

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/244995685>

Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales

Chapter · October 2008

CITATIONS

0

READS

1,009

1 author:



[Oswaldo Ruiz-Chiriboga](#)

Central European University

23 PUBLICATIONS 25 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Articles on the Inter-American System [View project](#)



35th Anniversary of the Inter-American Court of Human Rights [View project](#)

Hacia sistemas jurídicos plurales

Reflexiones y experiencias de coordinación
entre el derecho estatal y el derecho indígena

COORDINADORES:

Rudolf Huber
Juan Carlos Martínez
Cécile Lachenal
Rosembert Ariza



Konrad
Adenauer
Stiftung

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.

OFICINA MEXICO

Río Guadiana No.3 Col. Cuauhtémoc
México, DF.
C.P. 06500
México
Tel.: (52 55) 5566 4511
Fax: (52 55) 5566 4455
derecho@kasmex.org.mx
www.kasmex.org.mx
www.kas.de

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

OFICINA COLOMBIA

Calle 79 No. 8 – 70
Bogota D.C., Colombia
NIT: 830 128 672-1
Tel.: (57 1) 321 46-15/-16/-17/-18/-19
Fax: (57 1) 321 46-20
director@kas.org.co
www.kas.de

Editor Responsable

Rudolf Huber

Coordinación de la edición en Colombia

Hernando Clavijo
hernandoclavijo@yahoo.es

Diseño y diagramación

Jefferson Valencia
yeporepo@yahoo.es

Impreso en Colombia - Printed in Colombia

Octubre de 2008
Impresor: Ediciones Antropos Ltda.
Bogotá, Colombia
gerencia@edicionesantropos.com

ISBN: 978-958-98737-0-0

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

Prólogo	11
Introducción	15
SECCIÓN PRIMERA	
Existencia y fundamento del derecho indígena	27
Principios generales del derecho indígena (Elisa Cruz Rueda)	29
Introducción	29
Pluralismo jurídico y derecho indígena	31
Principios generales del derecho indígena	33
La justicia y el derecho en las dinámicas locales	39
El derecho indígena y el principio jurídico de la comunalidad	41
Jurisdicción indígena: competencia y territorialidad	45
A manera de conclusión	47
Bibliografía	48
Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena (Marcelo Bonilla Urvina)	51
Introducción	51
I. Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en que compiten los órdenes normativos	53
II. Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico	55
III. Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación	62
Conclusión	66
Bibliografía	68
Criterios para un modelo de regulación plural en el Perú (José Regalado)	71
Introducción	71
Algunos enfoques para tener en cuenta	72
La cuestión del pluralismo en el Perú	75
Hacia una propuesta de un sistema de justicia local	81
Criterios y propuestas	82
Bibliografía	83

SECCIÓN SEGUNDA

La justicia comunitaria. Normas, instituciones y procedimientos en las sociedades indígenas contemporáneas 85

La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?
(Akuavi Adonon Viveros) 87

Juzgados de Paz y Conciliación Indígena: del “pecado original” a su apropiación por la comunidad 88

I. La audiencia conciliatoria: un enfoque antropológico 91

A. *Perdonar es actuar de manera honorable* 92

B. *De la cosmogonía al ritual jurídico* 95

C. *Elementos y momentos del ritual de la audiencia conciliatoria* 98

1. *El comportamiento verbal* 98

2. *Las interacciones* 100

3. *Gestos y ritos dentro del ritual conciliatorio* 102

II. La audiencia conciliatoria y el acta: una lectura desde el derecho de Estado 106

A. *Los principios que fundan el procedimiento* 106

B. *La audiencia, una etapa del procedimiento* 108

C. *El acta conciliatoria* 110

Conclusión 112

Bibliografía 114

Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paez y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares
(Esther Sánchez Botero) 119

El impacto de la Constitución del 91 120

Forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares 122

Primer caso (paez) 122

Segundo caso (paez) 124

Tercer caso (wayú) 125

Normas y procedimientos aplicados en el primer caso (paez) 125

El caso de servicios y colaboraciones entre los paez 126

El caso de la herencia entre los wayú 126

Elementos culturales del derecho propio paez vinculados con el primero y segundo casos 126

