

## Artículo 21. 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.

## Bibliografía

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C n.º 56. En adelante: Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74. En adelante: Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001.

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 n.º 79. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C n.º 85. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001.

Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C n.º 97. En adelante: Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C n.º 98. En adelante: Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107. En adelante: Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. En adelante: Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n.º 114. En adelante: Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C n.º 116. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C n.º 124. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C n.º 125. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135. En adelante: Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C n.º 142. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C n.º 146. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006.

Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C n.º 148. En adelante: Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 165. En adelante: Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n.º 170. En adelante: Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n.º 185. En adelante: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008.

Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195. En adelante: Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C n.º 198. En adelante: Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n.º 211. En adelante: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. EPFRC. 2009.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212. En adelante: Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. EPFRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010.

Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011. Serie C n.º 222. En adelante: Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C n.º 246. En adelante: Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C n.º 249. En adelante: Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C n.º 250. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*. EPFRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C n.º 252. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012.

Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C n.º 259. En adelante: Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012.

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C n.º 265. En adelante: Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013.

Corte IDH. *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. En adelante: Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013.

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. Serie C n.º 284. En adelante: Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C n.º 293. En adelante: Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 299. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 304. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C n.º 305. En adelante: Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309. En adelante: Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 340. En adelante: Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017.

### Opiniones consultivas

Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985.

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18. En adelante: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003.

### Resoluciones y decisiones

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 08 febrero de 2008.

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 de febrero de 2008.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastzintzi vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009.

Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros*. Solicitud de Medidas Provisionales respecto de la República de Panamá. Resolución de 28 de mayo de 2010.

## Comisión Interamericana de Derechos Humanos

### Documentos y resoluciones

CIDH. *Caso Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solución Amistosa, 2003.

CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junio de 2007.

### Informes

CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, 1991. Caso 10.169. Informe Anual 1990-1991.

CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguay*. Informe Anual 1997.

CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal S. A. vs. Argentina*. Informe Anual 1999.

CIDH. Informe n.º 103/99, *Caso Bernard Merens y Familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999.

CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001.

CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002.

CIDH. Informe n.º 92/03, *Caso Elías Santana y otros vs. Venezuela*. Informe Anual de 2003.

CIDH. Informe n.º 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004.

CIDH. Informe n.º 58/09, *Caso Pueblo Indígena Kuna de Madungandi y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Petición n.º 12.354, Admisibilidad, 21 de abril de 2009.

CIDH. Informe n.º 75/09, *Caso Comunidad Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola vs. Panamá*, Petición n.º 286-08, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009.

CIDH. Informe n.º 98/09, *Caso Pueblo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petición n.º 4355/02, Admisibilidad, 29 de octubre de 2009 (delimitación).

CIDH. Informe n.º 105/09, *Caso Grupo de Tratado Hul'qumi'num vs. Canadá*, Petición n.º 592/07, Admisibilidad, 30 de octubre de 2009.

CIDH. Informe n.º 141/09, *Caso Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros vs. Chile*, Petición n.º 415/07, Admisibilidad, 30 de diciembre de 2009.

CIDH. *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, publicado en 2011.

CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV, Acápites 2, Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

CIDH. Informe n.º 63/10, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Petición n.º 1119/03, Admisibilidad, 24 de marzo de 2010.

CIDH. Informe n.º 79/10, *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú, Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición n.º 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010.

CIDH. Informe n.º 125/10, *Caso Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petición n.º 250/04, Admisibilidad, 23 de octubre de 2010.

CIDH. Informe n.º 144/10, *Caso Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserío Xeabaj del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Petición n.º 1579/07, Admisibilidad, 1 de noviembre de 2010.

CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición n.º 1164-05, 31 de marzo de 2011.

### Medidas cautelares

CIDH. MC n.º 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

CIDH. MC n.º 269/08. *Caso Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche*.

CIDH. MC n.º 382/10. *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, vs. Brasil*.

CIDH. MC n.º 61/11. *Caso Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo vs. Colombia*.

CIDH. MC n.º 105/11. *Caso Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*.

## Documentos adoptados en el seno de organizaciones internacionales

### Organización de los Estados Americanos

OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2.

OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES.2888 (XLVI-O/16).

### Organización Internacional del Trabajo

OIT. Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

### Organización de las Naciones Unidas

ONU. Comité para la Eliminación de Discriminación Racial. Recomendación general n.º 23 sobre el derecho de los pueblos indígenas. 51º periodo de sesiones, 22 de agosto de 1997.

ONU. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. A/RES/61/295.

ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010.

Consejo DHONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010.

### Referencias académicas

ANTKOWIAK, T. "Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights", en *Berkeley J. Int'l L.*, n.º 25, pp. 268-282, 2007.

ANTKOWIAK, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Colum. J. Transnat’l L.*, n.º, 46, pp. 351-419, 2008.

BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, New York, 2011.

GALVIS PATIÑO, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, en *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, en prensa.

GROS ESPIELL, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

HARRIS, D., O’BOYLE, M., BATES, E. y BUCKLEY, C. *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2a ed., 2009.

PASQUALUCCI, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009.

### Otras referencias

App. No. 7823 & 7824/77, *Kalderas Gipsies v. FRG and the Netherlands*, 11 D&R (1977).

ANTKOWIAK T. y GONZA, A. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, en *Revista Aportes, Fundación para el debido proceso legal*, año 3, n.º 14, 2010.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil). *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º1, 2005.

Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF-OXFAM, Washington DC, 2011.

Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. DPLF, Washington, DC, 2010.

International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.

MELISH, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005.

### Otras referencias sugeridas

ANTKOWIAK, T. y GONZA, A. *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*. Oxford University Press, 2017.

Due Process of Law Foundation. *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*. DPLF - OXFAM, Washington, DC, 2015.

## Contenido

<b>1. Introducción</b> .....	604
<b>2. Estructura del artículo 21 y los límites legítimos</b> .....	605
2.1. El contenido amplio del derecho a la propiedad .....	605
2.2. Los límites del derecho a la propiedad .....	609
2.3. Titularidad del derecho a la propiedad .....	611
<b>3. Los bienes protegidos y los poderes del Estado</b> .....	615
3.1. La protección a las pensiones adquiridas y el escaso poder limitante del Estado.....	615
3.2. La protección de los derechos adquiridos mediante resolución judicial firme de órgano interno .....	618
3.3. Derecho a la propiedad y procesos seguidos a nivel interno .....	620
3.4. El derecho a la propiedad y la facultad de expropiación del Estado.....	622
<b>4. El derecho a la propiedad intelectual e interés institucional del Estado</b> .....	625

<b>5. El derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales</b> .....	626
5.1. La protección de los derechos indígenas a través de la función cautelar .....	629
5.2. Características especiales del derecho a la propiedad colectiva o comunal y las obligaciones estatales .....	630
5.3. Conflictos entre la protección a la propiedad comunal y otros derechos .....	634
5.4. El derecho a la propiedad colectiva o comunal y sus límites .....	636
<b>6. Conclusiones</b> .....	643

## 1. Introducción

El reconocimiento de la propiedad privada como un derecho humano fue resistido por los Estados en la elaboración de las diferentes convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas en las décadas de los sesenta y setenta.<sup>1</sup> A pesar de estar presente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,<sup>2</sup> este derecho no se encuentra consagrado en el PIDCP ni en el PIDESC. Tampoco se consagró en el texto final del CEDH,<sup>3</sup> agregándose recién a este último en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional a dicho Convenio en 1952, con un texto restrictivo y amplias facultades del Estado para limitarlo.<sup>4</sup>

En el caso de la CADH, las actas de los trabajos preparatorios relativas al artículo 21 demuestran que este derecho fue uno de los más discutidos al tratar la propuesta del proyecto original presentado por la CIDH en 1969.<sup>5</sup> Antes de la aprobación del texto final, los Estados vacilaron entre diversas opciones: la eliminación del derecho a la propiedad privada por, entre otras razones, no considerarlo un derecho fundamental,<sup>6</sup> por su carácter económico y social,<sup>7</sup> o por tratarse de un tema que debía quedar bajo la soberanía del Estado;<sup>8</sup> también señalaron la modificación del texto propuesto, por necesitar énfasis de la función social que tiene la propiedad para no obstaculizar, entre otras, las reformas agrarias que muchos de ellos ya habían iniciado;<sup>9</sup> o la inclusión del derecho a la autodeterminación de los pueblos.<sup>10</sup>

Estas discusiones explican, en parte, que el texto final aprobado en el artículo 21.1. de la CADH haga referencia a un concepto amplio,<sup>11</sup> de derecho a la propiedad, entendido como el “derecho al uso y goce de [...] bienes”, en vez del original “propiedad privada” y a la facultad de los Estados de limitar tal uso y goce por ley con base en el “interés social”, también reflejado en el inciso 2 del artículo 21.

1 Para conocer el debate europeo sobre el alcance del derecho a la propiedad, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C. *Harris, O’Boyle, Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2a. ed., 2009, p. 655.

2 El artículo 2 menciona el derecho a la propiedad como un derecho natural e imprescriptible.

3 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 655.

4 Gros Espiell, H. *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 112.

5 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 301.

6 *Ibidem*, pronunciamientos de la delegación de Chile, p. 233.

7 *Ibidem*, pronunciamientos de la delegación de Colombia, p. 237.

8 *Ibidem*, p. 240.

9 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, *op. cit.*, pp. 124 y 239. Aquí se mencionan reformas agrarias llevadas a cabo por las delegaciones de Brasil, Panamá y Costa Rica, así como el derecho a la autodeterminación por la delegación de Colombia. También ver Pasqualucci, J. M. “International Indigenous Land Rights: a Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Right of Indigenous Peoples”, en *Wisconsin Int’l L. J.*, vol. 27, n.º 1, 2009, p. 65.

10 OEA. Conferencia Especializada en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, *op. cit.*, p. 234.

11 *Ibidem*, p. 237. La mención de la delegación de Estados Unidos fue sobre la necesidad de consagrar un derecho a la propiedad privada como “inherente a la persona humana y que el Estado no podía otorgarlo o negarlo a su arbitrio”.

Si bien los trabajos preparatorios de la CADH son escuetos y tampoco registran una discusión sobre la propiedad colectiva de los pueblos indígenas de forma específica, el planteamiento sobre las reformas agrarias y la posibilidad de incorporar en este artículo el derecho a la autodeterminación, podrían indicar que no era un tema ausente. Asimismo, aunque se borró del título del artículo en español la referencia a ‘privada’, el término se mantiene en la versión del texto en inglés.<sup>12</sup>

Sin lugar a dudas la interpretación posterior de los órganos del SIDH, de la mano de la amplitud en la redacción del artículo 21 de la CADH –y de las facultades interpretativas que surgen del artículo 29– han consolidado una extensa protección a dicho derecho.

Para resolver los casos presentados y dar contenido al derecho se han utilizado –con mejores o peores resultados– conceptos de propiedad desarrollados en la legislación interna,<sup>13</sup> o en otros instrumentos internacionales,<sup>14</sup> haciendo énfasis en el carácter como instrumentos vivos de los tratados de derechos humanos.<sup>15</sup>

De esta manera, la Corte IDH se ha pronunciado sobre diversos aspectos de la propiedad privada de los individuos, analizando su contenido y límites, determinando sus titulares y resolviendo casos en donde este derecho se enfrenta con diversos poderes del Estado. Asimismo, ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales –materia que en la actualidad constituye una parte importante del litigio sobre el artículo 21 de la CADH en esa instancia internacional–, y ha incorporado conceptos plasmados en diversos instrumentos internacionales como aquellos del Convenio n.º 169 de la OIT y de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas.<sup>16</sup>

## 2. Estructura del artículo 21 y los límites legítimos

### 2.1. El contenido amplio del derecho a la propiedad

#### 2.1.1. Perspectiva comparada con el sistema europeo de derechos humanos

La terminología utilizada por la CADH en su artículo 21 difiere radicalmente de la lograda en la redacción del artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 al CEDH. Para algunos autores, la redacción adoptada en la CADH sugeriría la intención de una protección más amplia que la de su par europeo en términos sustantivos y menores poderes del Estado para limitarlo. Tal diferencia surge de los términos

12 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 6.

13 La Corte IDH adopta conceptos y derechos desarrollados en la legislación interna en el caso de pensiones, *ver* Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 103. *Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 43 (en este caso no se hace mención explícita al artículo 29). Así como en los casos de propiedad comunal desde la sentencia del caso Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 148. Para una crítica a este método de interpretación, *ver* Cejil. *Revista Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, n.º 1, 2005, pp. 51-61. Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 7.

14 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párrs. 93-95, en esta sentencia se citan los artículos 1 y 27 del PIDCP.

15 Por primera vez en derechos indígenas en las siguientes sentencias: *Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 146-148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 125. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 89.

16 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 127, 130, 136, 150-151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 157. Al respecto, debido a que se hará referencia en una sección especial de esta obra a la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los pueblos indígenas y tribales, en este comentario solo se mencionarán los aspectos esenciales del derecho a la propiedad comunal desarrollados por la Corte IDH.

usados y del alcance de las restricciones, incluyendo expresamente el “pago de una indemnización justa” como elemento esencial para que cualquier privación de la propiedad fuera legítima.<sup>17</sup>

Sin embargo las diferencias en los conceptos de propiedad de los instrumentos mencionados se atenúan mediante la interpretación dada por las cortes respectivas en los casos de víctimas individuales. Por ejemplo, el TEDH ha ampliado el ámbito de protección de este derecho y, a pesar de que el texto del referido Protocolo hace referencia únicamente a “possessions”, comparte con la Corte IDH la misma definición de propiedad privada y bienes.<sup>18</sup> El TEDH también ha entendido que el derecho a la propiedad incluye, en algunos casos, la compensación pronta, efectiva y adecuada, como elemento integral del mismo, de la mano de la referencia del CEDH a los principios generales del derecho internacional.<sup>19</sup>

Es preciso señalar que el TEDH ha tratado en su jurisprudencia sobre el derecho a la propiedad, temas tan variados como los derechos contractuales, fideicomisos, pensiones, deudas establecidas en sentencias, nacionalizaciones, marcas registradas, expropiaciones de hecho y de derecho, expropiaciones en el marco de sucesiones de Estados o en el marco de reformas sociales,<sup>20</sup> entre otros. También, en contextos diferentes al de los casos analizados en Latinoamérica, ha permitido las expropiaciones sin indemnización.<sup>21</sup> Con esta variedad y complejidad de temáticas –y las facultades de pronunciarse sobre violaciones a personas jurídicas– se torna delicado aplicar de forma directa su jurisprudencia en el contexto de los casos presentados ante la Corte IDH. Incluso, el TEDH ha establecido que el concepto de ‘expectativa legítima’ se encuentra protegido por el derecho a la propiedad. Al respecto, el TEDH exige como mínimo en cada caso que la víctima demuestre que tiene derecho a un beneficio económico real, aunque aún esté pendiente que se le atribuya.<sup>22</sup>

Por su parte, la Corte IDH ha interpretado de forma amplia el concepto de ‘bienes’, incluyendo en esta protección algo de lo que carece la jurisprudencia europea:<sup>23</sup> los derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, no ha aprovechado las sustanciales diferencias y protecciones establecidas expresamente en el artículo 21 de la CADH, extendiendo las potestades de limitaciones del Estado a través de una interpretación laxa de los requisitos sobre limitaciones legítimas adoptados por la CADH. Para ello, hace suyas las interpretaciones que el TEDH desarrolló en esta materia, especialmente en el tema de expropiaciones.<sup>24</sup> Desde su primera decisión, la Corte IDH definió el derecho al uso y goce de bienes a los que hace referencia el artículo 21 como “todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”.<sup>25</sup> También afirmó que el concepto de bienes comprende: 1. todos

17 Gros Espiell, H., *op. cit.*, párr. 112. En relación con el TEDH, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 655.

18 *Ibidem*, p. 656.

19 *Idem*.

20 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 656.

21 *Idem*. Excepcionalmente puede no exigirse la compensación por la manera en la cual fue adquirida la propiedad sobre el bien en cuestión: 1. falta de certeza de la posición legal de los reclamantes; 2. intervención del gobierno dentro de un plazo razonable; y 3. justicia social de la medida. Debe tratarse de una “ganancia inesperada” o un *windfall*.

22 *Ibidem*, párr. 659.

23 Ver App. n.º. 7823 & 7824/77, Kalderas Gipsies v. FRG and the Netherlands, 11 D&R (1977).

24 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008. Voto del juez Diego García Sayán que sugiere que la reparación a la violación al derecho a la propiedad no requiere una *restitutio in integrum*.

25 Es importante señalar que en 1999, en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, sin dar mayor explicación, la Corte IDH pasó por alto la oportunidad de pronunciarse sobre el poder del Estado de limitar el derecho al uso y goce de bienes de las personas sometidas a procesos de investigación criminal. Ver Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999. En esta sentencia, la Corte IDH se reservó para pronunciarse sobre los efectos patrimoniales de detención y condena para la etapa de reparaciones.

los muebles y los inmuebles,<sup>26</sup> 2. los elementos corporales e incorporeales, y 3. cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.<sup>27</sup>

La Corte IDH comenzó el desarrollo jurisprudencial del derecho a la propiedad en 2001 al resolver el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, en donde analizó el uso y goce del derecho a la propiedad privada de la víctima sobre acciones de un canal de televisión. Unos meses después resolvió el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en el que por primera vez interpretó extensivamente el concepto de propiedad, protegiendo también la propiedad colectiva de los pueblos indígenas; pero no fue sino hasta 2004 que la Corte IDH desarrolló su jurisprudencia sobre las posibles limitaciones al derecho a la propiedad en uso del poder punitivo del Estado, en el caso *Tibi vs. Ecuador*; esta línea se nutrió posteriormente en 2007 en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*.

