mayor desarrollo en los últimos tiempos, a saber, la protección a la propiedad comunal.

En este sentido, en primer lugar, indagué en la forma en que el Didh ha abordado el concepto de pueblos indígenas y tribales, para demostrar que, si bien no existe una definición genérica, el criterio rector – acorde a normativa, jurisprudencia y doctrina –

⁵⁸ Ley 25.510, «Boletín Oficial», Buenos Aires, Argentina, 20 de diciembre de 2001.

⁵⁹ Ley 26.160, «Boletín Oficial», Buenos Aires, Argentina, 23 de noviembre de 2006.



toma en cuenta, a mi juicio, en forma acertada, a la autoidentificación y la conciencia en tanto indígena como pauta fundamental. Sin lugar a dudas, sostener una definición cerrada de «pueblos indígenas» conlleva el riesgo de continuar excluyendo grupos que se autoperceben como indígenas, permitiendo a los Estados perpetuar vulneraciones a derechos convencionales.

En segundo lugar, a los efectos de examinar la protección a la propiedad comunal otorgada por la Corte Idh, trabajé sobre el concepto de «bienes» contenido en el artículo 21 de la Cadh, señalando que su interpretación amplia permite garantizar el derecho a la propiedad comunal en el Sipdh, aún cuando la Cadh no lo menciona expresamente. En este sentido, mediante el análisis realizado sostengo que ello representa un valioso aporte desde el plano jurídico para la protección de un grupo que históricamente ha sido excluido – y que representa una gran mayoría en América – al mismo tiempo que contribuye al esclarecimiento de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados miembro de la Cadh. En otras palabras, considero que la protección de pueblos indígenas en el marco del Didh contribuye a profundizar el vínculo existente entre las comunidades y sus tierras ancestrales, permitiendo la convivencia de un régimen de propiedad privada clásico y uno de tipo consuetudinario como es el caso de la propiedad indígena, ambos amparados por la protección que brinda el artículo 21 de la Cadh.

A continuación, exploré los estándares elaborados por la Corte Idh en diversos supuestos que, de una forma u otra, tomaron como eje central la protección de los lazos existentes entre las comunidades y sus tierras ancestrales. Nuevamente, demostré que, si bien existen diferencias intrínsecas entre la propiedad comunal y la propiedad privada en su sentido más clásico, ello no representa un óbice para proteger y garantizar a la primera bajo el artículo 21 de la Cadh.

Posteriormente mencioné las obligaciones específicas que deben cumplir los Estados en estos casos para evitar ser responsables internacionales por la vulneración del derecho consagrado en el artículo 21 Cadh y su influencia en diversos ordenamientos internos, los cuales deben ser adecuados a las disposiciones contenidas en dicho instrumento. En definitiva, y sin perjuicio de los avances alcanzados hasta el momento, los retos en materia de protección de pueblos originarios y tribales continúan, al menos, en el continente americano.

Referencias bibliográficas / References

- Anaya J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, Barcelona, 2008, pp.37-76.
- Asamblea general de la Oea, *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Aprobada en la segunda sesión plenaria, Ag/Res.2888, XLVI-O/16, 2016.
- Asamblea general de Naciones unidas, *Declaración de las Naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Resolución aprobada por la asamblea general, sin remisión previa a una Comisión principa, A/61/L.67 y Add.1, 61/295, 2007.



- Cidh, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, Oea/Ser.L/V/II. Doc.56/09, 2009.
- Comité de derechos humanos, *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, Onu Doc. Ccpr/C/70/D/547/1993, 2000.
- Comité de los derechos del niño, *Observación general n.11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los derechos del niño*, Crc/C/Gc/11, 2009.
- Corte Idh, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- Corte Idh, *Caso Comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- Corte Idh, *Caso Comunidad indígena xákmok kásek vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte Idh, *Caso Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia 17 de junio de 2005.
- Corte Idh, *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua*, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Corte Idh, *Caso de la Comunidad moiwana vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Sentencia 15 de junio de 2005.
- Corte Idh, *Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014.
- Corte Idh, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam*, Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Del Toro Huerta M.I., *El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, «Anuario de Derecho Internacional», X, 2010, pp.49-95.
- Ferrero Hernández R., *Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte interamericana*, «Revista Iidh», 63, 2016, pp.65-103.
- Figuera Vargas S.C., *Los pueblos indígenas: libre determinación y subjetividad internacional*, «Rjuam», n.22, 2010, pp.105-123.
- Ley 25.510, «Boletín Oficial», 20 de diciembre de 2001, Buenos Aires, Argentina.
- Ley 26.160, «Boletín Oficial», 23 de noviembre de 2006, Buenos Aires, Argentina.
- Naciones unidas, *Convención de Viena sobre derechos de los tratados*, Un.Doc.A/Conf.39/27, 1969.
- Oea, *Convención americana sobre derechos humanos*, Oea/Ser.L.V/II.82 doc.6.rev.1, 1992.
- Oit, *Convenio n.169 sobre pueblos indígenas y tribales en Países independientes*, Adoptado en la 76ª reunión de la conferencia internacional del trabajo, 1989.
- Oit, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio n.169 de la Oit*, Programa para promover el Convenio n.169 de la Oit (Pro.169), 2009.
- Onu, *Documento de trabajo preparado por la presidenta relatora, la señora Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de "pueblo indígena"*, E/Cn.4/Sub.2/Ac.4/1996/2, 1996.



Onu, *Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, Onu Doc.E/Cn.4/2003/90, 2003.

Rodríguez Piñero Royo L., *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, Berraondo López M. (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

Ruiz Chiriboga O., Donoso Román G., *Pueblos indígenas y la Corte interamericana de derechos humanos: fondo y reparaciones*, in Steiner C., Uribe P. (eds.), *Convención americana sobre derechos humanos. Comentario*, Kas, La Paz, Bolivia, 2014, pp.947-1026.

Recibido: 11/03/2017

Aceptado: 15/06/2017