El sujeto colectivo, clave cultural en el derecho propio paez 126

Los hechos que rompen el equilibrio, y los procesos para su restablecimiento 128

Las manifestaciones del debido proceso en el caso Gembuel	130
El sujeto es un indígena y sus actuaciones ocurrieron dentro del territorio	130
El derecho de defensa y ritualidades	132
Tipos de sanciones que se imponen y proporciones en que operan las mismas	134
La obligación del colectivo de evitar la violencia	135
Pluralismo jurídico de tipo igualitario	137
Segundo caso (paez)	140
Por estima a lo más grande, ven a darme una ayuda	140
Los servicios y las colaboraciones como obligaciones	142
Las colaboraciones o servicios como expresión de un don	143
Nadie explota a nadie ni saca ventaja de otros para sí	144
Tercer caso (wayú)	146
La aplicación ejemplar de los derechos propios	147
La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena (Guillermo Padilla)	151
Sistema de autoridades mayas y la justicia en Guatemala	153
Intervención de las autoridades tradicionales y la asamblea indígena	157
El papel de los medios	160
Valores, procedimiento y sanción	169
El efecto video	174
El recurso ante la Corte Suprema de Justicia	177
Bibliografía	184
Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México (Cécile Lachenal)	187
Formas y contenidos del peritaje antropológico	188
A. <i>El peritaje cultural</i>	189
B. <i>El peritaje jurídico-antropológico</i>	192
1. <i>Razón de ser del peritaje jurídico-antropológico</i>	193
2. <i>La antropología jurídica como metodología para la elaboración del peritaje jurídico-antropológico</i>	196
Valor del peritaje	197
A. <i>Naturaleza jurídica del peritaje</i>	198
B. <i>Valoración del peritaje</i>	199

SECCIÓN TERCERA

Pluralismo en los juzgados. Las prácticas de la justicia estatal	201
La jurisdicción indígena en la legislación panameña (Aresio Valiente López)	203
Introducción	203
I. Generales	204
II. Constitución política, pueblos indígenas y administración de justicia	207
III. Administración de justicia y leyes comarcales	211
A. Comarca Kuna Yala	211
1. Código Judicial y Comarca Kuna Yala	213
2. Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala	213
B. Comarca Emberá-Wounaan	215
C. Comarca Kuna de Madungandi	217
D. Comarca Ngöbe-Buglé	218
E. Comarca Kuna de Wargandi	220
IV. Ley 38 de 2001	220
V. Nuevo Código Procesal Penal	222
VI. Jurisprudencias	226
Caso Chogaly	226
Aplicación del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957	229
Sanción que aplican las autoridades tradicionales kunas en los casos de droga	230
Allanamiento por parte del Saila	231
VII. Conclusiones	232
VIII. Recomendaciones	233
Glosario	234
Bibliografía	235
Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales (Oswaldo Ruiz Chiriboga)	239
I. Introducción. El derecho a la propiedad	240
II. Propiedad comunal vs. propiedad privada: Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay	242
a) Posesión de las tierras	243
b) Caducidad del derecho a reclamar las tierras	244
c) ¿A qué derecho dar prioridad?	245
III. Propiedad comunal vs. intereses estatales: Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname	251
a) Propiedad de las tierras	252

<i>b) Propiedad sobre los recursos naturales</i>	252
<i>b) Afectación al pueblo Saramaka</i>	254
IV. Conclusiones	257
Teoría y práctica en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia (Rósembert Ariza Santamaría)	261
Los límites	261
La cárcel, un asunto muy serio	269
<i>Procedimiento de la Jurisdicción Especial Indígena</i>	270
<i>Correctivo</i>	272
<i>Análisis de los hechos y de lo actuado por la autoridad indígena</i>	274
<i>La Asamblea, única instancia</i>	278
<i>Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en el presente caso</i>	279
<i>Entre el fondo y la forma</i>	281
Bibliografía	287
Programa Participación Política Indígena en América Latina	289
Índice Temático	291
Los Coordinadores	295

PRÓLOGO

Los esfuerzos de los pueblos indígenas de Latinoamérica para decidir sobre la mejor forma de regularse y de mantener sus identidades, lenguas y religiones, han sido reconocidos por el sistema jurídico internacional y nacional. A pesar de este reconocimiento, que debería traducirse en un derecho efectivo a asumir el control de sus instituciones y forma de vida dentro de los Estados en que viven, la interrelación entre el derecho indígena y el derecho nacional dista mucho de ser armoniosa y la validez del primero suele ser cuestionada en los tribunales estatales. Así, la realidad no concuerda con el discurso jurídico reconocido en la generalidad de las legislaciones latinoamericanas, lo que constituye un ejemplo más de falta de aplicación efectiva de la ley, es decir, de ausencia, cuando menos parcial, de un Estado de derecho.