En 2003, con el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*, la Corte IDH comenzó a desarrollar la protección a derechos adquiridos de pensionistas, consolidando con contundencia dicha jurisprudencia en 2009 en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*. En 2010 fue que recién se pronunció sobre el poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

En sentencias posteriores, y hasta la fecha, el derecho a la propiedad ha tenido un desarrollo importante y creciente en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Finalmente es importante señalar que la Corte IDH ha enfatizado la afectación que genera la violación del derecho a la propiedad a personas en situaciones de vulnerabilidad o de determinada condición socio-económica, frente a aquella que pudieran tener otras personas o grupos en condiciones diferentes.<sup>28</sup> En este sentido, la Corte IDH ha estimado que:

[...] los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de pobreza, [quien] enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad.<sup>29</sup>

26 En el caso de la *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, la Corte IDH responsabilizó al Estado de la violación al artículo 21 de la CADH como resultado de la quema de viviendas y robo de ganado por parte de las Fuerzas Militares. Asimismo, la Corte IDH estableció que la quema de viviendas constituyó, además, una injerencia abusiva y arbitraria en la vida privada y en el domicilio de las personas. El hecho de perder el lugar en el que desarrollaban su vida privada implicó también la violación del artículo 11.2. de la CADH. Corte IDH. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*. EPFRC. 2015, párrs. 204-205.

27 Ver Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 122. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006. Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPFRC. 2008. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001.

28 En el caso *Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, funcionarios policiales, sin consentimiento de la familia, ingresaron violentamente a su vivienda ocasionando múltiples estragos; en atención a la condición socio-económica y de vulnerabilidad de la familia, la Corte IDH enfatizó el especial agravio que sufrieron las víctimas a su derecho a la propiedad. Ver Corte IDH. *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*. FR. 2012, párrs. 202-204.

29 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 273. En la sentencia del caso *Operación Génesis vs. Colombia*, la Corte IDH recordó a la Corte Constitucional de Colombia que: “la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFRC. 2013, párr. 352.

### 2.1.2. Aplicación del derecho internacional humanitario para determinar el alcance del derecho a la propiedad

Otro tema relevante sobre los parámetros legales que ha utilizado la Corte IDH para establecer el alcance del artículo 21 de la CADH, ha sido la aplicación del derecho internacional humanitario en casos en los que la violación al derecho a la propiedad ocurre durante un conflicto armado en el país en cuestión. De acuerdo con los hechos de los casos analizados por la Corte IDH, el estudio de la violación al derecho a la propiedad sucede en un contexto más amplio de graves violaciones a los derechos humanos, tales como ejecuciones extrajudiciales masivas, desplazamientos forzosos, entre otras. Como se analiza en esta sección, ello implica una especial y grave afectación al derecho a la propiedad.

Al establecer el marco normativo, la Corte IDH justifica la aplicación tanto del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra (Protocolo Adicional),<sup>30</sup> o las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario consuetudinario, por considerar dichas normas útiles y apropiadas para interpretar los alcances del artículo 21 de la CADH.<sup>31</sup>

En el caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia* de 2006, la Corte IDH aplicó el derecho internacional humanitario para determinar la protección del uso y goce de los bienes muebles e inmuebles indispensables para la supervivencia de la población civil víctimas de conflictos armados de carácter no internacional, provocada por acciones de paramilitares con aquiescencia del Estado.<sup>32</sup>

En el caso de las *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, durante el operativo de la Fuerza Armada en el caserío, se despojó a las víctimas de sus pertenencias, se quemaron sus viviendas, se destruyeron y quemaron los cultivos de los pobladores, y se mató a los animales, lo que implicó una pérdida definitiva de la propiedad de las víctimas y la destrucción de sus hogares, en perjuicio de las víctimas ejecutadas en las masacres o de sus familiares,<sup>33</sup> así como de las víctimas sobrevivientes.<sup>34</sup> En particular, la Corte IDH tomó nota de lo establecido en los artículos 13 (protección de la población civil) y 14 (protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo Adicional, para establecer el marco legal aplicable en el caso. La Corte IDH estableció que la vulneración al derecho a la propiedad en el caso era de “especial gravedad y magnitud no solo por la pérdida de bienes materiales, sino por la pérdida de las más básicas condiciones de existencia y de todo referente social de las personas que residían en dichos poblados”.<sup>35</sup>

En el caso de la *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, los pobladores de Santo Domingo tuvieron que abandonar sus hogares y desplazarse como consecuencia de los hechos, tras lo cual se

30 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados que no son de carácter internacional. Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978.

31 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 270.

32 Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. [Fondo, Reparaciones y Costas] 2006, párr. 183. En 2007, en el caso *Escué Zapata vs. Colombia*, la Corte IDH no consideró los alegatos de las violaciones a la propiedad privada de las víctimas perpetradas por miembros de las Fuerzas Armadas (destrucción de bienes y apropiación de utensilios de trabajo), debido a que tales hechos no fueron presentados por la CIDH en su demanda. *Cf.* Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. FRC. 2007, párrs. 115 y 117.

33 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. FRC. 2012, párr. 168. El peritaje de Yáñez De la Cruz sobre el caso enfatizó que la “[t]ierra arrasada constituy[ó] una marca de vulneración y estigmatización de los militares que los victimarios crearon. La dimensión del horror perpetrado [...] quiso acabar con la zona, con toda su gente, vaciar el territorio, expulsarles [...] [Asimismo,] [f]ue una lógica de exterminio, una destrucción total de los espacios sociales. [...] La masacre disolvió la identidad colectiva, al dejar un vacío social, donde la comunidad hacia sus ritos, sus intercambios afectivos, el contexto y el marco en el que se sabían parte de la comunidad.” *Ibidem*, párr. 180.

Es importante resaltar que la Corte IDH reconoció, como víctimas, a las familias de las personas ejecutadas en la masacre. *Ibidem*, párr. 202.

34 *Ibidem*, párr. 179.

35 *Ibidem*, párr. 180.

produjeron saqueos en algunas de las viviendas y tiendas, así como daños y destrucciones a los bienes muebles e inmuebles.<sup>36</sup> Al determinar el marco legal aplicable al caso, la Corte IDH señaló que la norma 7 del derecho internacional humanitario consuetudinario disponía la aplicación del principio de distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, y la obligación de no atacar los primeros.<sup>37</sup> En particular, con relación a los actos de pillaje como una posible afectación del derecho a la propiedad, la Corte IDH observó que ese acto estaba expresamente prohibido en el artículo 4.2.g del Protocolo Adicional, asimismo:

[...] la Corte record[ó] que el T[ribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia] [TPIY] ha[b]ía señalado en su jurisprudencia que es[e] delito se comet[ía] cuando exist[ía] apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados [...], y que “los actos de saqueo deb[ía]n involucrar graves consecuencias para las víctimas. Este ser[ía] el caso cuando los bienes [fueran] de suficiente valor monetario, o cuando se apropi[aran] los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra”.<sup>38</sup>

En el caso, la Corte IDH concluyó que el Estado no era responsable por los actos de pillaje, ya que, por un lado, no se encontraba suficiente evidencia para atribuirles a las Fuerzas Armadas responsabilidad, y, por otro lado (atendiendo muy particularmente al criterio establecido por el TPIY), la Corte IDH concluyó que si bien era posible señalar que miembros del Ejército se habrían apropiado de tomates, cervezas y gaseosas, se había constatado que los actos no involucraron consecuencias graves para las víctimas.<sup>39</sup>

En cuanto a las afectaciones al derecho a la propiedad a consecuencia de desplazamientos forzados o forzosos, en el caso *Operación Génesis vs. Colombia*, la Corte IDH se apoyó tanto en la aplicación de normas de derecho internacional humanitario, como en los Principios Rectores de la ONU sobre Desplazamientos Forzados para establecer el marco normativo.<sup>40</sup> Las víctimas, miembros de una comunidad de afrodescendientes que se asentaron en la cuenca del Cacarica, habían sido forzadas a desplazarse tras la incursión de paramilitares en la zona, lo que generó daño por el desuso de las tierras y pérdida del usufructo; asimismo, la propiedad colectiva fue explotada de forma ilegal sin que existieran recursos judiciales administrativos efectivos para remediar la situación. Ante ello, la Corte IDH declaró la violación del artículo 21 de la CADH.<sup>41</sup>

## 2.2. Los límites del derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad protegido en la CADH no es absoluto: el artículo 21.1. parece describir el derecho de forma amplia y señalar que: “[I]a ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Este primer inciso tiene en cuenta las posibles limitaciones, intromisiones o interferencias, al uso y goce de la propiedad impuestas por el Estado, que no suponen la privación de la misma. El artículo 21.2.

36 Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. EPFR. 2012, párr. 274.

37 *Ibidem*, párr. 317. Asimismo, en la nota al pie 391 de la sentencia, la Corte IDH consideró relevantes en el caso las normas 8, 9 y 10 relativas a la naturaleza y fines de los bienes de carácter militar y los de carácter civil, debiendo asegurarse la protección de estos últimos mientras se conserven como tal. En la mencionada nota al pie, la Corte IDH remitió a Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: normas*. CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 29 a 41.

38 *Ibidem*, párr. 272.

39 *Ibidem*, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. EPFR. 2012, párrs. 277-278. En el caso, la Corte IDH solo declaró responsabilidad por el daño a la propiedad dado que un grupo de tiendas y viviendas resultaron afectadas por el lanzamiento de una bomba de racimo por parte de las Fuerzas Armadas. *Ibidem*, párrs. 280-282.

40 De acuerdo con la norma 133 del derecho humanitario consuetudinario “deberán respetarse los derechos de propiedad de las personas desplazadas” [...] El principio 21.3. de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado indica que la “propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales”. Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFR. 2013, párr. 349, y notas al pie 593-595.

41 Corte IDH. *Caso Operación Génesis vs. Colombia*. EPFR. 2013, párrs. 353, 356.

contempla los casos de expropiación de bienes y los requisitos para que el actuar del Estado se considere justificado.

Pese a esta estructura, de la jurisprudencia de la Corte IDH no se desprende un uso diferente de los incisos para analizar situaciones fácticas radicalmente distintas que permitan categorizaciones claras. Tampoco se ha hecho una distinción entre las razones de ‘interés público’, y las de ‘utilidad pública’ que señala el inciso 2 del artículo 21. Una situación similar surge del análisis de la jurisprudencia europea en la materia, la cual, pese a realizar ciertas distinciones en las categorías de las violaciones en algunos de sus casos, adopta una posición que parece dar menos peso al tipo de interferencia en el derecho a la propiedad para aplicar directamente el test de las limitaciones permitidas.<sup>42</sup>

De esa manera, la Corte IDH ha establecido que el Estado puede restringir los derechos a la propiedad contemplados en el artículo 21 de la CADH si tal restricción responde a los intereses de la sociedad.<sup>43</sup>

Para la Corte IDH, los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, derivados del interés general, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una *interpretación estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la CADH*.<sup>44</sup> Para que resulten compatibles con la CADH las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.<sup>45</sup> Para que se pueda considerar ‘de interés de la sociedad’ se requiere que las restricciones: 1. hayan sido previamente establecidas por ley; 2. sean necesarias; 3. sean proporcionales; y 4. tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.<sup>46</sup>

En el caso de restricciones a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales la Corte IDH, además de los requisitos establecidos anteriormente, requiere la satisfacción de un quinto elemento: la restricción no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.<sup>47</sup> La carga de probar que estas limitaciones cumplen dichos requisitos recae sobre el Estado que las impone.

El requisito de legalidad se ha interpretado de forma estricta en gran parte de la jurisprudencia de la Corte IDH –al analizar las restricciones legítimas a los derechos establecidos en la CADH–, y constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad en las decisiones de los Estados. Se ha interpretado que el requisito exige la existencia de una ley en sentido formal y material, que las causas de dicha restricción estén “expresa, taxativa y previamente” fijadas por la ley, que sean necesarias para asegurar el fin legítimo perseguido y que no deban, de modo alguno, limitar, más allá de lo estrictamente necesario el derecho afectado.<sup>48</sup> Entre otros elementos de las restricciones, se ha señalado, por ejemplo, en el caso

42 Al respecto, ver Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 688.

43 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 127.

44 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 75. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85. *La colegiación obligatoria de periodistas*. 1985, párrs. 66 y 67. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1986, párr. 31.

45 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 145. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. FRC. 2001, párr. 155.

46 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 127. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 144-145. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 137.

47 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128.

48 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. FRC. 2004, párr. 95. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 120. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, *op.cit.*, 1985, párr. 39. Sobre el requisito de legalidad en el artículo 21 de la CADH, parecería que en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* de 2008, la Corte IDH ‘flexibilizó’ su jurisprudencia constante al afirmar que: “no e[ra] necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad est[uviera] señalada en la ley”. La Corte IDH justifica esta afirmación con una cita del propio caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez*, sin embargo dicha cita tiene una modificación respecto a la redacción original de la sentencia, ya que en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Itúñez*, la Corte IDH nunca señaló que “no era necesario”

*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*; que deben justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad.<sup>49</sup>

El significado del artículo 21.3. de la CADH no ha sido desarrollado por la Corte IDH y algunos autores entienden que no se reconoce un derecho sino un “mandato a la ley interna” y que “no puede operar por sí sola”.<sup>50</sup> Tampoco se encuentra referencia en los trabajos preparatorios a su contenido o discusión de fondo en torno al mismo.

### 2.3. Titularidad del derecho a la propiedad

#### 2.3.1. Protección a accionistas de empresas

La CADH consagra al ser humano como titular del derecho a la propiedad privada. En cambio, la CEDH en su Protocolo Primero consagra explícitamente tanto a los seres humanos como a las personas jurídicas como titulares de este derecho. En el marco del derecho a la propiedad privada esto tiene especiales consecuencias, debido a que la creación de sociedades es común e incide enormemente en el patrimonio de las personas que las conforman, así como en el ejercicio de sus derechos.<sup>51</sup> La respuesta de los órganos del SIDH a la protección de los derechos que pueden tener las personas físicas que actúen bajo una ficción jurídica se ha establecido paulatinamente. Estos desarrollos atienden o dan respuesta a actos de los Estados que afectan gravemente los derechos humanos, ya sea actuando u omitiendo actuar en contra o a favor de las empresas, corporaciones, sociedades o cualquier tipo de organización societaria, con o sin fines de lucro.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre el tema inició en 2001, en el caso *Cantos vs. Argentina*, en donde la Corte IDH se perfiló para dar una protección amplia en respuesta a los argumentos del Estado planteados en una excepción preliminar sobre su competencia *ratione personae*, ya que la presunta víctima era una persona jurídica. La Corte IDH señaló con contundencia que los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.<sup>52</sup> En un *obiter dictum*, la Corte IDH afirmó que: “no [se] restring[ía] la posibilidad de que bajo determinados supuestos un individuo pu[diera] acudir al S[IDH] para hacer valer sus derechos, aun cuando los mismos est[uvieran] cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico”.<sup>53</sup>

Posteriormente, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte IDH decretó la violación al artículo 21 de la CADH por la intervención ilegítima del Estado en el uso y goce de las acciones que la víctima tenía en un canal de televisión. La intervención se logró a través de una medida cautelar en un proceso civil arbitrario privándolo del goce de sus acciones mayoritarias y de la calidad de presidente y directivo de la empresa, con el propósito de apartarlo de la dirección informativa del canal.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte IDH entendió que las consecuencias civiles derivadas de una sentencia penal que recayeron directamente en el representante de la empresa afectada en el caso (Periódico “La Nación”) no fueron dirigidas en contra de la presunta víctima “como sujeto

---

que toda causal de restricción estuviera en la ley, sino que “no era suficiente”. La jurisprudencia del caso *Salvador Chiriboga* –que parece sustentarse más en la jurisprudencia del TEDH que en la interamericana–, no se ha repetido y constituye un precedente aislado. Cfr. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 65.

49 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 188.

50 Gros Espiell, H., *op. cit.*, p. 112.

51 *Idem*.

52 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 27. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 399.

53 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 29. Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 399. En el caso *Cantos*, la Corte IDH dejó fuera del análisis jurídico algunos elementos del derecho a la propiedad por carecer de competencia temporal sobre los hechos, y tampoco se pronunció en la sentencia de fondo, sin dar explicación alguna, sobre los alegatos vertidos respecto de la violación al artículo 21 de la CADH por el cobro de “sumas exorbitantes” como tasa judicial y honorarios, las cuales llegaban hasta 140 millones de dólares. Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. FRC. 2002, párr. 160.

privado o particular”.<sup>54</sup> En el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, consideró que los daños fueron ocasionados a la sede o a bienes del canal de televisión Globovisión, “como empresa o persona jurídica”, sin que se haya demostrado cómo tales daños producían una afectación directa a las víctimas como accionistas.<sup>55</sup> En cambio, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, analizó la violación al artículo 21 a profundidad al considerar intromisiones arbitrarias en el goce de bienes de la empresa que “incid[ía]n en [su] valor y productividad, lo que a su vez perjudica[ba] a [...] sus accionistas”.<sup>56</sup>

En 2015, la Corte IDH emitió su sentencia en el caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*; en ella establece criterios relevantes para determinar los supuestos en los que los accionistas de una empresa pueden reclamar por la violación de su derecho a la propiedad, originada en afectaciones sufridas por la empresa.