Las razones que podrían explicar este desfase entre la realidad normativa y la práctica judicial pueden ser muy variadas. Posiblemente las causas que se citan con más frecuencia son la falta de una práctica generalizada y el distanciamiento en la implementación efectiva de los avances legislativos que se han dado en el reconocimiento de un derecho indígena como parte del derecho que rige a los países de la región.

Ante esta situación, la Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho, cuyo objetivo es apoyar tanto a las autoridades como a la sociedad civil en su proceso de consolidación de la democracia y del Estado de derecho como condiciones básicas de libertad y desarrollo económico y social de los países de América Latina, decidió impulsar la realización de esta obra.

Gracias a la participación de los expertos autores que colaboran en esta publicación, se pretende crear una herramienta que acerque a los operadores de justicia a la realidad de la coexistencia intercultural. Las distintas experiencias que se abordan en este libro quieren apor-

tar las bases necesarias para lograr un diálogo integral que ilustre la situación de los derechos humanos en la región, específicamente en lo relativo a las dinámicas de la coexistencia del derecho propio de las comunidades indígenas con el derecho oficial.

El derecho internacional ha servido como puente para establecer las condiciones básicas del diálogo intercultural, y el reconocimiento mundial que este hecho implica sigue siendo la prueba de la contribución de los pueblos indígenas a la diversidad cultural. Sin embargo, la realidad es que estos pueblos siguen siendo especialmente vulnerables debido a la marginación y a la discriminación de las que han sido objeto, provocadas por estructuras económicas, sociales y políticas carentes de una perspectiva integral de derechos humanos.

Por ello, la forma como puede hacerse efectivo el reconocimiento de la validez de esas formas de cultura y de vida de estos pueblos, recogido en el derecho internacional y las legislaciones nacionales, es principalmente a través de la labor de los operadores de justicia estatales. Es en ellos en quienes recae la gran responsabilidad de juzgar de forma acorde con la normatividad existente y de fortalecer los sistemas de justicia con una perspectiva incluyente e intercultural. Entendemos, lógicamente, que la dinámica cambiante del derecho indígena puede dificultar la labor del operador de justicia estatal formado de acuerdo con planes tradicionales de enseñanza del derecho y es justamente por esto que se pretende acercar a estos juzgadores a la nueva realidad.

Por su parte, la Fundación Konrad Adenauer, a través de sus oficinas regionales, ha trabajado en varias actividades encaminadas a que los pueblos indígenas estén provistos de una mejor protección judicial. Fue así como en el año 2006 se creó el Programa Participación Política Indígena en América Latina (PPI) –hoy con sede en Quito, Ecuador–. Posteriormente se publicó la obra *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio imposible?*, que sistematizaba propuestas de complementación en Sudamérica, con especial énfasis en el debate llevado a cabo dentro del marco de la Asamblea Constituyente en Bolivia. Adicionalmente, en 2006 y 2007, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y el Programa de Participación de los Pueblos Indígenas organizaron dos seminarios sobre coordinación entre derecho indígena y sistema jurídico nacional en Guatemala.

La publicación que hoy tiene usted en sus manos representa un paso más en los esfuerzos de la Fundación Konrad Adenauer para consolidar el régimen de derecho en la región a través de la promoción de cambios en la práctica judicial. Los principales destinatarios de esta obra son, en consecuencia, los operadores de la justicia que se enfrentan con casos sumamente difíciles y delicados debido a la complejidad de las prácticas y normas propias de las comunidades indígenas y su relación con el derecho oficial. Esperamos que esta obra sea de gran utilidad para todos los operadores de la justicia, tanto ordinaria como constitucional, en América Latina, y que contribuya a la consecución de un mejor entendimiento entre autoridades estatales e indígenas en el ámbito de la impartición de justicia.

Sea también éste el medio para expresar a todos y cada uno de los autores, y a Cécile Lachenal, Juan Carlos Martínez y Rosembert Ariza, que trabajaron en la coordinación de esta obra colectiva, nuestro agradecimiento por su gran compromiso, profesionalidad y apertura.

México, 1º de octubre de 2008

Rudolf Huber

Director de la Oficina Regional México
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer, A.C.

PROPIEDAD COMUNAL VS. PROPIEDAD PRIVADA E INTERESES ESTATALES

Oswaldo Ruiz Chiriboga¹

La intención de este artículo es ofrecer una presentación básica de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal”)² ha establecido en su jurisprudencia sobre el alcance y las garantías de la propiedad comunal indígena o tribal frente a intereses de particulares o del propio Estado. Se partirá del análisis de dos casos concretos decididos por el Tribunal, en los que la diversidad cultural de los pueblos peticionarios cumplió un rol preponderante para la resolución de los problemas planteados. Los mencionados casos son: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*³ (en adelante “caso *Sawhoyamaya*”) y *Pueblo Saramaka vs. Suriname*⁴ (en adelante “caso *Saramaka*”). Se toman estos dos casos pues son los más recientes, advirtiendo al lector que un análisis completo de la temática indígena debería incluir toda la jurisprudencia interamericana relevante⁵.

1 Ecuatoriano. Abogado senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El contenido de este artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.

2 Toda la jurisprudencia de la Corte puede encontrarse en [www.corteidh.org.cr].

3 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

4 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

5 La jurisprudencia de la Corte en esta materia es la siguiente: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; y *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Para un detalle de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver en [<http://www.cidh.org/indigenas/default.htm>].

... aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor⁸.

Ahora bien, sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque

... reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones⁹.

Asimismo, ha señalado la Corte que

... [e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional¹⁰.

En vista de que el derecho a la propiedad puede ser limitado, cabría preguntarse ¿en qué circunstancias podría reclamarse a propietarios particulares que devuelvan las tierras tradicionales indígenas que están bajo su posesión y que adquirieron de buena fe?, así como, ¿en qué

8 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 2, párr. 121.

9 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, *supra* nota 3, párr. 127.

10 Cfr. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

circunstancias los Estados pueden restringir el derecho a la propiedad comunal de un pueblo indígena o tribal en aras de alcanzar un fin de gran relevancia para una sociedad específica o garantizar otros derechos fundamentales de un grupo poblacional distinto? Las respuestas a estos interrogantes son de gran complejidad y ellos habrán de ser resueltos atendiendo a las especificidades de un caso concreto y en atención a la prueba y argumentos que en torno a esas especificidades presenten las partes¹¹. A continuación veremos cómo la Corte Interamericana resolvió dos cuestiones que tienen que ver justamente con los interrogantes planteados.

II. Propiedad comunal vs. propiedad privada: Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay

La Comunidad Sawhoyamaxa (que en lengua enxet significa “del lugar donde se acabaron los cocos”) es una fracción sedentarizada de los indígenas que han habitado tradicionalmente el Chaco paraguayo. Está conformada por 407 personas, agrupadas en aproximadamente 83 viviendas. A inicios de la década de los años 1990 los líderes de la Comunidad entablaron un procedimiento administrativo con el objetivo de lograr la devolución de parte de su territorio tradicional, que se encontraba en manos de dos empresas privadas. El procedimiento instaurado no dio los resultados esperados por la Comunidad. Del mismo modo, se presentaron propuestas de leyes de expropiación ante el Congreso paraguayo, las cuales fueron rechazadas. Una vez agotados los recursos internos¹² y concluido en procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”)¹³, el caso llegó a la Corte. Ante el Tribunal los indígenas reclamaban, entre

11 Cuando señalo que la respuesta debe atender a las especificidades del caso concreto no estoy sosteniendo que las resoluciones deben ser netamente *ad hoc*. Ello sería una violación del principio de universalidad, el cual básicamente exige tratar de igual manera los casos iguales y diferentemente los casos diferentes. Lo que sostengo es que si la Corte ya ha resuelto un caso en el cual ha dado prioridad a un derecho y si en el futuro se presenta un caso similar, lo adecuado sería que se decida de la misma manera. Consecuentemente, los peticionarios deberá presentar las pruebas y argumentos adecuados para resaltar las similitudes, mientras que el Estado demandado tendrá que resaltar las diferencias y solicitar una solución distinta.

12 No está de más recordar que conforme al art. 46.1 de la CADH, para poder interponer una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben, entre otros requisitos, haberse “interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

13 Tampoco está de más recordar que conforme al art. 61 de la CADH “[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de la propia CADH, y que “sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

otras cuestiones, que el Estado había violado su derecho a la propiedad por no haberles entregado sus tierras tradicionales.

Para resolver este tipo de asuntos es preciso enfrentarse a tres cuestiones:

- a) *¿Es o no necesario que los indígenas estén en posesión de sus tierras tradicionales para acceder al reconocimiento oficial de la propiedad? En caso de que no estén en posesión de sus tierras, habría que analizar si tienen el derecho a reclamar la devolución de las mismas.*
- b) *Si el derecho a solicitar la devolución existe, habría que examinar si tiene algún límite temporal.*
- c) *Si el derecho no ha caducado, habría que dilucidar bajo qué supuestos es aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a una comunidad, o viceversa, negar a la comunidad su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales.*

a) Posesión de las tierras

En este punto la Corte hizo una distinción entre cuáles son los efectos de tener la posesión de las tierras y los de haberla perdido. Concluyó que si una comunidad tiene la posesión tradicional sobre sus tierras, tal posesión “tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y concede “el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”¹⁴.