El caso se refería a la alegada violación a la libertad de expresión de los accionistas, directivos y periodistas del canal Radio Caracas Televisión [RCTV], en razón de la decisión del Estado de no renovar la concesión a RCTV. La Corte IDH reiteró el criterio sobre la posibilidad de analizar una presunta violación al derecho de propiedad de personas en su calidad de accionistas, en esos casos:

[...] la Corte ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos [...]. En ese sentido, *para determinar que ha existido una vulneración al derecho de propiedad de los socios es necesario que se encuentre probada claramente la afectación que sobre sus derechos ha recaído* [...].<sup>57</sup>

Con el fin de determinar si existió una afectación sobre los derechos directos de los accionistas de RCTV, la Corte IDH analizó si se generó alguna vulneración a dichos derechos patrimoniales, a partir de los alegatos de las partes relacionados con tres situaciones.

Primero, sobre la no renovación de la concesión a RCTV para el uso del espectro electromagnético, la Corte IDH concluyó que el espectro radioeléctrico era un bien público cuya titularidad no podía ser reclamada por los particulares, por lo que no era posible afirmar que los accionistas o la empresa hubieran adquirido algún derecho o titularidad sobre el mismo.<sup>58</sup> Asimismo, la Corte IDH analizó el alegato de los representantes según el cual la no renovación de la concesión equivalía a una destrucción ilegítima del derecho de propiedad que tenían las presuntas víctimas sobre ella, en el entendido de ser un bien protegido bajo la CADH. Al haber concluido previamente que no existía un derecho a la renovación o a una prórroga automática de la concesión,<sup>59</sup> la Corte IDH concluyó que no había:

[...] argumentación o regulación que permitiera interpretar, para el [...] caso, que se [había] generado un derecho a la extensión de concesiones en la normativa venezolana a favor de la empresa. [Por tanto,] la posibilidad de que el Estado renovara la concesión a RCTV para el uso del espectro radioeléctrico [...], no p[odía] ser considerada como un bien o derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa. Dicha posibilidad era una mera expectativa de renovación que estaba condicionada por la facultad del Estado para establecer controles sobre un recurso de su propiedad. En consecuencia, *los beneficios económicos que los accionistas pudieren haber recibido como consecuencia de la renovación de la concesión tampoco p[odían] considerarse como bienes o derechos adquiridos que hicieran parte del patrimonio directo de los socios y pudieran ser protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana en virtud de su titularidad*.

[...] [la Corte] constató que RCTV [había sido] titular de un derecho patrimonial derivado de [una] concesión otorgada [...], durante el periodo de 20 años frente al cual el Estado ya había

54 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. EPFRC. 2004, párr. 100.

55 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 403.

56 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 209.

57 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 338. (énfasis agregado)

58 *Ibidem*, párr. 342.

59 *Ibidem*, párr. 180.

concedido una licencia, pero enc[ontró] que el Estado no impidió la utilización del espectro electromagnético ni interfirió arbitrariamente en el ejercicio de los derechos derivados del contrato de concesión durante su vigencia, actos que en efecto habrían podido vulnerar el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas.<sup>60</sup>

Segundo, en cuanto a ciertas medidas cautelares que habían sido impuestas a los bienes de la empresa, la Corte IDH recordó que, para determinar la existencia de una vulneración al derecho a la propiedad de los socios, resultaba necesario que se probara claramente la afectación recaída sobre los derechos de los accionistas. La Corte IDH ya había establecido que la persona jurídica de RCTV era un vehículo para la libertad de expresión de sus trabajadores y directivos, sin embargo, no encontró que ello fuera sustento jurídico suficiente para afirmar que por esa función instrumental había desaparecido la separación de patrimonios entre la persona jurídica y sus accionistas.

La Corte IDH reiteró que los derechos de los accionistas de una empresa son diferentes de los derechos de la persona jurídica, “por lo que para fines de desestimar la personalidad jurídica de la sociedad anónima y atribuir a los socios legitimidad para reclamar los daños generados a través de actos dirigidos a la empresa, era necesario contar con el material probatorio suficiente para demostrar dicha relación”.<sup>61</sup> Al no contar con pruebas suficientes, la Corte IDH no pudo analizar las consecuencias que se derivaron de la imposición de dichas medidas cautelares a los bienes que formaban parte del patrimonio de RCTV, ni determinar si estas habían vulnerado la propiedad jurídica de la empresa.<sup>62</sup>

Tercero, sobre la posible afectación al valor de las acciones de propiedad de los socios de RCTV derivado de la no renovación de la concesión para el uso del espectro electromagnético y de la imposición de medidas cautelares sobre los bienes de RCTV, por una parte, la Corte IDH señaló que a diferencia del caso *Chaparro Álvarez vs. Ecuador*, la relación entre las presuntas víctimas de ese derecho y la empresa afectada no era directa, toda vez que las víctimas eran accionistas de personas jurídicas o patrimonios autónomos separados, que a su vez eran accionistas o propietarios de una cadena que tenía en el intermedio entre una o hasta cinco otras personas jurídicas hasta llegar a la empresa RCTV.<sup>63</sup> Ante ello, la Corte IDH consideró que:

[la] constitución accionaria compleja, consecuencia de una estructura societaria amplia de personas jurídicas con patrimonios separados, dificulta[ba] aún más poder establecer una relación directa y evidente entre la alegada pérdida de valor de acciones y las afectaciones al patrimonio de la persona jurídica de RCTV.<sup>64</sup>

Por otra parte, siguiendo el análisis de su sentencia en el caso *Perozo vs. Venezuela*, la Corte IDH procedió a analizar si había sido probada la afectación de las acciones de las cuales eran propietarios las víctimas.<sup>65</sup> De los hechos probados del caso, fue establecido que las medidas cautelares implicaron el traspaso de bienes de la empresa, tales como “microondas, telepuertos, transmisores, equipos auxiliares de televisión, equipos auxiliares de energía y clima, torres, antenas, casetas de transmisión, casetas de

60 *Ibidem*, párrs. 343-344.

61 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. EPFRC. 2015, párr. 350. Esto en atención a que uno de los peritos propuestos por los representantes de las víctimas afirmó que la separación tajante entre los bienes de los accionistas y los de la persona jurídica no debía ser aplicada en el caso, toda vez que “la regla general de la separación de patrimonios, propia de las sociedades anónimas en general, [a propuesta del perito debía] de ser sustituida por la regla de la confusión de patrimonios, por la sencilla razón de que la vestidura social de la empresa comunicacional e[ra] una ficción [...]”. De acuerdo con el perito, esto era un hecho público y notorio que no necesitaba prueba, ya que ocurría un fenómeno de indiferenciación en la gestión del patrimonio social por parte de los accionistas, lo cual daba como resultado que el patrimonio social y el patrimonio de los accionistas se confundiera en uno solo. Sin embargo, la Corte IDH desestimó este argumento. *Ibidem*, párr. 349, y notas al pie 371 y 372.

62 *Ibidem*, párr. 348.

63 *Ibidem*, párr. 65.

64 *Ibidem*, párr. 355.

65 *Ibidem*, párr. 356. En este punto, la Corte IDH recordó que la renovación de la concesión no era un derecho adquirido ya incorporado en el patrimonio de la empresa, por lo que las afectaciones económicas que por ello pudieron haber recaído sobre el valor accionario, no podían ser exigibles como propiedad de los socios. *Ibidem*, párr. 357.

planta, cerca perimetral y acometida eléctrica”, al Estado para la asignación de uso y goce a otros operadores de señal de Televisión. No obstante, de acuerdo con la Corte IDH:

[...] no se ha[bía] probado la afectación que ello tuvo en el derecho a la propiedad de las presuntas víctimas, toda vez, que para poderse establecer semejante vulneración, debió acreditarse en primer lugar, una afectación a las empresas que son accionistas directas y la forma como esto pudo haber repercutido en cada una de las personas jurídicas que, a su vez, hac[ía]n parte del amplio andamiaje societario, hasta llegar a las acciones o fideicomisos de los cuales las presuntas víctimas [eran] propietarios directos.<sup>66</sup>

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte IDH, compartida por la CIDH en sus decisiones de admisibilidad,<sup>67</sup> exige los siguientes criterios: 1. Un nivel de prueba más alto sobre la relación entre el actuar u omitir del Estado lesivo de derechos y la persona física que forma parte de la persona jurídica atacada (conexidad en palabras de la propia CIDH).<sup>68</sup> 2. Una distinción entre actos dirigidos a una persona como “sujeto particular” o “como empresa o persona jurídica.”<sup>69</sup> 3. El requisito formal de que los recursos interpuestos internamente hayan sido presentados también en “nombre propio” y no solo en nombre de la empresa.<sup>70</sup>

Estos criterios dejan fuera del análisis del SIDH casos –o parte de los hechos en casos de graves violaciones a los derechos humanos– en donde exista un uso desproporcionado de poder por el Estado en contra de empresas u otro tipo de asociaciones; da lugar a distinciones formales, difíciles o artificiales en cada caso particular, debiendo determinar si el acto se dirige en contra la empresa en sí, o en contra la persona física que hace la petición ante el SIDH, o se presenta como víctima, resultando en la protección del derecho a la propiedad, entre otros, de la persona en tanto sea accionista de la empresa,<sup>71</sup> o se encuentre en situaciones derivadas de tal condición como, por ejemplo, ser accionista ejerciendo la representación de la empresa.

### 2.3.2. Protección a comunidades y pueblos indígenas y tribales

En el caso de las comunidades indígenas, que reclamen el respeto y garantía del uso y goce de la propiedad sobre sus tierras ancestrales, no se presenta similar problemática en torno a la titularidad de los derechos. La Corte IDH ha rechazado consistentemente los argumentos de los Estados que aluden a la falta de “personalidad jurídica” de las comunidades en el ámbito interno que impedirían que la Corte IDH conociera de esos asuntos.<sup>72</sup>

66 *Ibidem*, párr. 358.

67 CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición 1164/05, 31 de marzo de 2011, párr. 36. CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001, párr. 54. CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, 1991, considerandos 2 y 3. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Informe Anual 1999, párr. 17. Para Gros Espiell, esto resulta problemático. Cfr: Gros Espiell, *op. cit.*, p. 112.

68 Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. EPFRC. 2009, párr. 403.

69 *Idem*.

70 Corte IDH. *Caso Cantos vs. Argentina*. EP. 2001, párr. 30. Este elemento surge con mayor contundencia de las decisiones de la CIDH que afirman que son inadmisibles los casos que en el ámbito interno hayan sido presentados solo en nombre de personas jurídicas. CIDH. Informe n.º 72/11, *Caso William Gómez Vargas vs. Costa Rica*, Petición 1164/05, 31 de marzo de 2011, párr. 36. CIDH. Informe n.º 92/03, *Caso Elías Santana y otros vs. Venezuela*, Informe Anual de 2003, párr. 50 en donde se cita a: CIDH. Informe n.º 67/01, *Caso Tomás Enrique Carvallo Quintana vs. Argentina*, 14 de junio de 2001. CIDH. Informe n.º 103/99, *Caso Bernard Merens y Familia vs. Argentina*, 27 de septiembre de 1999. CIDH. Informe n.º 10/91, *Caso Banco de Lima vs. Perú*, Caso 10.169, 1991. Informe Anual 1990-1991, p. 452. CIDH. Informe n.º 47/97, *Caso Tabacalera Boquerón vs. Paraguay*. Informe Anual 1997, p. 229. CIDH. Informe n.º 39/99, *Caso Mevopal, S. A. vs. Argentina*, Informe Anual 1999, párr. 2. Sobre este tema, ver la sección 3.1. Previo agotamiento de los recursos internos, del comentario a los artículos 44 a 47 sobre la Competencia de la CIDH, a cargo de Tojo.

71 Galvis Patiño, M. C. “El contenido amplio del artículo 21 de la Convención Americana: la propiedad privada de los particulares y la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas y los pueblos tribales”, en *La América de los Derechos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos - UNAM III, en prensa.

72 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*. Oxford University Press, New York, 2011, p. 504. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que no es necesario que todas

En los casos de derechos indígenas, la Corte IDH ha tomado en cuenta las afectaciones a la comunidad como un todo, para determinar no solo las violaciones a los derechos humanos sino, además, diseñar esquemas de reparación.<sup>73</sup> Esto se confirmó en la sentencia del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, en donde la Corte IDH estableció un precedente importante al señalar que:

En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales [...]. Sin embargo, *la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros* [...]. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, *ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva*, la Corte señal[ó] que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la [...] Sentencia deb[ía]n entenderse desde dicha perspectiva colectiva.<sup>74</sup>

### 3. Los bienes protegidos y los poderes del Estado

#### 3.1. La protección a las pensiones adquiridas y el escaso poder limitante del Estado

A través de la jurisprudencia desarrollada en 2003 en el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. Perú, y posteriormente consolidada con contundencia en 2009 en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*, la Corte IDH ha delineado los criterios en torno a la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores pensionados, o jubilados o cesantes, a través del artículo 21 de la CADH. Los hechos de ambos casos son similares, y se basan en reducciones de beneficios en pensiones por decretos ley o decretos supremos declarados inconstitucionales por las cortes nacionales (en ambos casos del Perú), siendo las víctimas beneficiarias de un régimen de pensiones reconocido tanto por el derecho como por las cortes internas. La solución de fondo en ambos casos es idéntica y las diferencias que se presentan, después de duras críticas sustanciales al primero,<sup>75</sup> y varios años de escasos avances en su cumplimiento,<sup>76</sup> siguen sin lograr responder a los interrogantes de fondo que surgen en estos casos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, bajo el artículo 21 de la CADH se protegen los “efectos patrimoniales” de un régimen de pensión determinado por el ordenamiento jurídico interno a los que tiene derecho una persona, que luego de realizar sus aportes y jubilarse, ve modificado de forma arbitraria los montos reconocidos por el Estado en un momento dado. Para alcanzar tal protección, la Corte IDH entiende que la violación al artículo 21 de la CADH se configura únicamente por la violación del artículo 25 del mismo instrumento (que consagra el derecho a la protección judicial), la cual se consuma cuando una persona acude a las autoridades judiciales internas reclamando por tal modificación; estas reconocen que el actuar del Estado en la modificación de los beneficios de las pensiones fue arbitrario, exigen que se recalculen las pensiones de un modo diferente, y las autoridades que deben hacerlo no respetan dicha decisión. Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia en esta materia, para decretar una violación al derecho a la propiedad en este ámbito se requiere: 1. la reducción arbitraria de la pensión

---

las víctimas pertenecientes a una comunidad indígena se encuentren previamente determinadas, siempre y cuando sean identificables.

73 *Ibidem*. Sobre este tema, ver la sección 3. Part II: Reparaciones ordenadas por la Corte IDH de la Sección Especial. Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y reparaciones, a cargo de Ruiz-Chiriboga y Donoso.

74 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 231.

75 Melish, T. “A Pyrrhic, Victory for Peru’s Pensioners: Pensions, Property and the Perversion of Progressivity”, en *Revista CEJIL Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, vol. 1, 2005, pp. 51-66.

76 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009.

reconocida en el ámbito interno; y 2. que tal reducción se consolide con el desacato a las decisiones internas favorables obtenidas por las víctimas.<sup>77</sup>

Algunos autores entienden que la protección de estos ‘derechos adquiridos’, iniciada en el caso “*Cinco Pensionistas*” como parte del patrimonio de una persona, protegido por el artículo 21, demuestra la ‘amplitud’ del contenido dado por la Corte IDH.<sup>78</sup> Sin embargo, otros estudiosos sostienen que el análisis dado en el artículo 21 es errado, y en conjunto constituye un precedente “desastroso”,<sup>79</sup> que deja sin resolver los principales cuestionamientos de fondo que se plantean en estos casos, como puede ser la justificabilidad internacional del derecho a la seguridad social y las facultades del Estado para limitarlo.<sup>80</sup>

Cabe destacar que la Corte IDH ha adoptado una solución casuística, y no analiza el contenido y alcance del derecho a la pensión o a la seguridad social del ser humano, ni ha delineado sus estándares internacionales a través del artículo 21.<sup>81</sup> En el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* se hizo una referencia al determinar reparaciones por daño inmaterial, a la “aspiración natural de un trabajador cesante o jubilado” de “disfrutar de la libertad y el descanso que supone cumplir con el tiempo de prestación laboral, contando con la garantía y seguridad económicas que representa el pago de la pensión íntegra a la que aquél se hace acreedor a partir de sus aportaciones”.<sup>82</sup> Al respecto, la Corte IDH presumió que tal “aspiración natural” ocasiona un daño inmaterial en el caso concreto por “la falta de tranquilidad en lo económico”.

En otro caso en el que no se analiza la violación al derecho a la propiedad –también relacionado con incumplimientos de sentencias internas por despidos arbitrarios y demoras en cumplimientos de los amparos favorables a los derechos laborales de las víctimas–, la Corte IDH ha realizado mejores consideraciones solicitando al Estado determinar como reparación al daño material, “de acuerdo al derecho interno y a través de los mecanismos correspondientes, quiénes son las víctimas que tienen derecho a la jubilación”.<sup>83</sup>

Pese a que la Corte IDH no reconoce el impacto en el patrimonio personal, como violación independiente al derecho a la propiedad privada, que pueden tener las distintas violaciones por parte del Estado al derecho al trabajo y sus derechos conexos (por ejemplo no percibir salarios o jubilación) y limitarse al análisis de violaciones por desacato de sentencias internas, ha dado protección indirecta a estos derechos. Por ejemplo, en la parte de reparaciones ha reconocido que:

[por] no poder ejercer el derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permitiera a las víctimas y sus familiares gozar de un estándar de vida digno, se impidió que estos tuvieran acceso al bienestar económico y pudieran proporcionar a sus familiares mejores condiciones de salud, vivienda y educación, entre otras.<sup>84</sup>

Una mejor protección de los derechos laborales como tales surge de la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH.<sup>85</sup> En algunas de las opiniones que ha dado la Corte IDH se menciona la seguridad social

77 *Ibidem*, párrs. 117, 118 y 120 y, más contundentemente, en el párrafo 90 del caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, recogiendo anteriores votos razonados. Sobre el particular, ver Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

78 Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 627.

79 *Ibidem*, pp. 51-66.

80 *Idem*.

81 *Idem*.

82 Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. EPFRC. 2009, párr. 131.

83 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, p. 305. En esta sentencia se analiza el derecho a la jubilación, especialmente reparaciones. Para un análisis sobre la manera como la Corte IDH realiza la protección de los derechos de los trabajadores, ver Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, cap. 18.

84 Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. EPFRC. 2006, párr. 311.

85 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. 2003, párr. 157. Expresamente se consagra el derecho a la seguridad social como un derecho de los trabajadores.

como derecho de los trabajadores, y da ejemplos más generosos en torno a violaciones de derechos humanos por parte del Estado que incurre, por ejemplo, en:

[...] la denegación del derecho a la pensión de un trabajador [...] que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que este le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.<sup>86</sup>

Dichas situaciones todavía no se han planteado como casos contenciosos ante la Corte IDH, y parecería difícil que llegaran, pues la CIDH rechaza los casos en que existe una diferencia en la interpretación entre las presuntas víctimas y el Estado, sobre el cumplimiento de requisitos que están establecidos en una ley para recibir beneficios jubilatorios, y que no han sido reconocidos por los tribunales internos.<sup>87</sup>

Tanto en el caso de los “*Cinco Pensionistas*” como en el caso *Acevedo Buendía y otros*, la Corte IDH no ha aplicado de manera clara su habitual análisis o test (legalidad, necesidad y proporcionalidad) sobre las limitaciones posibles al derecho a la propiedad privada en manos del Estado, dejando al parecer intangibles, inmodificables o con mínimo poder de limitación sobre los beneficios patrimoniales que se hayan reconocido en la legislación interna.<sup>88</sup>

En cuanto a las diferencias notables entre estos casos se pueden resaltar dos aspectos. El primero surge de mejores consideraciones en el caso *Acevedo Buendía*, sobre el contenido del artículo 26 de la CADH (titulado ‘desarrollo progresivo’ establecido en el Capítulo III de la CADH sobre los derechos económicos, sociales y culturales).<sup>89</sup> En esta oportunidad, la Corte IDH afirmó directamente que los derechos económicos sociales y culturales son justiciables en el ámbito internacional.<sup>90</sup> Con esta sentencia se superó la desafortunada interpretación de la Corte IDH,<sup>91</sup> en la sentencia de “*Cinco Pensionistas*”, en la cual entendió que el carácter progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales –entre ellos el derecho a la seguridad social y a la pensión–, “se deb[ían] medir [...] sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.<sup>92</sup> Sin embargo, en el caso *Acevedo Buendía*, la Corte IDH rechazó los argumentos de los representantes de las víctimas en torno a la violación del artículo 26 de la CADH, los que la CIDH ya no se atrevió a sustentar nuevamente.

La línea jurisprudencial de la Corte IDH en torno al artículo 26 se aclaró con contundencia en la sentencia histórica *Lagos del Campo vs. Perú* de 2017, en la cual se declaró la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH, y se determinó, por primera vez, la violación de esta disposición. Asimismo, la Corte IDH reconoció la protección del derecho al trabajo a partir de una interpretación del mismo artículo 26 con la Carta de la OEA, la DADDH, y de que el derecho estaba explícitamente reconocido en las leyes internas de los Estados de la región.<sup>93</sup>

La importancia de esta sentencia, para el apartado que nos ocupa, se posa en el hecho de que la nueva interpretación del artículo 26 abre la puerta para el reconocimiento y protección de derechos

86 *Ibidem*, párr. 154.

87 CIDH. Informe n.º 79/10 *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010.

88 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66.

89 Sobre el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en los casos “*Cinco Pensionistas*” y *Acevedo Buendía*, ver el comentario al artículo 26, a cargo de Courtis.

90 Para un análisis detallado sobre este desarrollo, ver Burgorgue- Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, pp. 631-634.

91 Burgorgue- Larsen, L. y Úbeda de Torres, A., *op. cit.*, p. 630. CIDH. Informe n.º 79/10. *Caso Asociación de jubilados petroleros del Perú. Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, Petición 12.119, Inadmisibilidad, 12 de julio de 2010, p. 631.

92 Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 147.

93 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 143, 145.

laborales específicos como el derecho a la seguridad social y a la pensión,<sup>94</sup> los cuales serían también justiciables en el instrumento convencional y generadores de obligaciones internacionales para el Estado. Más importante aún es el hecho de que este reconocimiento permitirá aclarar tanto el alcance de los derechos patrimoniales y adquiridos de los trabajadores, como de las facultades del poder del Estado para limitarlos, pues tratándose de esos derechos, la nueva interpretación del artículo 26 de la CADH necesariamente impacta en el desarrollo del artículo 21.

El segundo aspecto decidido de forma diferente en el caso *Acevedo Buendía* es la no remisión a los tribunales internos para calcular el monto que les corresponde a las víctimas. Tal decisión puede tener como base la experiencia de la Corte IDH en la supervisión de cumplimiento del caso “*Cinco Pensionistas*”, a través de la cual se demostró que dejar tal determinación en manos de las autoridades internas solo se transformó en un justificativo estatal para incumplir la decisión de fondo adoptada por la Corte IDH.<sup>95</sup>

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH sentó claramente que no hay un derecho general a beneficios de la seguridad social que deriven del derecho a la propiedad privada establecida en el artículo 1 del Protocolo Primero.<sup>96</sup> Sin embargo, reconoce que se puede obtener la protección de dicho artículo cuando la víctima demuestra que tiene un derecho legal a los beneficios en la legislación interna, si satisface ciertas condiciones. El TEDH no distingue los casos en que la víctima realizó aportes de aquellos en donde no los hizo. Si el Estado no reconoce en el procedimiento interno los beneficios reclamados, el TEDH solamente analizará el caso bajo el artículo 1 del Protocolo si los beneficios se han negado con base en condiciones discriminatorias establecidas en el artículo 14 de la CEDH. En estos casos, el derecho a recibir el beneficio existirá sin importar que no haya cumplido las condiciones requeridas.<sup>97</sup> El TEDH reiteradamente repitió que el CEDH y el Protocolo Primero no garantizan el derecho a adquirir propiedad como derecho económico, social o cultural. Sin embargo, una decisión de la Gran Cámara en el contexto de seguridad social comienza a afirmar que no hay una división tajante separando las esferas de los derechos civiles y políticos de los económicos, sociales y culturales.<sup>98</sup>

La jurisprudencia de la Corte IDH analizada demuestra que ha evitado pronunciarse a profundidad sobre las facultades del Estado de modificar con efecto retroactivo las pensiones cuando circunstancias de índole socio-económico lo exijan, y demuestra cierta antipatía para desarrollar estándares de la mano de casos en que las víctimas no “son tan vulnerables”, como los casos analizados en que no se trataba de pensiones bajas, sino de privilegios.<sup>99</sup>

### 3.2. La protección de los derechos adquiridos mediante resolución judicial firme de órgano interno

En la sentencia *Furlan y familiares vs. Argentina* de 2012, la Corte IDH reconoció que las indemnizaciones otorgadas mediante resolución judicial firme emitida por los órganos internos, ingresan al patrimonio y se encuentran protegidas por el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH, y que cualquier medida de restricción del derecho por el Estado deberá estar justificada mediante un juicio de proporcionalidad, pues de no ser así, implicará una violación del derecho a la propiedad.

Sebastián Furlan –de 14 años al momento en que suceden los hechos– jugaba en un predio propiedad del Ejército argentino, y sufrió un grave accidente que le generó secuelas irreversibles e

94 En la sentencia, la Corte IDH reconoció y protegió, vía el artículo 26 de la CADH, el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. EPFRC. 2017, párrs. 146-150.

95 Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 24 de noviembre de 2009, párr. 32.

96 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 660.

97 *Idem*.

98 *Idem*.

99 Melish, T., *op. cit.*, pp. 51-66. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. FRC. 2003, párr. 147.

incapacidades físicas y psíquicas, por las cuales requería tratamiento.<sup>100</sup> Los fallos internos en materia civil establecieron que el daño ocasionado a Sebastián fue consecuencia de la negligencia por parte del Estado, como titular y responsable del predio; en particular se estableció que el predio era considerado por los habitantes de la zona como una plaza o sitio público donde los menores acudían a jugar por lo que se condenó al Estado a pagar \$130,000 pesos argentinos.<sup>101</sup>

La indemnización declarada a favor del joven Furlan quedó enmarcada dentro de la Ley 23.982 de 1991, por lo cual debía escoger entre dos formas de cobro: 1. el pago diferido en efectivo, o 2. la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo, en esta segunda opción los bonos tendrían el valor nominal una vez que hubiera transcurrido el plazo.<sup>102</sup> La Corte IDH constató que debido a las precarias condiciones económicas en las que se encontraba la familia, y la necesidad de una rápida obtención del dinero para los tratamientos médicos,<sup>103</sup> el papá del joven Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación. Una vez que los bonos fueron pagados, el papa del joven Furlan los cobró a un precio del 33% de su valor nominal, después de sufragar el monto que le correspondía pagar por las costas procesales según la responsabilidad del 30% atribuida, y restar el 30% que correspondía al abogado, Sebastián Furlan recibió el equivalente a \$38,000 pesos argentinos.<sup>104</sup>

En el análisis del fondo, la Corte IDH examinó la relación entre el derecho a la protección judicial y el derecho propiedad. En primer término, la Corte IDH precisó los estándares que rigen la ejecución de sentencias, y determinó que la ejecución no había sido ni completa ni integral, pues Sebastián había recibido un monto excesivamente menor al que había sido ordenado por el órgano judicial interno.<sup>105</sup> En segundo término, la Corte IDH estableció que con la sentencia interna “el monto había ingresado al patrimonio” del joven Furlan, por lo cual era “un derecho adquirido a su favor”, y determinó que la aplicación de la Ley 23.982 implicaba una restricción adicho derecho.<sup>106</sup>

[...] la Corte observó [...] una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad. En efecto, al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se [determinó] que la Ley 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, p[odía] aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones puede no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, *la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía*. No se enc[ontraba] en el expediente algún tipo de previsión pecuniaria o no pecuniaria que hubiera podido moderar el impacto de la reducción de la indemnización u otro tipo de medidas ajustadas a las circunstancias específicas de una persona con varias discapacidades que requerían, para su debida atención, del dinero ya previsto judicialmente como derecho adquirido a su favor. En las circunstancias específicas del caso concreto, *el no pago completo de la suma dispuesta judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad exigía*

100 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 95.

101 *Ibidem*, párrs. 99-100.

102 *Ibidem*, párr. 213.

103 *Ibidem*, párrs. 104-117.

104 Corte IDH. *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*. EPFRC. 2012, párr. 213.

105 *Ibidem*, párrs. 210-211. Si bien el Estado alegó que la venta de los bonos había sido una decisión personal, la Corte IDH observó que la condición personal de Sebastián Furlan, y la precaria situación económica en la cual se encontraba su familia, no les permitía esperar hasta que transcurriera el plazo para cobrar el monto. La Corte IDH enfatizó que en la aplicación de la Ley 23.982 de 1991, las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, *lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales*. *Ibidem*, párrs. 214-215.

106 *Ibidem*, párr. 221.

*una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual no se comprobó en [el] caso.*<sup>107</sup>

### 3.3. Derecho a la propiedad y procesos seguidos a nivel interno

#### 3.3.1. Derecho a la propiedad ante procesos penales y las facultades de investigación del Estado

El derecho a la propiedad frente a las facultades del Estado de investigación penal ha sido puesto a prueba por la CIDH,<sup>108</sup> en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú* sometido a la Corte IDH en 1999. Sin embargo, en ese caso la Corte IDH no se pronunció sobre las posibles violaciones al derecho a la propiedad de una persona sometida a un proceso penal por medio de la imposición de medidas cautelares reales, sin dar mayor explicación.<sup>109</sup> Fue hasta el 2004 que la Corte IDH comenzó a pronunciarse sobre las posibles limitaciones que puede imponer el Estado al derecho a la propiedad en uso de sus facultades de investigación al resolver el caso *Tibi vs. Ecuador*,<sup>110</sup> en el que declaró que el Estado violó el derecho a la propiedad de la víctima porque no había devuelto los bienes que había incautado con base en la necesidad de “luchar contra el narcotráfico”, y cuya devolución ya habían ordenado los tribunales internos. El punto neurálgico de protección en este caso radica en la asunción de la presunción *iuris tantum* que la posesión de bienes muebles adquiere la calidad de propiedad, y que el Estado debe tratar a los poseedores como propietarios, sin que pueda exigir la presentación de título alguno, aún de muebles registrables, para devolver bienes incautados arbitrariamente en el marco de un proceso penal.<sup>111</sup> La Corte IDH no realiza un análisis sobre legalidad, legitimidad y proporcionalidad de la restricción al derecho a la propiedad.

Este casuístico precedente fue aclarado y explicado con mayor profundidad y detalle en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* de 2007. En esa sentencia, la Corte IDH realizó el análisis del derecho a la propiedad, de la mano de las fracciones 1 y 2 del artículo 21 de la CADH, estudiando los elementos necesarios que se deben cumplir para limitar un derecho que no es absoluto, a fin de que dicha limitación sea considerada conforme a la CADH.

Primero, aclaró que el Estado tiene facultades para restringir el derecho a la propiedad en el marco de investigaciones penales, y que la existencia de dichas restricciones en una ley no conlleva *per se* una violación del artículo 21 de la CADH. Segundo, enmarcó su razonamiento en los elementos necesarios para que una limitación pueda ser legítima y reconoció que, en el caso particular, las causales de restricción provenían de una ley,<sup>112</sup> tal y como lo exige la CADH. Tercero, interpretó que no es suficiente la existencia de la causal de limitación en la ley sino que tales limitaciones deben tener fines legítimos buscados por el Estado, como lo son: “[i)] evitar que los bienes continúen siendo utilizados en actuaciones ilícitas, [(ii)] procurar el éxito de la investigación penal, [(iii)] garantizar las responsabilidades pecuniarias que podrían declararse como resultado del proceso, o [(iv)] evitar la pérdida o deterioro de la evidencia”. Cuarto, exigió que la medida cautelar real “deb[er] justificarse previamente en la

107 *Ibidem*, párr. 222. (énfasis agregado)

108 La CIDH sostuvo que el Estado violó el derecho a la propiedad en perjuicio de la víctima, pues el embargo trabado sobre sus bienes no fue consecuencia de un debido proceso ni fue ordenado por un juez competente e imparcial. Asimismo, la CIDH manifestó que, al mantener a la víctima recluida en prisión el Perú había violado su “derecho al trabajo”, produciéndolo daño emergente.

109 Corte IDH. *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*. F. 1999, párr. 183. En este caso, la Corte IDH estimó que, en el marco del artículo 21 de la CADH, “no se comprobó que hub[iera] una violación, *per se*, del derecho del Sr. Cesti Hurtado sobre su propiedad. Los efectos que su detención, procesamiento y condena hubieran podido producir en su patrimonio o en su capacidad de trabajo derivarían de la violación de los artículos 7, 8 y 25 de la CADH, por lo que la Corte IDH reserv[ó] su pronunciamiento sobre dichos efectos para la etapa de reparaciones, en su caso”.

110 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. EPFRC. 2004.

111 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.*

112 Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007, párr. 186.

inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad”.<sup>113</sup> Quinto, señaló que deben existir “indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia”. Sexto, indicó que las medidas deben ser ordenadas y supervisadas por funcionarios judiciales. Séptimo, declaró que deben ser levantadas si “desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria”, y que el juez “debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso”. La Corte IDH remarcó que:

[e]ste punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad.

De esta manera, la Corte IDH extendió las garantías necesarias desarrolladas en su jurisprudencia en materia de restricción a la libertad personal a través de medidas cautelares personales, a las restricciones a la propiedad impuestas a través de medidas cautelares de carácter real, y destacó la conexión existente entre el derecho a la presunción de inocencia y la imposición de estas medidas en el marco de procesos penales.