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar –por parte de los indígenas– o a contradecir –por parte de los Estados– que se tenga posesión sobre las tierras reclamadas y que esa posesión sea de carácter tradicional, es decir, que el territorio ocupado sea el que tradicionalmente ha utilizado la comunidad¹⁵.

Si, por el contrario, la comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad¹⁶, mantiene el dere-

14 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 2, párr. 128.

15 Ésta sería la situación, por ejemplo, de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 4.

16 Ésta sería la situación, por ejemplo, de la Comunidad Moiwana, supra nota 4.

cho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”¹⁷.

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar –por parte de los indígenas– o a contradecir –por parte de los Estados– que el abandono de las tierras fue un acto forzado o no querido. Además, para que se aplique la salvedad señalada, corresponde al Estado demostrar que los actuales propietarios de las tierras las adquirieron de buena fe; por ejemplo, deberá demostrar que los actuales dueños no fueron quienes expulsaron a la fuerza a los indígenas para apropiarse de sus tierras o recursos naturales.

Finalmente, si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras, pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. De esta forma, la Corte concluyó que “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”¹⁸. Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de éstas tampoco lo es. Puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

b) Caducidad del derecho a reclamar las tierras

El segundo punto consiste en dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante la Corte tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”¹⁹.

17 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 128. Lo que la Corte no aclaró en este punto es por cuánto tiempo se conserva el derecho de propiedad sin poseer las tierras.

18 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 128.

19 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 131.

La Corte además dio luces sobre cómo debe enfocarse la prueba. Señaló que la relación con la tierra

... puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura²⁰.

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar –y el Estado no logra controvertir– que i) las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y ii) que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, puede afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte señaló acertadamente: “la relación con la tierra debe ser posible”. Aplicando esta consideración al caso *Sawhoyamaxa* la Corte señaló:

[E]n casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan²¹.

El Tribunal concluyó que la relación entre la Comunidad Sawhoyamaxa y su territorio no había caducado.

c) ¿A qué derecho dar prioridad?

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros inocentes

20 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 2, párr. 131.

21 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 2, párr. 132.

—que actuaron de buena fe al adquirirlas— y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos gozan del mismo nivel de protección de la CADH y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló el Tribunal cuando expuso que

... el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales²².

Asimismo señaló la Corte que no siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalecen los últimos sobre los primeros²³.

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que en ciertos casos, otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura. Asimismo, podría ser que en las tierras tradicionales esté asentado un centro de atención a niños que recibe un gran número de enfermos, quienes quedarían sin atención de entregarse las tierras a los indígenas.

La respuesta a estos dilemas se encuentra en lo que la Corte llamó “juicio de proporcionalidad”²⁴. Este juicio tiene en cuenta: a) la lega-

22 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 2, párr. 138.

23 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 4, párr. 149.

24 El término “juicio de proporcionalidad” es utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 51). Sin embargo, anteriormente el Tribunal había utilizado criterios similares de ponderación, por ejemplo en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, al que hace expresa mención el caso *Sawhoyamaya*. Pese a ello, he preferido utilizar el término “juicio de proporcionalidad”, así como los componentes del mismo, pues me parece más

lidad de la restricción; b) el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; c) la necesidad de la restricción; y d) la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro²⁵.

i. Legalidad de la restricción

En el caso que estamos analizando (*Sawhoyamaxa*), la legalidad de la restricción se refiere a si existía en el Paraguay un procedimiento establecido por ley que hubiese permitido solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas. Este procedimiento existía y por tanto la posible restricción a la propiedad privada hubiese sido legal.

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y (A) se expropia de todos modos las tierras de los particulares y se las entrega a los indígenas, o (B) todos los reclamos indígenas son rechazados por falta de ley. En el supuesto (A), aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto el Estado habría incumplido el juicio de proporcionalidad y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en (B) los indígenas pudieran demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte cuando señaló que

... [d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos

acertado que el lector conozca el nuevo desarrollo jurisprudencial de la Corte en lo que a colisión de derechos se refiere. Lo anterior no significa que la ponderación utilizada en *Yakye Axa* o en *Sawhoyamaxa* sea errónea, sino simplemente que el orden en el que presentaré los criterios relevantes para la resolución del caso varía ligeramente.