Una segunda parte del análisis se basó en la arbitrariedad del caso particular, exigiendo que las medidas que restringen el derecho de propiedad se encuentren debidamente motivadas. Tal requisito de motivación requiere, según la jurisprudencia de la Corte IDH, que en las órdenes de incautación se precise lo siguiente: 1. “que existían probabilidades e indicios suficientes para inferir que los bienes estaban realmente involucrados en el ilícito”;<sup>114</sup> 2. la reevaluación de la necesidad de la medida si desaparecen los hechos que las hicieron necesarias,<sup>115</sup> y 3. “si la investigación podía continuar sin afectar en tal grado la posesión y el manejo” del bien.<sup>116</sup> Al no contar con una motivación adecuada se viola el goce del derecho a la propiedad protegido en el artículo 21.1. de la CADH.<sup>117</sup>

### 3.3.2. Derecho a la propiedad y medidas cautelares

Tratándose de procesos civiles, las medidas cautelares que afecten la propiedad de las personas también han sido reconocidas por la Corte IDH como convencionalmente aceptables, siempre que sean legales y legítimas, y que en su aplicación se observe un test de proporcionalidad para determinar si las mismas son conforme al artículo 21 de la CADH, o si por el contrario, representan una violación del derecho por ser una injerencia desproporcionada del derecho a la propiedad.

En el caso *Mémoli vs. Argentina*, la Corte IDH analizó la medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes en contra de los señores Mémoli, con el fin de garantizar el eventual pago que resultara de un proceso civil por daños y perjuicios en su contra, en el cual, luego de más de quince años, aún no se había dictado una decisión de primera instancia; las medidas cautelares (adoptadas con anterioridad al inicio de ese proceso) habían estado vigentes, en total, por más de diecisiete años.<sup>118</sup>

La Corte IDH estableció que la adopción de medidas cautelares que afecten la propiedad privada no constituye “*per se* una violación del derecho de propiedad, aún cuando sí constituyen una limitación a dicho derecho, en la medida que afectan la facultad de las personas de disponer libremente de sus

113 *Ibidem*, párr. 188.

114 *Ibidem*, párr. 197.

115 *Ibidem*, párr. 198.

116 *Ibidem*, párrs. 198 y 199.

117 Cabe destacar que la Corte IDH encontró en el mismo caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* “que la no devolución de bienes a la empresa incid[ió] en el valor y productividad de esta, lo que a su vez perjudic[ó] a quienes [eran] sus accionistas”. Este perjuicio debía ser entendido como una intromisión arbitraria en el “goce” del bien, consagrado igualmente en el artículo 21.1. de la CADH.

118 Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. EPFRC. 2013, párrs. 95-112.

bienes [...]”.<sup>119</sup> Asimismo recordó que al analizar si una inhibición general de bienes dictada constituye una violación al derecho a la propiedad “[...] no deb[ía] limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que deb[ía] además comprobar, más allá de la apariencia, cuál fue la situación real detrás de la situación denunciada [...]”.<sup>120</sup>

La Corte IDH observó que ambas órdenes impuestas a los señores Mémoli estaban previstas legalmente, que cumplían con una finalidad admisible convencionalmente (toda vez que la medida buscaba asegurar el derecho a una indemnización por el alegado daño causado, el cual se encontraba en disputa en el proceso civil), y que resultaba claro que una “inhibición general de vender o gravar los bienes e[ra] idónea para garantizar dicho fin”. No obstante, la Corte IDH advirtió que *las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes*, ni tomaron en cuenta que, según la legislación argentina “[e]l juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, pod[ía] disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger” [...].<sup>121</sup> La Corte IDH enfatizó que, a pesar de dicha disposición, la medida cautelar había estado vigente por un largo periodo de tiempo.

La Corte IDH concluyó que las autoridades judiciales a cargo “no habían actuado con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigían los derechos e intereses en juego”, la duración prolongada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes por más diecisiete años, significó una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y *llevó a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas*, en contravención del principio del plazo razonable establecido en el art. 8.1. y el derecho a la propiedad privada en el artículo 21.<sup>122</sup>

### 3.4. El derecho a la propiedad y la facultad de expropiación del Estado

No fue sino hasta 2008, en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*,<sup>123</sup> que la Corte IDH comenzó a desarrollar jurisprudencia en torno al poder de expropiación del Estado sobre bienes inmuebles de las personas, con el propósito de cumplir con un fin de ‘utilidad pública’ permitido en la CADH.

Dicho poder es ejercido por los Estados latinoamericanos de forma constante en distintos ámbitos que comprenden, entre otros, nacionalizaciones, construcción de obras de infraestructura, explotación de recursos naturales, reformas agrarias, etc. Los afectados pueden ser ricos y pobres, pueblos indígenas o personas no indígenas, empresas nacionales o extranjeras. Por ello, una decisión de la Corte IDH en esta materia es un importante precedente para hacer funcionar un sistema de frenos y contrapesos, exigiendo al Estado que en la utilización de ese poder cumpla con estrictos requisitos convencionales. Sin embargo, el primer precedente demuestra, al igual que al analizar el tema de las pensiones, dificultad de la Corte IDH en resolver; esa dificultad se refleja con la postergación de la decisión sobre reparaciones a un acuerdo entre partes que, al no lograrse, ocasionó que la Corte IDH determinara las reparaciones, en una inhabitual división de votos.

#### 3.4.1. Declaratoria de utilidad pública

En la sentencia del caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* se desprende como principio un amplio poder del Estado de limitar el derecho a la propiedad privada con base en “razones de utilidad pública e interés social”. Al respecto, la Corte IDH señaló que este puede ejercerse sobre “todos aquellos bienes

119 *Ibidem*, párr. 178.

120 *Ibidem*, párr. 170. (énfasis agregado)

121 *Ibidem*, párrs. 179-180. (énfasis agregado)

122 *Ibidem*, párrs. 180, 183.

123 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*: EPF. 2008. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*: RC. 2011.

que por el uso a que serán destinados, permitan el mejor desarrollo de una sociedad democrática”.<sup>124</sup> En el caso particular se expropió a una persona individual de un bien inmueble situado en la capital para destinarlo a un parque público considerado pulmón de la misma. La Corte IDH destacó que “un interés legítimo o general basado en la protección del medio ambiente [...], representa una causa de utilidad pública legítima”.<sup>125</sup>

Sin embargo, la Corte IDH no analizó el contenido del acto de declaratoria de utilidad pública, ni su posible arbitrariedad al entender que “no existe controversia entre las partes respecto al motivo y fin de la expropiación del inmueble”.<sup>126</sup> Sin embargo, tal y como lo reconoció la propia Corte IDH, dicha controversia se encontraba pendiente de decisión en el ámbito interno.<sup>127</sup> Bajo el rubro de utilidad pública, la Corte IDH consideró únicamente como violatorias al derecho de propiedad “la falta de una resolución definitiva de los recursos subjetivos presentados por la presunta víctima”, y relacionó el perjuicio ocasionado por dicha dilación al “estado de incertidumbre” en el que quedaba el interés social que fundamentó la expropiación. Al respecto, resaltó que el paso del tiempo sin resolver la cuestión “pon[ia] en riesgo no sólo el interés público [...], sino además el real beneficio del cual está siendo objeto la comunidad en su conjunto, ante la posibilidad de una resolución desfavorable en este sentido”.<sup>128</sup>

Con base en los alegatos de la CIDH y de los Representantes de la víctima, la Corte IDH evitó pronunciarse sobre una parte neurálgica de esta temática que permite control de convencionalidad sobre el actuar del Estado en un elemento sustancial del poder expropiatorio, como lo es la legalidad y legitimidad del acto de declaratoria de utilidad pública.<sup>129</sup> Tampoco surgen de la jurisprudencia pautas generales sobre el órgano que en una sociedad democrática debe ser el indicado para determinar la utilidad pública de una expropiación, ni el contenido que debe tener dicho acto para no ser arbitrario (motivación analizada en otras limitaciones),<sup>130</sup> ni sobre los mecanismos alternativos menos lesivos existentes, o sobre la posibilidad del propietario de cuestionar con anterioridad al acto tal declaratoria, entre otros.

### 3.4.2. *Justa indemnización*

El eje central de la violación al derecho a la propiedad en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* giró en torno al requisito establecido por la CADH relativo al pago de la “justa indemnización”; la Corte IDH indicó que para que la indemnización sea convencional debe ser “adecuada, pronta y efectiva”. Tal calificación surge de principios generales del derecho internacional, los cuales han sido adoptados por el TEDH para dar un alcance mayor a la protección del derecho a la propiedad, y debido a que la compensación no está expresamente reconocida en el texto del derecho a la propiedad privada establecido en el Protocolo Primero.<sup>131</sup> La sentencia de la Corte IDH no plantea la necesidad de que la indemnización sea previa a la ocupación o a la privación efectiva de la propiedad en cuestión, elemento que se tiene en cuenta en algunos regímenes de expropiación latinoamericanos.

En cuanto al concepto de ‘adecuada’, la Corte IDH introduce tres elementos de referencia: 1. “el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública”, este elemento está reconocido en muchas legislaciones sobre expropiación; 2. el “justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”, elemento que surge de la jurisprudencia europea (*fair balance*)

124 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011, párr. 73.

125 *Ibidem*, párr. 65.

126 *Idem*.

127 *Ibidem*, párr. 77.

128 *Ibidem*, párr. 89.

129 En este punto, ver Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñiguez vs. Ecuador*. EPFRC. 2007. En el caso, el análisis va más allá del fin legítimo alegado, para buscar cuáles son los fines convencionales permitidos para una medida cautelar real, los cuales son determinados explícitamente por la Corte IDH. Quizás el voto del juez Manuel Ventura Robles puede demostrar esta falta de análisis, extrañando en el elemento de justo equilibrio entre derecho individual e interés general.

130 *Ibidem*, párr. 197.

131 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

pero en casos marcadamente diferentes;<sup>132</sup> y 3. los intereses devengados desde que se “perdió el goce efectivo de la posesión del inmueble”,<sup>133</sup> elemento que puede ser discutible por el largo paso del tiempo entre el acto de declaratoria de utilidad pública, el cual comienza a afectar el uso y goce del inmueble, tornándolo indisponible.

El primer y el tercer elementos son determinables y tienen carácter técnico, en cambio el segundo elemento puede dar lugar a discrecionalidad en la determinación del monto. En las legislaciones internas lo que correspondería al “justo equilibrio” es un elemento a considerar para la declaración de “utilidad pública”, y no para determinar el monto indemnizatorio. En el ámbito europeo tanto el estándar de justa compensación como los métodos de avalúo de propiedades tomados en cuenta por el TEDH, y como principios del derecho internacional, son controvertidos y se ha modificado desde que se redactó el Protocolo.<sup>134</sup>

En el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, ante la discordancia entre los montos alcanzados en peritajes y avalúos realizados a la propiedad y presentados como prueba ante la Corte IDH, se decidió que las partes deberían llegar a un acuerdo, postergando la determinación de las reparaciones para un momento posterior a la sentencia de fondo.<sup>135</sup> Este elemento de acercar a las partes para que resuelvan su conflicto es de suma importancia en derecho internacional,<sup>136</sup> pero pese a barajarse en la etapa de reparaciones la posibilidad de llegar a un arbitraje internacional, el desacuerdo de las partes en la designación de las personas que integrarían el órgano arbitral encargado del avalúo del bien expropiado, llevó a la Corte IDH a la difícil tarea pericial de calcular el monto correspondiente.<sup>137</sup> Tal determinación, acarreó disidencias de varios integrantes de la Corte IDH,<sup>138</sup> las que no son tan habituales en número tan alto (cinco contra tres en cuanto al monto, sus intereses y modalidad de cumplimiento). Algunas de las disidencias sustanciales de la reparación pecuniaria se basan en que el monto determinado por la Corte IDH al valorar el inmueble, más sus intereses, era demasiado alto en términos comparativos con otros casos de graves violaciones a los derechos humanos, llegando a ser la cifra “más elevada en la historia de aquella a lo largo de treinta años”.<sup>139</sup> Otras disidencias se basaron en que, al determinar tal indemnización, se debería tener en cuenta otros elementos entre ellos: 1. la capacidad presupuestal del Municipio de Quito;<sup>140</sup> y 2. el interés general beneficiado por la expropiación.<sup>141</sup> Finalmente, algunas de ellas referidas a la modalidad de cumplimiento en la cual, al darle plazo de muchos años para pagar un monto alto, para los disidentes, la Corte IDH debía haber calculado, como lo hace siempre, los intereses correspondientes.<sup>142</sup>

Una parte de la problemática en este caso surge de la toma de decisiones en áreas en donde la Corte IDH no cuenta con el *expertise* necesario. Asimismo, es complicada la aplicación directa de la jurisprudencia europea, cuyo tribunal tuvo que realizar diversas interpretaciones para afirmar que el Protocolo Primero establece la justa indemnización como un elemento del derecho a la propiedad para todas las personas. En particular, el TEDH se refirió a *general principles of international law* como

132 *Idem*.

133 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. RC. 2011, párr. 100.

134 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

135 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. EPF. 2008, párr. 134.

136 Antkowiak, T. “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Colum. J. Transnat’l L.*, n.o 46, 2008, pp. 389-402.

137 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011, párr. 84. Suma de US\$18,705,000.00 (dieciocho millones setecientos cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de justa indemnización.

138 Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. RC. 2011. Votos parcialmente disidentes de los jueces Diego García-Sayán, Cecilia Medina Quiroga, Sergio García Ramírez, Leonardo Franco, Margarette May Macaulay y Diego Rodríguez Pinzón.

139 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

140 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Leonardo Franco, párr. 9. Voto parcialmente disidente del juez Diego García Sayán, párrs. 30-31.

141 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente del juez Diego García Sayán, párrs. 30-31.

142 *Ibidem*. Voto parcialmente disidente de los jueces Cecilia Medina Quiroga, Margarette May Macaulay, y Diego Rodríguez Pinzón.

una fuente directa aplicable del derecho; en materia de expropiación dichos principios se basaban en la protección del derecho a la propiedad del “no nacional” frente a actos arbitrarios de expropiación,<sup>143</sup> de un Estado que no es el propio. Esta problemática es ajena a la Corte IDH que cuenta con un instrumento internacional que exige como elemento la existencia de una indemnización justa para que una expropiación sea legítima.<sup>144</sup>

Además, el TEDH realiza la distinción entre la expropiación para perseguir una reforma social o económica, de otros fines. En los primeros casos, puede apartarse del pago del monto completo que dicta el “valor del mercado”; en estos supuestos la carga de la prueba sobre la necesidad de apartarse del valor del mercado recae en el propio Estado.<sup>145</sup> El TEDH es reticente a determinar violaciones al derecho a la propiedad cuando la compensación en una expropiación se calculó con métodos objetivos y representación del expropiado en el proceso de determinación del monto.<sup>146</sup>

#### 4. El derecho a la propiedad intelectual e interés institucional del Estado

El caso *Palamara Iribarne vs. Chile* es el único en el que la Corte IDH determinó que la violación al derecho a la propiedad no cumplía con el segundo elemento de las limitaciones establecidas por la CADH, en relación con el fin perseguido por el Estado al plantear la limitación. Al respecto, al analizar la prohibición para la publicación de un libro sobre las Fuerzas Armadas al autor de la obra, la Corte IDH señaló que “la privación de la propiedad con fundamento en un ‘interés institucional’ es incompatible con la CADH”.<sup>147</sup>

En la sentencia, la Corte IDH también elaboró en la definición de propiedad intelectual al expandir el alcance del concepto ‘bienes’ y dotó de protección convencional a los derechos de autor, los cuales, determinó que integran la propiedad intelectual.<sup>148</sup> La Corte IDH definió que:

[...] [l]a protección del uso y goce de la obra confiere al autor derechos que abarcan aspectos materiales e inmateriales. El aspecto material de estos derechos de autor abarca, entre otros, la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra y, por su parte, el aspecto inmaterial de los mismos se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad. El aspecto inmaterial es el vínculo entre el creador y la obra creada, el cual se prolonga a través del tiempo. Tanto el ejercicio del aspecto material como del aspecto inmaterial de los derechos de autor son susceptibles de valor y se incorporan al patrimonio de una persona. En consecuencia, el uso y goce de la obra de creación intelectual también se encuentran protegidos por el artículo 21 de la C[ADH].<sup>149</sup>

Además se ha destacado que el contenido del derecho de autor, “se encuentre íntimamente relacionado, con las dos dimensiones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”.<sup>150</sup> Con esta determinación, la Corte IDH pudo, por primera vez, establecer como reparación un monto por concepto de daño material en un caso de libertad de expresión.

143 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 679.

144 *Idem.*

145 Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 681.

146 *Idem.*

147 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 109. (énfasis agregado)

148 Esta extensión de la protección convencional también ha sido realizada por el TEDH, quien se ha pronunciado en casos con mayor complejidad como las patentes. *Ver* casos citados en Harris, D., O’Boyle, M., Bates, E. y Buckley, C., *op. cit.*, p. 656.

149 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. FRC. 2005, párr. 103.

150 *Ibidem*, párr. 107.

## 5. El derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales<sup>151</sup>

La Corte IDH ha establecido importante jurisprudencia sobre la protección que el artículo 21 de la CADH otorga a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales. La Corte IDH parte de la premisa que esta protección comunal no corresponde a la concepción ‘clásica’ de propiedad, sin embargo, de acuerdo con su jurisprudencia constante el artículo 21 del Pacto de San José:

[...] protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos [...]. *Entre los pueblos 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 [...]. [Si bien estas] nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, [merecen] igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.*<sup>152</sup>

Por lo que, de acuerdo con la Corte IDH, la protección y garantía del derecho al uso y goce de su territorio, “*es necesaria para garantizar no sólo la supervivencia sino el desarrollo y evolución como pueblo de estas comunidades*”.<sup>153</sup>

151 Este acápite recoge el artículo escrito por la autora con Antkowiak, T. “El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional”, en *Revista Aportes de DPLF*, n.º 14, año 3, septiembre de 2010; y se nutre de las investigaciones realizadas para el informe escrito como consultora de DPLF para Oxfam. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas - La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Primera Edición, Washington DC, 2011. International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.