25 Antes de la jurisprudencia que introdujo el “juicio de proporcionalidad”, el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párr. 144).

*pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos*²⁶.

ii. *Finalidad e idoneidad de la restricción*

Para la Corte “[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención”²⁷.

Como señalamos anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la CADH. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática. Además, es de notar que la Constitución paraguaya reconocía

*... la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunales de su dominio sobre sus tierras*²⁸.

Del mismo modo, la Constitución paraguaya protegía el derecho a la propiedad privada. En otras palabras, para el derecho interno y para el derecho internacional eran valores supremos dignos de protección estatal.

En cuanto a la idoneidad de la medida, no había discusión entre las partes respecto a que privar a los particulares de sus tierras de manera legítima era un medio idóneo para satisfacer el derecho a la propiedad comunal de los indígenas. Por esta razón la Corte consideró cumplido este segundo paso del “juicio de proporcionalidad”.

En lo que a prueba se refiere, la finalidad parecería –en principio– que no requiere de mayor prueba, pero sí de una eficiente argumentación

26 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa*, *supra* nota 4, párr. 102.

27 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 70.

28 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 122.

que convenza al juzgador de que el objetivo buscado es –o no– compatible con la CADH. En cambio, para la idoneidad tendría que demostrarse –por parte de los indígenas– o controvertirse –por parte de los Estados– que la medida propuesta –expropiación– es el medio adecuado para satisfacer la propiedad comunal.

iii. Necesidad de la restricción

En el juicio de necesidad, la Corte debe “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas”²⁹.

En este paso del análisis los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: (A) que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o (B) que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, el Estado demandado debe demostrar que además de la expropiación existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin –por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales más la entrega de tierras alternativas cumple el mismo fin que la expropiación total–. Dicho de otro modo, deberá demostrarse que no existe ninguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En el caso *Sawhoyamaxa* no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

iv. Estricta proporcionalidad de la restricción

Finalmente, debe evaluarse “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”³⁰. La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

29 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 74.

30 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 83.

Al analizar este aspecto en el caso *Sawhoyamaxa*, la Corte no fue muy explícita. Prefirió hacer referencia a un caso anterior –de características muy similares– contra el mismo Estado paraguayo: el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. En este caso la Corte había señalado que

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

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención³¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, teniendo en cuenta el artículo 16.4 del Convenio No.169 de la OIT³², consideró que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie³³.

31 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párrs. 146 a 148.

32 El artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT establece en lo pertinente que “cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

33 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párr. 149.

En el caso *Yakye Axa* la Corte no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaya* el Tribunal excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad³⁴.

En suma, y parafraseando a Alexy, cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro³⁵. Ésta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar o contradecir, según el caso, que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquél. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares³⁶; y en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas debe ser consensuada con los indígenas interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”³⁷.

III. Propiedad comunal vs. intereses estatales: Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname

El pueblo Saramaka es una comunidad tribal que proviene de esclavos africanos llevados a la fuerza a Suriname durante la colonización europea en el siglo XVII. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país, donde establecieron comunidades autónomas. Está organizado en doce clanes de linaje materno y se estima que el número de su población está entre 25.000 y 34.000 miembros. Las tierras y los recursos naturales forman parte de la esencia social, ancestral y espiritual de los saramakas.

34 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 2, párr. 139.

35 Alexy, R., “Teoría de la argumentación jurídica” (traducción de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 351.

36 Al respecto, el Tribunal ha señalado que en casos de expropiación “el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. [...] Para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva” (Cfr. *Caso Salvador Chiriboga*, supra nota 9, párr. 96).

37 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 4, párr. 151.

El caso ante la Corte trataba, entre otras cuestiones, de concesiones forestales y mineras otorgadas por el Estado a terceros sobre el territorio del pueblo Saramaka, sin haberles consultado anteriormente. Suriname sostenía que toda la titularidad sobre las tierras, incluidos los recursos naturales, pertenecía al Estado y que, por ello, podía otorgar concesiones a empresas madereras o mineras.

a. Propiedad de las tierras

A diferencia del caso *Sawhoyamaka*, los saramakas tenían la posesión de sus tierras tradicionales y las estaban utilizando conforme a sus propias costumbres y valores. Por este y otros motivos que no viene al caso analizar en el presente artículo la Corte concluyó que

... los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio³⁸.

b. Propiedad sobre los recursos naturales

En segundo lugar, la Corte tuvo que resolver si el pueblo Saramaka tenía derecho sobre los recursos naturales que existían en su territorio. El análisis del Tribunal básicamente se puede resumir de la siguiente manera:

- 1) Si los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen una relación especial con su territorio, debido a que mediante éste se garantiza su supervivencia física y cultural, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre el territorio.
- 2) El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido si no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuen-

38 Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 3, párr. 96.

tran dentro del mismo, si es que éstos, a su vez, son necesarios para mantener el estilo de vida de los pueblos interesados. En otras palabras, lo que se debe proteger son los recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida del pueblo.

- 3) El pueblo Saramaka utiliza el bosque para realizar labores de caza y recolección, así como para obtener los materiales necesarios para la elaboración de sus artículos cotidianos. Asimismo, utiliza las fuentes de agua para abastecerse de ellas y para pescar. Estas actividades son necesarias para su supervivencia y/o para su desarrollo cultural.
- 4) Entonces, el bosque y las fuentes de agua son recursos naturales que caen bajo la protección del derecho a la propiedad.

Como puede observarse de este análisis, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar –por parte de la comunidad– o a contradecir –por parte de los Estados– que i) existe una relación especial con los territorios; ii) existe una relación especial con los recursos naturales –debe indicarse cuáles–; y iii) territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural del pueblo en cuestión.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto. Puede estar sujeto a determinadas restricciones o limitaciones. Esto es válido tanto para la propiedad sobre el territorio como sobre los recursos. La forma como deberá evaluarse si la restricción es permitida por la CADH es exactamente la que mencionamos líneas arriba. Tiene que analizarse si la restricción proviene de una fuente legal, si persigue un fin legítimo acorde con la CADH³⁹, si es idónea para alcanzar ese fin, si es necesaria y si es estrictamente proporcional. El criterio relevante para la solución del caso *Saramaka* fue el de proporcionalidad. Pasemos a analizarlo.

39 Una de las justificaciones más utilizadas para llevar adelante procesos de expropiación con motivo de aprovechamiento de los recursos naturales es hacer referencia al “orden público” o al “bien común”. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Corte ha señalado que estos conceptos, 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 Convención. (Cfr. *Caso Salvador Chiriboga*, *supra* nota 9, párr. 75).

c. Afectación al pueblo Saramaka

La Corte señaló que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo es un recurso tradicional saramaka. Pero además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas son afectaciones indirectas que pueden ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas.

Las actividades madereras llevadas a cabo dentro del territorio saramaka causaron, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole “graves y traumáticos”. Caracterizaron a la explotación forestal como entre las “peor planeadas, más dañinas y derrochadoras”⁴⁰.

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio sean evidentemente desproporcionadas, la Corte consideró que el Estado tenía la obligación de i) asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo Saramaka, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka”; ii) garantizar que los saramakas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”; y iii) “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un es-

40 Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 3, párr. 151.

tudio previo de impacto social y ambiental”⁴¹. Tratemos de sintetizar lo que la Corte indicó para cada una de estas obligaciones.

i. Consulta y consentimiento

En el caso *Saramaka* la Corte intenta hacer una distinción entre “consulta” y “consentimiento”. Consulta significa brindar información a los pueblos afectados sobre los planes de desarrollo o inversión que se planeen realizar en sus territorios. Estas consultas “deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”⁴². Pero puede darse el caso de que ese acuerdo no sea posible. En estos eventos la Corte hace una distinción entre “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad” y, por decirlo de un modo coloquial, planes no tan grandes. Para los primeros dispuso que existe “la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado”⁴³; para los segundos no dio una solución expresa, pero se podría inferir que el consentimiento no es necesario. Entiendo entonces que el significado de “consentimiento” equivaldría al de su uso regular, esto es, la acción y efecto de permitir algo o condescender en que se haga. Y dado que se habla de una “obligación de obtener el consentimiento”, esto se traduciría en conseguir el permiso del pueblo o comunidad para que se lleve a cabo el plan de desarrollo. En suma, y sintetizando lo anterior, creo entender que en cualquier plan de desarrollo o inversión, independientemente del tamaño del mismo y del grado de afectación a los derechos de los pueblos interesados, deberán realizarse las consultas necesarias con miras a llegar a un acuerdo, pero únicamente en los grandes planes de desarrollo que impacten profundamente el derecho a la propiedad del pueblo interesado deberá obtenerse su consentimiento. Si la interpretación que estoy haciendo de la sentencia de la Corte es correcta, me pregunto si exigir el consentimiento del pueblo estaría, en la práctica, convirtiendo al derecho a la propiedad comunal sobre las tierras y los recursos naturales en un derecho absoluto. Bastaría

41 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 129.