152 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párr. 145. (énfasis agregado) Citando a: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 148-149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 85-87. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 120. CIDH. Informe de Seguimiento. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

153 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 130. (énfasis agregado) En el caso *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*; la Corte IDH, bajo el artículo 21 de la CADH, ahondó en el análisis que justifica la protección de las comunidades indígenas a sus recursos naturales en los siguientes términos: “[d]ebido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados. Además, la falta de acceso a los territorios puede impedir a las comunidades indígenas usar y disfrutar de los recursos naturales necesarios para procurar su subsistencia, mediante sus actividades tradicionales [...]; acceder a los sistemas tradicionales de salud y otras funciones socioculturales, lo que puede exponerlos a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlos a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FRC. 2012, párrs. 146-147, en el cual se cita los siguientes casos: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 135, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118, 121.

La inclusión de la propiedad comunitaria en la protección establecida por el artículo 21 de la CADH comienza a perfilarse desde las sentencias emitidas por la Corte IDH sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, en 2001 con la sentencia del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y –en junio de 2016– continúa con la sentencia *Kaliña y Lokono vs. Surinam*.

En los casos de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* y del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH resolvió los conflictos de derechos ocasionados por la falta de delimitación y demarcación de territorio, seguida por el otorgamiento de concesiones a terceros para la extracción y explotación de recursos naturales.<sup>154</sup>

En los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, ambos en contra de Paraguay, la Corte IDH se enfrentó a la transferencia por el Estado de los derechos de propiedad a terceros, por lo que los pueblos indígenas reclamantes habían perdido la posesión de sus tierras, desplazándose en contra de su voluntad y en condiciones de extrema pobreza a otro lugar.<sup>155</sup> A su vez, en el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, la comunidad perdió la posesión de sus tierras al desplazarse tras sufrir la masacre de 40 de sus miembros, y en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* el Estado reconoció responsabilidad internacional por la violación al derecho a la propiedad con respecto a las víctimas y sus familiares, obligados también a desplazarse, y otorgó sendas reparaciones a los individuos y a la comunidad en su conjunto.<sup>156</sup> En el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte IDH resolvió la reivindicación de tierras ancestrales reclamadas por una comunidad indígena nómada y que se encuentra en manos de terceros.<sup>157</sup>

Sobre la relación especial de un pueblo con sus tierras tradicionales, la Corte IDH ha señalado que esta relación “puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y que [dicha] relación con las tierras debe ser posible”.<sup>158</sup>

Así, la jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido reiteradamente el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y el deber de protección que emana del artículo 21 de la CADH,<sup>159</sup> 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, así como los derechos reconocidos por los Estados en sus leyes internas o en otros instrumentos y decisiones internacionales, conformando así un *corpus iuris* que define las obligaciones de los Estados Partes de la Convención Americana, en relación con la protección de los derechos de propiedad indígenas.<sup>160</sup>

154 Falta de delimitación y demarcación seguida de concesiones a terceros: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, en relación con la explotación de oro y madera. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, sobre la explotación de madera.

155 Ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005.

156 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005. Para un comentario sobre esta sentencia, ver Antkowiak, T. *Moiwana Village vs. Suriname: A Portal into Recent Jurisprudential Developments of the Inter-American Court of Human Rights*, *Berkeley J. Int'l L.*, n.o 25, 2007. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. R. 2004.

157 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párrs. 56, 65, 91.

158 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 151. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 148.

159 El derecho a la propiedad comunal tiene una intrínseca relación y contenido compartido con el *derecho a la identidad cultural*, pues “[e]n 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. Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 212, 213 y 217.

160 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 168. (notas

La aplicación de otros cuerpos normativos para dar contenido al artículo 21 de la CADH ha sido explicada también de la siguiente manera:

La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes [...]. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales [...].<sup>161</sup>

En el caso *de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH analizó otras normas para establecer el derecho a la propiedad comunal de los miembros de los pueblos tribales en ese país. Toda vez que legislación interna de ese país no reconocía el derecho a la propiedad comunal, y que Surinam tampoco había ratificado el Convenio n.º 169 de la OIT, la Corte IDH estableció que, no obstante, el país sí había ratificado tanto el PIDCP como el PIDESC, y que había votado a favor de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

Asimismo, la Corte IDH notó que, por una parte, el Comité DESCONU (organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por los Estados Partes) había interpretado el artículo 1 común de los pactos como aplicables a los pueblos indígenas, por lo que de acuerdo con la Corte IDH: “*en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1*, los pueblos podrán “proveer[er] asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” y [...] “*disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*” para que no se los prive de “*sus propios medios de subsistencia*” [...].<sup>162</sup> Por otra parte, la Corte IDH señaló que el Comité DHONU había analizado las obligaciones de los Estados partes del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento, y que, en palabras del Comité DHONU:

[...] no se negar[ía] a las personas que pertenezcan a [...] minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podr[ía] consistir en un modo de vida que est[uviera] fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. [Lo cual] podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría [...].<sup>163</sup>

Por ello, la Corte IDH concluyó que conforme al artículo 29.b de la CADH no podría interpretar las disposiciones del artículo 21 de la CADH en el sentido de limitar el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam tanto en el PIDCP como en el PIDESC,<sup>164</sup> por lo que, aun ante la ausencia de legislación interna y de la falta de ratificación del Convenio n.º 169 de la OIT por el Estado, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, y las interpretaciones de los organismos encargados de la supervisión de dichos instrumentos, confirmaban la protección vinculante para el Estado de los

---

al pie omitidas). En casos recientes, la Corte IDH ha establecido con claridad el momento en que surgen las obligaciones internas e internacionales para los Estados, así como el alcance de las mismas en atención a las disposiciones de su derecho interno y a la normativa internacional ratificada por el Estado, incluyendo el momento en que acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. En el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*, la Corte IDH observó que la obligación de reconocer el derecho de propiedad a los miembros de las poblaciones indígenas también podía sustentarse en el Convenio n.º 107 de la OIT que había sido ratificado por el Estado. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 116.

161 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 171.

162 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 122. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

163 *Ibidem*, párr. 123. (nota al pie omitida)

164 *Ibidem*, párr. 122.

derechos de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales en Surinam para que pudieran determinar y gozar, libremente, de su desarrollo social, cultural y económico, el cual, incluía el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente, por lo que el Estado estaba en la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar y proteger a sus integrantes el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio.<sup>165</sup>

Finalmente, es importante resaltar que la evolución jurisprudencial de la Corte IDH naturalmente consolida la defensa de los derechos humanos de las comunidades indígenas realizada por las víctimas y sus líderes, por la sociedad civil, y por la CIDH, principalmente a través del ejercicio de sus funciones consultiva y contenciosa.<sup>166</sup> La CIDH requirió en diversas oportunidades medidas provisionales ante la Corte IDH,<sup>167</sup> cuando las cautelares propias no fueron efectivas, así como presentó las demandas en los casos contenciosos. Además, la CIDH sigue elaborando informes de admisibilidad y fondo en casos concretos,<sup>168</sup> adoptando medidas cautelares,<sup>169</sup> realizando informes temáticos,<sup>170</sup> o sobre un país determinado en los que analiza la problemática;<sup>171</sup> así como llevando a cabo audiencias públicas y visitas *in loco* en las que recaba información sustancial sobre la materia que le servirá de base para profundizar estos temas en futuros informes.

### 5.1. La protección de los derechos indígenas a través de la función cautelar

La Corte IDH ha protegido los derechos a la vida e integridad física de miembros de comunidades indígenas a través de distintas medidas provisionales, dando de manera tangencial protección al derecho a la propiedad comunal.<sup>172</sup> Sin embargo, todavía no surge claramente la *protección preventiva* del

165 *Ibidem*, párrs. 124-125.

166 Antkowiak, T. y Gonza, A. *El derecho a la consulta en las Américas. Marco legal internacional, op. cit.*

167 *Ver*, por ejemplo, las decisiones de la Corte IDH adoptando o rechazando medidas en los siguientes casos: el *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros vs. Panamá* fue admitido ante la CIDH; *Caso Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*; *Caso Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia*; *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*.

168 *Ver*, por ejemplo, CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 144/10, *Caso Vecinos de la Aldea Chichupac y Caserío Xeabaj del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, Petición n.º 1579/07, 1 de noviembre de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 63/10, *Caso Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Petición n.º 1119/03, 24 de marzo de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 125/10, *Caso Pueblos Indígenas de Raposa Serra do Sol vs. Brasil*, Petición n.º 250/04, 23 de octubre de 2010. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 141/09, *Caso Comunidad Agrícola Diaguita de los Huascoltinos y sus miembros vs. Chile*, Petición n.º 415/07, 30 de diciembre de 2009. CIDH. Informe de Admisibilidad n.º 98/09, *Caso Pueblo indígena Xucurú vs. Brasil*, Petición n.º 4355/02, 29 de octubre de 2009 (delimitación). CIDH. Informe n.º 58/09, *Caso Pueblo Indígena Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Petición 12.354, Admisibilidad, 21 de abril 2009. CIDH. Informe n.º 75/09, *Caso Comunidad Indígena Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola vs. Panamá*, Petición 286/08, Admisibilidad, 5 de agosto de 2009. CIDH. Informe 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002. CIDH. *Caso Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala*, Solución Amistosa, 2003.

169 CIDH. MC 105/11, *Caso Comunidades de los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*. CIDH. MC 382/10, *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará vs. Brasil*. CIDH. MC 61/11, *Caso Miembros del pueblo indígena Awá de los departamentos de Nariño y Putumayo vs. Colombia*. CIDH. MC 269/08, *Caso Miembros de la Comunidad Lof Paichil Antriao del Pueblo Indígena Mapuche*. CIDH. MC 260/07, *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*. A través de estas medidas se ordenó al Estado suspender las actividades mineras.

170 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, de 30 de diciembre de 2009, publicado en marzo de 2011. CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV Acápito 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

171 CIDH. *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 34, 28 de junio de 2007. Capítulo IV C.

172 *Caso del Pueblo Indígena de Kankuamo vs. Colombia*; el *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*, quizás es el más contundente respecto de la explotación de palma africana.

derecho a la propiedad comunal en sí misma –tal como es consagrado en el artículo 21 de la CADH–, como lo sería mediante una orden para suspender la ejecución de un proyecto determinado en territorios indígenas.

La CIDH ha intentado obtener medidas provisionales de estas características ante la Corte IDH a favor de comunidades indígenas asediadas por proyectos de desarrollo que se llevan a cabo sin una consulta previa, libre e informada con las comunidades afectadas. La Corte IDH ha encontrado dificultad para pronunciarse sobre un asunto que plantee posibles daños irreparables al derecho a la propiedad sobre territorios indígenas, sin pronunciarse sobre el fondo cuando el caso todavía no está ante la propia Corte IDH, lo que ayudaría a prevenir daños futuros.

En su resolución sobre el *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*, la Corte IDH establece elementos estrictos que debe de comprobar el solicitante de medidas provisionales: 1. los hechos que fundamentan la solicitud “no requieren estar plenamente comprobados, [pero] sí se requiere un mínimo de detalle e información que permitan a [la Corte IDH] apreciar *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia”;<sup>173</sup> 2. una distinción clara entre aquello que corresponde a lo estrictamente cautelar y aquello propio a dirimirse en el fondo de una petición;<sup>174</sup> y 3. mayor celeridad en la CIDH para decidir sobre el fondo de la petición en estos casos, dado que los argumentos sobre la urgencia de las medidas amerita un tratamiento urgente del fondo del asunto.<sup>175</sup>

Por su parte, la CIDH es cada vez más audaz al conceder medidas cautelares en el marco de casos contenciosos presentados ante ella, ordenando a los Estados, por ejemplo: “suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de [una] Planta Hidroeléctrica” y realizar procesos de consulta,<sup>176</sup> suspender actividades mineras; “prevenir la contaminación ambiental”, “descontaminar en lo posible las fuentes de agua”, “asegurar el acceso por sus miembros a agua apta para el consumo humano”, e “identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente.”<sup>177</sup>

Todavía existen puntos claves y complejos que deben ser desarrollados en la materia, así como derechos conexos que aún no han sido analizados a profundidad, por lo que se espera que en el futuro exista mayor jurisprudencia al respecto.

## 5.2. Características especiales del derecho a la propiedad colectiva o comunal y las obligaciones estatales

La Corte IDH ha establecido que los Estados deben salvaguardar el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos que viven en tierras ancestrales, de conformidad con sus tradiciones,

173 Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*. Solicitud de Medidas Provisionales, Resolución de 28 de mayo de 2010, considerando once.

174 Ver, por ejemplo, las decisiones de la Corte IDH en las que ha adoptado o rechazado medios de protección en los siguientes casos: *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*; *Caso Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador*; *Caso Pueblo Indígena Kankuamo vs. Colombia* y *Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó vs. Colombia*.

175 Corte IDH. *Caso Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros vs. Panamá*. Solicitud de Medidas Provisionales, Resolución de 28 de mayo de 2010.

176 Ver, por ejemplo, CIDH. MC 382/10. *Caso Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, vs. Brasil*. La CIDH solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observen las condiciones mínimas.

177 CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*, mediante las medidas cautelares se ordena al Estado suspender las actividades mineras.

con todos sus elementos especiales,<sup>178</sup> y garantizar la supervivencia social, cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales.<sup>179</sup>

Para algunos autores, a pesar del andamiaje jurídico establecido hace años por la Corte IDH, todavía se presentan signos de una posición conservadora respecto de la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales,<sup>180</sup> al exigir una relación tradicional con los mismos para una mayor protección y obtención de beneficios.<sup>181</sup>

La Corte IDH ha afirmado no solo la obligación de respetar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, sino también ha enfatizado que los Estados tienen la “obligación positiva de 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”.<sup>182</sup> Estas consideraciones tienen especial relevancia para tratar la exclusión social y extrema pobreza que caracterizan a las realidades indígenas, así como dotar de operatividad a las disposiciones del Convenio n.º 169 de la OIT que establece que “[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” con su plena participación.<sup>183</sup> Sin embargo, el mero reconocimiento por los Estados del derecho a la propiedad especial y colectiva de sus pueblos indígenas no es suficiente, y la Corte IDH ha señalado varios aspectos sustanciales de los deberes de los Estados en este tema.<sup>184</sup>

- 
- 178 Ver artículo 21 de la CADH; artículo 14.1. del Convenio n.º 169 de la OIT, el cual establece que “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”; artículo 26.1. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el que se afirma que: “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido”; la Declaración de Naciones Unidas, en su artículo 26.3. también señala que los “Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos [y que d]icho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 87. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 88. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 118. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 137.
- 179 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 91. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párrs. 148, 149, 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118-121. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 131, 135, 154. Por su parte, la CIDH, en uno de sus informes señaló que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”. CIDH. Informe n.º 75/02, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, 27 de diciembre de 2002, párr. 128. En otro de sus informes estableció que: “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”. CIDH. Informe 40/04, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice*, Fondo, Caso 12.052, 12 de octubre de 2004, párr. 114.
- 180 Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.
- 181 International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011.
- 182 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 91. El artículo 14.1. del Convenio n.º 169 de la OIT señala que: “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”.
- 183 Artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT; artículo 27 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209.
- 184 Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - Oxfam Washington DC, 2011. Due Process of Law Foundation, Instituto de Defensa Legal, Seattle University School of Law. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú*. DPLF, Washington, DC, 2010.

1. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional sobre las tierras de los pueblos indígenas y tribales, equivale a título de pleno dominio que otorga el Estado,<sup>185</sup> y abarca el concepto de territorios.<sup>186</sup>
2. Deber de reconocer, con efectos jurídicos, que la posesión tradicional les otorga el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad y su registro,<sup>187</sup> y el derecho a no ser trasladados de la misma.<sup>188</sup>
3. Deber de proceder a la demarcación, delimitación y titulación de las tierras (con el fin de garantizar el uso y goce permanente de dicho territorio y de salvaguardar la certeza jurídica de los miembros).<sup>189</sup> Para efectos de la delimitación, demarcación y titulación, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales contempla garantías plenas sobre los territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado y utilizado para ejercer su propia vida, subsistencia, tradiciones, cultural y desarrollo como pueblos.<sup>190</sup>

185 Ver Artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128.

186 Artículo 13.2. del Convenio n.º 169 de la OIT, artículo 25 Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párrs. 131 y 209. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

187 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 131 y 209. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 151.