42 Conviene resaltar además que la consulta debe realizarse “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”. Debe, asimismo, asegurarse que los miembros del pueblo afectado “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria” (*Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 133).

43 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 137.

que los miembros del pueblo manifestaran su negativa, para que no se realice ninguna ponderación entre los objetivos que el plan persigue y las restricciones a los derechos afectados. Simplemente el proyecto o plan no podría llevarse a cabo. Me parece que esta interpretación iría en contra de lo que la propia jurisprudencia de la Corte ha sostenido sobre el carácter no-absoluto del derecho a la propiedad. Este aspecto merece un análisis mucho más riguroso que el que aquí he realizado y confío en que la doctrina o la propia Corte en un caso posterior puedan darnos más luces.

ii. Compartir beneficios

La Corte llegó a la conclusión de que Suriname debía compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de desarrollo con el pueblo Saramaka⁴⁴. Para justificar esta conclusión interpretó el artículo 21.1 de la CADH, que establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa”, en el sentido de que el derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado [...], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”, y que esta indemnización “se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka 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”⁴⁵.

iii. Estudios ambientales

De la prueba aportada al Tribunal se desprendía que las concesiones madereras no habían sido precedidas de estudios de impacto ambiental y social, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un “impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente”⁴⁶.

De ello podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que

44 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 138.

45 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 139.

46 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 154.

las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

IV. Conclusiones

1. El derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH debe ser entendido de manera amplia, de tal suerte que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas o tribales quedan protegidas por dicha norma.
2. El mencionado artículo de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales, que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural.
3. Los miembros de las comunidades indígenas o tribales que estén en posesión de sus tierras tradicionales tienen el derecho a solicitar al Estado el reconocimiento legal de la propiedad.
4. Si han perdido la posesión de las tierras tradicionales y éstas no han sido adquiridas de buena fe por terceros, mantienen el derecho de propiedad.
5. Si las tierras han sido adquiridas de buena fe por terceros, las comunidades indígenas o tribales tienen el derecho a solicitar su devolución.
6. El derecho a solicitar la devolución o restitución de las tierras puede caducar por el transcurso del tiempo, a menos que se demuestre que las comunidades indígenas o tribales mantienen todavía una relación con las tierras. Esa relación dependerá de la cultura de cada pueblo. La relación con las tierras debe ser posible.
7. El derecho a la propiedad, sea cual fuere el bien protegido, no es de carácter absoluto. En caso de colisión entre el derecho a la propiedad comunitaria y el derecho a la propiedad privada, o entre la propiedad comunitaria y los intereses del Estado, deberá

realizarse un “juicio de proporcionalidad” para dilucidar a qué derecho o bien dar prioridad. Los elementos característicos de este juicio son:

- a. *Legalidad de la restricción.*- Toda restricción que se pretenda imponer debe estar regulada por una ley.
 - b. *Finalidad e idoneidad de la medida.*- El fin que la restricción persiga debe ser compatible con la CADH y la restricción misma debe ser adecuada para conseguir el fin propuesto.
 - c. *Necesidad de la restricción.*- De todas las medidas idóneas para alcanzar el fin perseguido, la restricción que se pretende imponer debe ser la que afecte en la menor medida el derecho en cuestión.
 - d. *Estricta proporcionalidad de restricción.*- La restricción no debe representar un sacrificio exagerado al derecho en cuestión, frente a las ventajas que se obtienen con ella.
8. En el evento de que se decida dar prioridad a la propiedad comunitaria sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares.
 9. En el evento de que se decida dar prioridad a la propiedad privada sobre la propiedad comunal, deberá ofrecerse a la comunidad indígena o tribal tierras alternativas o una indemnización en dinero o especie. La comunidad decidirá conforme a sus usos y costumbres.
 10. Cuando se trate de intereses estatales, tales como proyectos de inversión o desarrollo, deben incluirse como elementos para evaluar la proporcionalidad de la restricción (*supra* 7.d) los siguientes requisitos:
 - a. *Consulta previa, libre e informada.*- Los miembros de las comunidades indígenas o tribales deberán ser consultados por el Estado i) de manera previa a la realización del proyecto en cuestión; ii) conforme a las propias formas de consulta de la comunidad; iii) sin fuerza o coacción, y iv) previa entrega de toda la información relevante, con miras a llegar a un acuerdo.

- b. *Elaboración de estudios de impacto ambiental y social.*- Las autoridades estatales deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.
- c. *Compartir beneficios.*- El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas o tribales como una forma de justa indemnización.