188 Convenio n.º 169 de la OIT, art. 16.1.

189 La Corte IDH ha señalado que el establecimiento de estas obligaciones no constituye un privilegio para usar la tierra, la cual puede ser despojada por el Estado u opacada por derechos a la propiedad de terceros. Se trataría más bien de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Asimismo, ver los casos Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 118. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 169. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 104. Sobre la obligación de delimitar el artículo 14.2. del Convenio n.º 169 de la OIT señala que “[l]os gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. De igual modo, ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 143. Sobre la obligación de titular, ver Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. FRC. 2001, párr. 153. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párr. 215. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 209. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 115. En otro orden, en el caso de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH reconoció la relación ancestral de la comunidad Garífuna con la playa, el mar y los recursos pesqueros, en particular debido a la importancia de la playa para la celebración de sus ceremonias religiosas y para su cultura y economía. De forma más general, la relación de los pueblos y comunidades indígenas con los recursos naturales de carácter hídrico ha sido reconocida en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Comité DHONU; sin embargo, la Corte IDH no consideró necesario pronunciarse sobre la violación del artículo 21 de la CADH, cuando el Estado faltó en delimitar, titular y demarcar partes de la playa y el mar a favor de la comunidad. En esta ocasión, solo consideró relevante recordar que los Estados deben garantizar el uso, goce y utilización –en igualdad de condiciones y sin discriminación– de las playas y mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han utilizado, de conformidad con sus usos y costumbres. Esto puede deberse a los derechos soberanos que el Estado tiene sobre esas porciones territoriales y que imposibilitarían el reconocimiento exclusivo de derechos a favor de un pueblo o comunidad. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párrs. 132, 135-137.

190 De acuerdo con la Corte IDH, sin perjuicio de ello, “existirían otras áreas tradicionales complementarias o adicionales a las que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales o de subsistencia (que en su caso pueden compartir otros fines), respecto de las que se debe garantizar, al menos, su acceso y uso en la medida de lo que corresponda”.

Asimismo, dentro de este deber se encuentra también la obligación de garantizar el uso y goce efectivo de las tierras mediante el saneamiento. En el caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH señaló que, para efectos del caso, el saneamiento debía entenderse como:

[...] un proceso que deriva en la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión. En particular, se realizará a través de la posesión plena del legítimo propietario y, de ser procedente y según lo acordado, mediante el pago de mejoras y la reubicación de los terceros ocupantes, a fin de que la Comunidad [...] pueda hacer uso y goce pacífico y efectivo de su dominio pleno de la propiedad colectiva.<sup>191</sup>

4. Deber de restituir, cuando corresponda, las tierras tradicionales a las comunidades, cuando por causas ajenas a su voluntad hayan salido de sus tierras tradicionales o perdido la posesión de las mismas y estas se encuentren en manos de terceros. A pesar de tal pérdida de posesión, y aún a falta de título legal, se mantiene el derecho de propiedad sobre las mismas y la restitución es la forma óptima de respetar el derecho a la propiedad, con prevalencia sobre derechos de terceros y mediante la adopción de medidas necesarias para que dichos terceros de buena fe sean debidamente indemnizados.<sup>192</sup>
5. Deber de otorgar tierras alternativas de la misma extensión y calidad que las pérdidas, cuando la restitución no fuera posible, en casos excepcionales y acordados con las comunidades y sus representantes libremente elegidos.<sup>193</sup> Sobre la actualización del derecho a la propiedad comunal de las tierras alternativas, la Corte IDH ha señalado que:

[...] con respecto a las tierras ancestrales, es precisamente la posesión u ocupación prolongada ancestral de las mismas lo que da lugar al derecho de exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, mientras que para el caso de tierras alternativas donde no existe dicha ocupación ancestral, el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva se realizaría recién cuando el Estado asigna las tierras nuevas.<sup>194</sup> De igual manera, en ningún caso la decisión de las autoridades internas sobre la posibilidad de acceder a las tierras alternativas deberá basarse exclusivamente en que dichas tierras están en manos privadas o racionalmente explotadas;<sup>195</sup> al otorgar tierras alternativas a los pueblos indígenas, el Estado adquiere la obligación de asegurar el goce efectivo del derecho a la propiedad.<sup>196</sup>

---

Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 139. (énfasis agregado)

191 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 181.

192 Artículo 16.3. Convenio n.º 169 de la OIT. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 128. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

193 En el caso de los *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, la Corte IDH estableció, con respecto a las obligaciones del Estado relacionadas con garantizar el goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras alternativas, que “dichas obligaciones necesariamente deben ser las mismas que en los casos en los cuales la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible”. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 122. Artículo 16.4. Convenio n.º 169 de la OIT. Artículo 28.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 128-130. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 109.

194 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 121.

195 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

196 Dicha obligación “no se puede desconocer y el goce no puede dejar de concretarse efectivamente por el otorgamiento de un título de propiedad privado sobre esas tierras, ni podría un tercero adquirir dicho título de buena fe. Lo anterior se entendería sin perjuicio de los particulares que ya tenían un título de propiedad privada sobre parte de las tierras con anterioridad a la ocupación por los pueblos indígenas. Adicionalmente, la Corte [ha constatado] que la normatividad de varios países de la región, por ejemplo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros, *inalienables e imprescriptibles*”. Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 142.

6. Deber de indemnizar plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.<sup>197</sup>

### 5.3. Conflictos entre la protección a la propiedad comunal y otros derechos

#### 5.3.1. Conflictos reales o aparentes entre la propiedad comunal y la propiedad privada de terceros no indígenas

Es menester señalar que se ha criticado que la Corte IDH, a pesar de sus consideraciones profundas sobre el derecho a la propiedad indígena e identidad cultural, no haya sido más tajante al dar preponderancia a la propiedad indígena sobre el derecho de los terceros en casos de necesidad de devolución de tierras.<sup>198</sup> Particularmente, en sentencias recientes en las que ha reconocido la propiedad comunal de tierras a favor de una comunidad indígena, y en las que ya se encuentra un título de propiedad otorgado a favor de un tercero no indígena, la Corte IDH ha evitado pronunciarse sobre la preponderancia de cualquier derecho en los siguientes términos:

[...] no puede decidir si el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de una Comunidad indígena se encuentra por encima del derecho a la propiedad privada de terceros 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. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de la Comunidad indígena.<sup>199</sup>

En el caso de *los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* de 2015, la Corte IDH dejó claro que *tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad colectiva de los miembros de las comunidades indígenas tienen protección a sus derechos bajo el artículo 21 de la CADH*, y que corresponde al Estado hacer la valoración correspondiente en la solución de las controversias que se presenten:

Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o el derecho a la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, *habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática* [...] (utilidad pública e interés social), *para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro* [...], *sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo* [...] El contenido de cada uno de estos parámetros ha sido definido por el Tribunal en su jurisprudencia.

Asimismo, el Tribunal considera que *el hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas* [...] Ello, posicionaría a los pueblos indígenas en una situación vulnerable donde

197 Artículo 16.5. Convenio n.º 169 de la OIT. Artículo 28.1. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 313, 320. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*. EPFRC. 2005, párr. 213.

198 Galvis Patiño, M. C., *op. cit.* Pasqualucci, J. M., *op. cit.*, p. 65.

199 Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. EPFRC. 2014, párr. 144. En el mismo sentido, en el caso de la *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, la Corte IDH precisó “que la declaración de responsabilidad del Estado por no haber garantizado la posesión pacífica del territorio adjudicado en garantía de ocupación a la Comunidad no implic[ó] un pronunciamiento sobre los derechos de particulares que ya tenían un título de propiedad privada sobre parte de esas tierras. En este punto, la Corte [aclaró que] se refi[rió] únicamente a la responsabilidad del Estado de Honduras por haber otorgado un título de ocupación sobre un territorio que no era posible de ocupar en su totalidad y sobre el cual no existía plena seguridad jurídica en cuanto a su titularidad”. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 146. En procedimientos ante la Corte IDH, los representantes de las víctimas en los casos han afirmado que cualquier disposición legal interna que no establezca la preferencia del derecho indígena con base en la posesión ancestral de sus tierras, o que favorezca la propiedad colectiva de un territorio exclusivamente indígena, tornará ilusoria la protección bajo el artículo 21 con relación al artículo 2 de la CADH. En el mismo sentido, ver Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 156.

los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal [...], debido a la sola existencia de títulos en favor de los primeros, en detrimento de los segundos.

[Ello] 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 [...]. Por ello, *si el Estado se ve imposibilitado, por razones objetivas, concretas y justificadas de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales a los Pueblos [...], luego de que se haya valorado adecuadamente conforme a lo indicado en [la] Sentencia la posibilidad de expropiación [...] de los territorios de terceros, podrá el Estado ofrecer tierras alternativas de igual o mayor extensión y calidad, el pago de una justa indemnización o ambos y de manera consensuada con los pueblos interesados [...]*.<sup>200</sup>

Asimismo, en los casos en que ha ordenado al Estado la devolución de las tierras, le ha dejado también la decisión de “si procede la expropiación del territorio a favor de los indígenas”,<sup>201</sup> dejando siempre abierta la posibilidad de que si “por motivos objetivos y fundamentados, la devolución de las tierras ancestrales a los miembros de la Comunidad [...] no fuera posible, el Estado deberá entregarles tierras alternativas”.<sup>202</sup>

### **5.3.2. Protección de la propiedad colectiva o comunal y el derecho al medio ambiente a través de áreas protegidas**

Uno de los puntos analizados por la Corte IDH en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* fue la legalidad de las restricciones impuestas a los pueblos dentro de una zona que había sido declarada como área natural protegida. Esta sentencia arrojó criterios importantes sobre la compatibilidad entre la protección de las áreas protegidas con el adecuado goce de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas. De acuerdo con la Corte IDH:

[...] un área protegida, consiste no solamente en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo [...]. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza [...], dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación [...]. *Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes [...]*.

En vista de lo anterior, la Corte reitera que, en principio, existe una compatibilidad entre las áreas naturales protegidas y el derecho de los pueblos indígenas y tribales en la protección de los recursos naturales sobre sus territorios, destacando que los pueblos indígenas y tribales,

200 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 155, 157-158. (énfasis agregado y notas al pie omitidas). Es importante señalar que en la práctica la potestad otorgada por la Corte IDH al Estado para que este decida o no la devolución de tierras, ha causado que los Estados utilicen este argumento a su favor, y que a pesar de los años transcurridos desde la resolución de los casos por la Corte IDH, no se haya logrado la reivindicación de territorios. Ver los cumplimientos de sentencias de los siguientes casos: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 3 de abril de 2009. En el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* pasaron casi 8 años hasta que se declaró cumplida la sentencia en su totalidad. Corte IDH. *Caso Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de 08 febrero de 2008. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 8 febrero de 2008.

201 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 284.

202 *Ibidem*, párr. 286. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párr. 212. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de FRC. 2006, párr. 26. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 144-154 y 217.

por su interrelación con la naturaleza y formas de vida, pueden contribuir de manera relevante en dicha conservación. En este sentido, los criterios [...] de a) participación efectiva [...], b) acceso y uso de sus territorios tradicionales [...] y c) de recibir beneficios de la conservación [...] –todos ellos, siempre y cuando sean compatibles con la protección y utilización sostenible–, resultan elementos fundamentales para alcanzar dicha compatibilidad, la cual debe ser evaluada por el Estado. En consecuencia, es necesario que el Estado cuente con mecanismos adecuados para la implementación de tales criterios como parte de la garantía de los pueblos indígenas y tribales a su vida digna e identidad cultural, en relación con la protección de los recursos naturales que se encuentren en sus territorios tradicionales. Para ello, la Corte verificará tal concurrencia en el siguiente apartado.

Al respecto, la Corte estima que, a la luz de los estándares antes mencionados, es compatible el control, acceso y participación en áreas del territorio de una reserva por los pueblos indígenas y tribales, pero también resulta razonable que el Estado pueda tener control, acceso y manejo de áreas de interés general, estratégico y de seguridad que le permita ejercer su soberanía, y/o proteger sus límites territoriales.<sup>203</sup>

En el caso, la Corte IDH concluyó que no se había configurado la violación por la falta de control y manejo *exclusivo* de la reserva por parte de los pueblos indígenas, sin embargo el Estado debió:

[...] procurar la compatibilidad entre la protección del medio ambiente y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, a fin de garantizar a) el acceso y uso de sus territorios ancestrales, a través de sus formas tradicionales de vida en las reservas; b) brindar los medios para participar de manera efectiva con los objetivos de las mismas; principalmente, en el cuidado y conservación de las reservas; c) participar en los beneficios generados por la conservación [...].<sup>204</sup>

Esta falta configuró una violación del deber de adoptar las disposiciones que fueren necesarias para hacer efectivas tales medidas, a fin de garantizar el derecho a la propiedad colectiva, a la identidad cultural y a los derechos políticos.<sup>205</sup>

#### 5.4. El derecho a la propiedad colectiva o comunal y sus límites

El derecho a la propiedad colectiva no es absoluto. El esquema de restricciones permitidas que se analizaron en la segunda sección de este comentario también es aplicado por la Corte IDH a los casos sobre propiedad colectiva o comunal, pero agregando que se satisfaga un quinto elemento: la restricción no puede “implica[r] una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”.<sup>206</sup>

En la sentencia *Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH estableció que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales y que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos “recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”.<sup>207</sup>

Así, de conformidad con el artículo 1.1. de la CADH, para asegurar que una restricción a los derechos a la propiedad de los pueblos indígenas o tribales *no implique una denegación de la subsistencia como pueblo deben reunirse tres salvaguardas*. Primero, el Estado debe efectuar un proceso adecuado

203 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párrs. 173, 181, 191. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

204 *Ibidem*, párrs. 192, 197. La Corte IDH no analizó la legalidad de la creación de las reservas, ya que por falta de competencia, estaba impedida para examinar el proceso que derivó en la creación técnica del área, sus límites, y las zonas establecidas como áreas de reserva. *Ibidem*, párr. 166.

205 *Ibidem*, párr. 197.

206 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 128. (énfasis agregado)

207 *Ibidem*, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. FRC. 2005, párrs. 124, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. FRC. 2006, párrs. 118 y 121.

y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo indígena se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH.<sup>208</sup> Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión o permiso dentro del territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.<sup>209</sup> Esta última salvaguarda coincide, o es analizada también por la Corte IDH, como una de las características o elementos esenciales de la primera salvaguarda, es decir, del derecho a la consulta, por lo cual se analiza *infra* en la sección 5.4.1.2., numeral 4, sobre las características del derecho de consulta.

#### 5.4.1. Derecho a la consulta

El derecho a la consulta ha sido reconocido por la Corte IDH como 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.<sup>210</sup> Este derecho fue establecido plenamente en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* de 2012, en donde la Corte IDH señaló además que el 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 [...]”.<sup>211</sup>

##### 5.4.1.1. Fundamentos normativos

En *Sarayaku*, la Corte IDH señaló que el derecho a la consulta, establecido en el Convenio n.º 169 de la OIT, es “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”.<sup>212</sup> La Corte IDH estableció que los artículos 13 a 19 de este convenio se refieren en concreto a los derechos de las comunidades indígenas y tribales sobre sus tierras y territorios, y los artículos 6, 15, 17, 22, 27 y 28 regulan las distintas hipótesis en las cuales debe ser aplicada la consulta previa libre e informada en casos donde se prevén medidas susceptibles de afectarlas.<sup>213</sup>

208 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 157, en el cual se citan los siguientes casos: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 129. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párrs. 25-27. Por su parte, el artículo 15 del Convenio n.º 169 de la OIT establece que los gobiernos deben compartir con las comunidades afectadas cualquier beneficio que obtengan por el desarrollo de actividades en territorios indígenas. El artículo 32.3. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requiere a los Estados que “establezcan mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa” para las comunidades indígenas por proyectos “que afecte[n] a sus tierras o territorios y otros recursos”.

209 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 129. La Corte IDH ha aclarado que dichos estudios deben “realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”, tales como las Akwé: Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments. Para un estudio de la práctica de la ONU, ver ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 51-52. Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

210 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 164.

211 *Ibidem*, párr. 159.

212 *Ibidem*, párr. 164. En la sentencia de interpretación del caso del *Pueblo Saramaka* (de agosto de 2008), la Corte IDH profundizó en el significado del deber del Estado de consultar, y estableció que existía una amplitud de materias sobre las que el Estado debía consultar antes de actuar, entre ellas, los procesos de delimitación de territorios, las concesiones a terceros o la adopción de medidas legislativas o de cualquier otra índole que pudieran afectar a este pueblo indígena. Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párrs. 25-27.

213 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 163. De conformidad con los artículos 1.1.a. y 2 del Convenio n.º 169 de la OIT, este tratado internacional se aplica, *inter alia*, a “los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”. Igualmente, establece que los Estados “deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la

La justificación interpretativa que hace la Corte IDH para establecer el reconocimiento del derecho a la consulta se basó en el principio de interpretación evolutiva de los derechos instituido en el artículo 29 de la CADH, las reglas de interpretación de la CVDT,<sup>214</sup> y justificó la aplicación del convenio n.º 169 de la OIT de la siguiente manera:

[...] 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 [...].<sup>215</sup>

Al reconocer el derecho a la consulta en la sentencia, la Corte IDH analizó, además, la normativa interna de países y decisiones de tribunales internos en donde se había ratificado el Convenio –así como de otros tribunales de países en donde no se había ratificado–, y concluyó que en todos estos casos se hacía referencia a “la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afect[ara] directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio”.<sup>216</sup>

Por todo ello, la Corte IDH estableció que:

[...] la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, *[era] también un principio general del Derecho Internacional.*

Es decir, [que] est[aba] claramente reconocida [...] la obligación de los Estados de realizar *procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se [afectaran] determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas.* Tales procesos *deb[ía]n respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pu[diera] entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.*

*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,* [de acuerdo con la Corte IDH, se encontraba] en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica[ba] *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[ba] la obligación de estructurar [...] normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales [se llevara] a cabo *efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia [...].* De este modo, los Estados deb[ían] 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 representativas.<sup>217</sup>

De acuerdo con la Corte IDH, el reconocimiento del derecho a la consulta como un principio general de derecho internacional exige que, independientemente de que esta obligación esté expresamente

---

participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

214 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*: FR. 2012, párr. 161.

215 *Idem.* (notas al pie omitidas)

216 *Ibidem*, párr. 164. (énfasis agregado)

217 *Ibidem*, párrs. 164-166. (énfasis agregado y notas al pie omitidas)

regulada en la legislación interna, el Estado debe contar “con mecanismos adecuados y efectivos para garantizar el proceso de consulta [...], sin perjuicio de que pueda ser precisada en ley”.<sup>218</sup>

Más recientemente, en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, la Corte IDH puntualizó que el establecimiento de mecanismos para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas, no solo consiste en un asunto de interés público sino que también “forma parte del ejercicio de su derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afectan sus intereses, de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones, en relación con el artículo 23 de la Convención Americana”,<sup>219</sup> agregando así esta disposición convencional a los fundamentos normativos del derecho a la consulta.

#### 5.4.1.2. Características del derecho a la consulta

La Corte IDH ha establecido un test que debe cumplirse en todo procedimiento a consulta. Estas características esenciales de la consulta representan una obligación global para el Estado, cuyo incumplimiento comprometerá su responsabilidad internacional.<sup>220</sup> De esta manera, para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión en su territorio, el Estado tienen los siguientes deberes:

1. Deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad,<sup>221</sup> en el marco de una comunicación constante entre las partes.
2. Deber de realizar consultas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados,<sup>222</sup> que deben tener como fin llegar a un acuerdo. En ese sentido:

[...] la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación” [...], “que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas” [...]. [E]s inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de “un clima de confianza mutua” [...] y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarios a los estándares internacionales.<sup>223</sup>

218 Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFRC. 2015, párr. 222.

219 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. FRC. 2015, párr. 203. En el momento en que la Corte IDH dictó la sentencia, Surinam no contaba con legislación interna que reconociera los derechos de los pueblos tribales, y tampoco había ratificado el Convenio n.º 169 de la OIT. Para un análisis sobre las otras obligaciones internacionales asumidas por Surinam y la interpretación que hace la Corte IDH del artículo 21 de la CADH a partir de ese contexto legal, ver el análisis en la sección 5 *supra* ‘el derecho a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales’.

220 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 177, en el cual se cita el párrafo 134 de la misma sentencia.

221 *Idem*. La información que se brinde debe ser entendible y en un formato públicamente accesible. Sobre este punto específico, ver el desarrollo realizado por la CIDH. Informe Anual 2009. Volumen II: Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV. Acápites 2 Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas.

222 Ver artículo 6.1.a. y 12 del Convenio n.º 169 de la OIT, artículos 30.2. y 26.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la opinión al respecto de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT citada en el párr. 202 de la sentencia *Sarayaku*.

223 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 186. (notas al pie comitadas). La Corte IDH aclara que la mera ‘socialización’ con miembros o representantes de la comunidad, o brindar información, no necesariamente cumple con los elementos mínimos de una consulta previa adecuada, ya que “no constituye un diálogo genuino como parte de un proceso de participación con miras a alcanzar un acuerdo”. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 173.

El contar con un proceso de consulta, libre, previa e informada, de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo o pueblos afectados, es la finalidad de todo proceso de consulta.<sup>224</sup> Se debe buscar un entendimiento mutuo y tomar decisiones consensuadas.<sup>225</sup> Se trata de aplicar el principio de buena fe en todo proceso de consulta, lo que implica una negociación en donde todas las partes involucradas estén dispuestas a escuchar y ceder en sus posiciones mientras defienden sus legítimos intereses y derechos, y en el que los acuerdos alcanzados vinculen a las partes.<sup>226</sup>

De acuerdo con la CIDH, la buena fe también es un principio que deben seguir los indígenas, “[c]omo partes en procesos de negociación y diálogo de buena fe en el marco del deber estatal de consultar, los pueblos indígenas tienen la responsabilidad primaria de participar activamente en dichos procesos”.<sup>227</sup> En *Saramaka*, la Corte IDH añadió dos obligaciones que recaen sobre los pueblos indígenas y tribales en los procesos de consulta: 1. el pueblo indígena debe informar al Estado sobre quién o quiénes lo representarán en cada uno de los procesos de consulta, y 2. una vez realizada la consulta, el pueblo debe dar a conocer al Estado las decisiones tomadas al respecto, “así como sus fundamentos”.<sup>228</sup>

Asimismo ambas partes, Estados y pueblos o comunidades, deben velar por el establecimiento de un clima de confianza y respeto mutuo.<sup>229</sup> Las partes deben mostrar “flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego [...] para los Estados, la flexibilidad radica, *inter alia*, en ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas”.<sup>230</sup> Los pueblos consultados deben estar en la capacidad de modificar el plan inicial, lo que requiere que las autoridades estatales presenten la consideración debida a los resultados de la consulta.<sup>231</sup>

La CIDH también ha señalado que el deber de motivación estatal sobre los resultados de la consulta se traduce en la justificación de las razones que llevaron al Estado a no incorporar, ya sea total o parcialmente, dichos resultados en el diseño y en la implementación del plan o proyecto consultado. Los motivos que el Estado señale deben ser “objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática”.<sup>232</sup> La decisión estatal debe ser formalmente comunicada al pueblo indígena o tribal respectivo y, además, debe estar sujeta a revisión “por parte de las instancias administrativas y judiciales de nivel superior, a través de procedimientos adecuados y efectivos, que evalúen la validez y pertinencia de dichas razones, así como el equilibrio entre

224 Ver artículo 32.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y artículo 6.2. del Convenio n.º 169 de la OIT. ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párrs. 54-55. Ver ONU. Comité para la Eliminación de Discriminación Racial. Recomendación general n.º 23 sobre el derecho de los pueblos indígenas. 51º periodo de sesiones, 22 de agosto de 1997, párrs. 4.d. y 5.

225 Artículos 6.1. y 6.2. del Convenio n.º 169 de la OIT, y artículo 32 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

226 *Ibid.*, párr. 49. En el caso *Saramaka*, la Corte IDH determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tiene no solo el deber de consultar con la comunidad, sino también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con las costumbres y tradiciones de dicha comunidad. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 134. Sin embargo en ninguna de las sentencias posteriores se ha hecho referencia al ‘consentimiento’, limitándose la Corte IDH a hablar de ‘consulta’, lo que indica que el derecho a consulta es el único que ha sido reconocido en la jurisprudencia de la Corte IDH. Ver la sección ‘2.11.12. ¿Derecho al veto?’ de la Sección Especial sobre la Jurisprudencia de la Corte IDH sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales. Fondo y Reparaciones, en el comentario a cargo de Ruiz-Chiriboga y Donoso.

227 CIDH. *Informe sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 321.

228 *Ibidem*, párr. 19.

229 *Ibidem*, párr. 320.

230 *Ibidem*, párr. 324.

231 *Ibidem*, párr. 325.

232 *Ibidem*, párr. 327.

los derechos e intereses en juego”.<sup>233</sup> En caso de no llegar a un acuerdo se deben tomar medidas como la suspensión del proyecto hasta tanto se tenga una resolución definitiva.<sup>234</sup>

En caso de llegar a un acuerdo, el mismo supone el respeto de las partes.

3. Deber de realizar la consulta con carácter previo. Se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo, de la planificación de la medida propuesta o inversión, y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso.<sup>235</sup> Esto a fin de que los pueblos o comunidades estén en posibilidad de participar e influir efectiva y verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes.<sup>236</sup> En esta línea:

[...] el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.<sup>237</sup>

4. Deber de asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto (deber de realizar un estudio de impacto ambiental). En este punto, la Corte IDH ha establecido que “el Estado debe garantizar que no se emita ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.<sup>238</sup>

La realización de tales estudios *constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo, es decir, la obligación del Estado de supervisar los estudios de impacto ambiental*

233 *Ibidem*, párr. 328.

234 Ver, por ejemplo, a favor, CIDH. MC 260/07. *Caso Comunidades del Pueblo Maya (Sipakapense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Tzahuacán en el Departamento de San Marcos vs. Guatemala*.

235 Ver artículo 15.2. del Convenio n.º 169 de la OIT.

236 La Corte IDH ha establecido que la obligación de consultar, consagrada en el Convenio n.º 169 de la OIT, aplica en relación con los impactos y decisiones originados en proyectos que pudieran afectar los territorios o los derechos de las comunidades, aun cuando dichos proyectos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Ver Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 176. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. EPFR. 2015, párr. 222.

237 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 167. En la nota al pie 218 de la sentencia, la Corte IDH cita como fundamento las siguientes disposiciones: artículos 6, 15, 17.2., 22.3., 27.3., y 28 del Convenio n.º 169 de la OIT y artículos 15.2., 17.2., 19, 30.2., 32.2., 36.2. y 38 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Corte IDH ha enfatizado que la obligación de consultar “es responsabilidad del Estado [...], por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta [...]”. Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 187. (notas al pie omitidas). En la misma sentencia, la Corte IDH señaló que aun si se aceptara la posibilidad de que el proceso de consulta pueda ser delegado en terceros privados, el Estado estaría obligado a indicar las medidas que habría adoptado para observar, fiscalizar, monitorear o participar en el proceso y garantizar así la salvaguarda. *Ibidem*, párr. 189.

238 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 205, en el cual se cita, *mutatis mutandis*, Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFR. 2007, párr. 271. En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio n.º 169 de la OIT 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”.

*coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones.*

Además, la Corte IDH ha determinado que los estudios de impacto ambiental

[...] sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.<sup>239</sup>

La Corte IDH ha señalado también que uno de los puntos que debería tratar el estudio de impacto social y ambiental es “el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos”.<sup>240</sup>

5. Deber de tomar en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones.<sup>241</sup>

Finalmente, la Corte IDH ha señalado que el Estado está en la obligación de garantizar los derechos de consulta y participación *en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto* que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo.<sup>242</sup>

#### **5.4.2. Beneficios compartidos**

La Corte IDH entiende que el derecho a los beneficios forma parte del derecho a una justa indemnización en los términos del artículo 21 de la CADH. Al tratar de la explotación del oro en territorio del pueblo *Saramaka*, la Corte IDH determinó que este no era usado tradicionalmente por la comunidad.<sup>243</sup> Sin embargo, señaló que como “toda actividad minera especializada [...] dentro del territorio *Saramaka* [se] afectar[ían], inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo”, por lo que el Estado debía, entre otros, “permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriv[ar]an de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social”.<sup>244</sup> A pesar de tal reconocimiento, cuando la Corte IDH determinó las reparaciones no otorgó una correspondiente a los beneficios (pasados y futuros) por la extracción del oro,<sup>245</sup> a la vez que no reconoció explícitamente el derecho al beneficio del oro, por el simple hecho de estar en tierra indígena.

Si bien la Corte IDH reconoce el derecho a la consulta y “a participar, en forma razonable, 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”,<sup>246</sup> la distinción propuesta genera marcos de protección confusos.

239 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párrs. 205-206. Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. FRC. 2015, párr. 180.

240 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 206.

241 La Corte IDH ha establecido que es el pueblo indígena, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo indígena en cada proceso de consulta, y en caso de que surjan dudas al respecto, el Estado deberá adoptar medidas para conocer quiénes son los representantes adecuados. Ver Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de EPFRC. 2008, párr. 18. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. FRC. 2010, párr. 48.

242 Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. FR. 2012, párr. 167.

243 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. EPFRC. 2007, párr. 155.

244 *Idem*.

245 *Ibidem*, párr. 155.

246 *Ibidem*, párr. 199.

En casos anteriores se ha solicitado a la Corte IDH que desarrolle el concepto de beneficios compartidos distinguiéndolos de la compensación por daños, generando ideas de cómo los Estados, las empresas y los pueblos indígenas pueden poner en práctica y analizando para ello el tema de la responsabilidad de las empresas en violaciones a derechos humanos.<sup>247</sup>

La Corte IDH ha dado algunos ejemplos de compensaciones y reparaciones en casos de daño a las prácticas sociales y culturales de los pueblos indígenas, pero todavía no ha hecho una determinación generosa y detallada en un caso concreto sobre beneficios, determinando, por ejemplo, beneficios pasados dejados de percibir y los futuros en caso de que la explotación del recurso natural continúe. Esto requiere también una mejor estrategia en el litigio por parte de la CIDH y de los representantes de las presuntas víctimas, y el envío de evidencia relacionada con los beneficios de las empresas y de los Estados, que pueda demostrar en el procedimiento ante la Corte IDH las verdaderas dimensiones que tiene esta temática. Las reparaciones, que podrán ser millonarias en este sentido, estarán no solo en manos de los Estados, sino también de las empresas. Asimismo, se requiere que los representantes logren claridad en las pretensiones de las comunidades en este punto, mejorando el asesoramiento técnico al respecto.

## 6. Conclusiones

La Corte IDH ha interpretado de forma amplia el concepto de ‘uso y goce de bienes’ establecido en el artículo 21 de la CADH, y ha logrado una jurisprudencia única y pionera sobre derechos indígenas y tribales sobre sus territorios ancestrales. Sin embargo, cuando se escapa del método trazado por su habitual test sobre restricciones a los derechos (legalidad, legitimidad, proporcionalidad), para adoptar conceptos europeos, amplía el poder de los Estados de interferir con el uso y goce del derecho a la propiedad. Quizás en el único tema analizado en la Corte IDH en el que este poder del Estado se ve muy limitado es en la reducción de beneficios de pensiones ya adquiridas que cuentan con sentencias firmes en los tribunales internos, sin embargo aquí también deja sin contestar interrogantes profundos en el marco del desarrollo de reformas en los regímenes de jubilación. A su vez, se presentan estándares claros y sólidos en la limitación de los Estados en el uso de restricciones a la propiedad para ejercer su poder de investigación criminal (medidas cautelares reales), sin que este análisis exhaustivo se encuentre constantemente en todas las sentencias que trata el derecho a la propiedad. Solamente una vez, la Corte IDH afirmó de forma directa que el fin alegado por el Estado no era legítimo.

Por otra parte, a pesar de la generosidad de las palabras de la Corte IDH, en términos de legitimación activa, todavía la división entre actos que afectan a una persona como ser humano y los actos que afectan a empresas genera desprotección en temas neurálgicos de las sociedades democráticas latinoamericanas modernas y no vislumbra un cambio a pronto plazo.

La utilización desmedida de la jurisprudencia del TEDH en temas de expropiación genera una incertidumbre sobre la posibilidad de avanzar en la protección del derecho a la propiedad frente al amplio poder de expropiación del Estado. El uso de elementos no técnicos y de carácter discrecional, como el equilibrio justo entre el interés particular y el interés social, para determinar una indemnización justa

247 International Human Rights Clinic de Seattle University School of Law. Escrito *amicus curiae* en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku y sus miembros vs. Ecuador*, presentado ante la Corte IDH, en abril de 2011. Due Process of Law Foundation. *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. DPLF - OXFAM, Washington DC, 2011. En el mismo sentido, tal como lo establece el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ONU. Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/15/37, 19 de julio de 2010, párr. 37. Consejo DHONU. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/14/27, 9 de abril de 2010, párr. 19. Según el artículo 26.2. de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos indígenas estos “tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

por privación de un bien, conduce a la posible arbitrariedad de la determinación de montos y a la expropiación deliberada del Estado –aún con fines legítimos– que no analiza si cuenta con los elementos económicos y legales necesarios para adquirir la propiedad.

La generosa jurisprudencia en temas de derecho de propiedad indígena está llena de desafíos. El reconocimiento de los pueblos indígenas como verdaderos propietarios de su tierra requiere menores poderes de interferencia del Estado en el uso y goce de sus bienes y de todos los recursos naturales. Asimismo, es indispensable que se generen mayores espacios de participación real en la toma de decisiones sobre el desarrollo que se plantea en esas tierras. La relación tradicional con la tierra los hace ser titulares de un derecho de propiedad más fuerte que el concepto tradicional, por el cual en principio no deberían prosperar el poder expropiatorio de hecho o de derecho del Estado. Las intervenciones por medidas provisionales de la Corte IDH, aunque de gran complejidad en su aplicación, se tornan urgentes, dado que los casos que se plantean ante el SIDH no suponen un estado inicial de negociaciones entre Estados y empresas que quieren realizar proyectos de desarrollo en territorios indígenas y encuentran problemas en una consulta legítima, sino que se relacionan con territorios ya alcanzados por esos poderes, usados y gozados ante la mirada de la pobreza y la exclusión social.

La jurisprudencia da una base sólida para la continuidad del litigio y la consolidación de un derecho que, como derecho humano requiere el mismo nivel de atención, vigilancia y límite a los poderes del Estado que otros derechos de la CADH. Muchas veces, la determinación de una violación a la propiedad podrá dar como resultado reparaciones en las que se tengan que determinar cifras muy altas que –en comparación con otros casos de violaciones a derechos humanos– parecen exorbitantes. Pero, no por ello se debe dejar de lado el objetivo de lograr una *restitutio in integrum* cuando se viola este derecho, respecto del cual, muchas veces, sus víctimas serán personas con un alto poder adquisitivo o que ostenten poder. La propiedad como derecho humano supone que el Estado, ante estas personas también debe proceder con legitimidad en la limitación.

Por último, el artículo 21 de la CADH tiene una generosa redacción que permite que puedan desplegarse con más comodidad otros derechos aún no desarrollados de forma directa, y este camino queda abierto con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que la Corte IDH declaró en la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* en 2017.