

Deusto Journal of Human Rights

Revista Deusto de Derechos Humanos

No. 11/2023

DOI: <http://dx.doi.org/10.18543/djhr112023>

ARTICLES / ARTÍCULOS

El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales

Indigenous and tribal collective property rights

Isabel María Fernández Pérez

<https://doi.org/10.18543/djhr.2719>

Fecha de publicación en línea: junio de 2023

Copyright (©)

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos is an Open Access journal; which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and reuse in any medium only for non-commercial purposes and in accordance with any applicable copyright legislation, without prior permission from the copyright holder (University of Deusto) or the author; provided the original work and publication source are properly cited (Issue number, year, pages and DOI if applicable) and any changes to the original are clearly indicated. Any other use of its content in any medium or format, now known or developed in the future, requires prior written permission of the copyright holder.

Derechos de autoría (©)

Deusto Journal of Human Rights / Revista Deusto de Derechos Humanos es una revista de Acceso Abierto; lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o la persona autora, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito de la persona titular de los derechos de autoría.

Deusto Journal of Human Rights

ISSN: 2530-4275 • ISSN-e: 2603-6002, Núm. 11/2023, Bilbao

© Universidad de Deusto • <http://djhr.revistas.deusto.es/>

El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales

Indigenous and tribal collective property rights

Isabel María Fernández Pérez¹
Universidad Autónoma de Madrid. España

<https://doi.org/10.18543/djhr.2719>

Fecha de recepción: 15.03.2023

Fecha de aceptación: 11.06.2023

Fecha de publicación en línea: junio de 2023

Cómo citar / Citation: Fernández Pérez, Isabel M. 2023. «El derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales.» *Deusto Journal of Human Rights*, No. 11: 155-181. <https://doi.org/10.18543/djhr.2719>

Sumario: Introducción. 1. Reconocimiento y desarrollo del derecho a la propiedad indígena. 1.1. Reconocimiento internacional. 1.2. La Organización de Estados Americanos. 1.3. Un Corpus Iuris in desarrollo en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. El derecho a la propiedad comunal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.1. Sujetos de derecho: los pueblos indígenas y tribales. 2.2. Objeto de derecho. 2.2.1. Diferenciación entre tierra y territorio. 2.2.2. La propiedad comunal. 2.3. Desarrollo jurisprudencial del derecho de propiedad. 2.3.1. Extensión geográfica del derecho de propiedad. 2.3.2. Título, demarcación y delimitación de la propiedad. 2.3.3. La restitución del territorio de los pueblos indígenas. 2.3.4. Derecho sobre los recursos naturales de su territorio. 3. Otros derechos relacionados con la propiedad. 3.1. La consulta previa e informada. 3.2. Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. 4. Reconocimiento de la propiedad comunal en Canadá y Estados Unidos. 4.1. La jurisdicción canadiense: el título aborigen. 4.2. La falta de reconocimiento en Estados Unidos. Reflexión final. Bibliografía

Resumen: El artículo expone el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales y cómo los diferentes organismos internacionales han reconocido este derecho. En concreto, este artículo trata de condensar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde que se reconoce por primera vez el derecho de propiedad, con el propósito de definir el concepto de propiedad comunal, su interpretación y sus requisitos. Asimismo, y

¹ E-mail: isabel.m.fdezp@gmail.com. Orcid: 0009-0006-8428-2667

por su gran relevancia, en este artículo se aborda la consulta previa e informada y los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales como derechos ligados a la propiedad. Finalmente, se analiza comparativamente el derecho de propiedad en Canadá y Estados Unidos por su condición de Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

Palabras clave: Pueblos indígenas, pueblos tribales, propiedad comunal, restitución, territorio, tierras

Abstract: The article examines the collective property rights of indigenous and tribal people and how different international organisations have recognised these rights. In particular, the article attempts to summarise the case law of the Inter-American Court of Human Rights from the time property rights were first recognised, in order to define the concept of communal property, its interpretation and its requirements. Likewise, and due to their great relevance, the article addresses both prior and informed consultation, and Economic, Social, Cultural and Environmental Rights as property-related rights. Finally, the article contains a comparative analysis of property rights in Canada and United States as members of the Organization of American States.

Keywords: Indigenous people, tribal people, communal property, restitution, territory, land

Introducción

Los pueblos indígenas o tribales² son comunidades vulnerables cuyos derechos han comenzado a ser considerados por el derecho internacional en el último siglo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el primer organismo internacional en reconocer los derechos de los pueblos indígenas al adoptar, a mediados del siglo veinte, diversos convenios para la protección e integración de estas comunidades. La Organización de Naciones Unidas (ONU) se unió a la protección de los derechos de los indígenas a finales del mismo siglo y fue así como los derechos de los indígenas pasaron a ser una prioridad internacional, lo que llevó a organismos regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte) a reconocerlos.

El derecho a la propiedad de la tierra (en adelante derecho a la propiedad) tiene especial relevancia entre los derechos más importantes para las comunidades. Los pueblos indígenas mantienen desde tiempo inmemorial una relación especial con su territorio, que constituye su medio de vida y la base de su existencia. La Corte IDH, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha desarrollado ampliamente el derecho a la propiedad indígena; gracias a su labor jurisprudencial las comunidades disfrutaban de un derecho en continua evolución que reconoce la propiedad y expresa de manera precisa las obligaciones de los Estados con respecto a los indígenas y sus territorios. La evolución jurisprudencial ha permitido que los pueblos indígenas hayan ganado una mayor incidencia sobre asuntos de gran relevancia para su cultura, lo que ha supuesto un avance tanto desde el punto de vista legislativo como desde la propia concepción de los pueblos indígenas (Oliva 2012, 302-307). Este artículo tratará de condensar la jurisprudencia de la Corte, con el propósito de definir el concepto de propiedad comunal, su interpretación y sus requisitos.

Asimismo, la Corte IDH no solo ha reconocido el derecho de propiedad, sino que también considera otros derechos vinculados como pueden ser el derecho de consulta o los derechos sociales. El reconocimiento de estos derechos supone un gran avance para las comunidades y una protección sin precedentes, por lo que en este artículo se abordarán tanto la consulta previa e informada como los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) como derechos ligados a la propiedad.

² Debe tenerse en cuenta que cuando se utilice el término «pueblos indígenas», se deberá entender que también se refiere a «tribales». Otro término utilizado para referirse a estos pueblos será «comunidades».

Finalmente, no todos los países parte de la OEA consideran los mismos estándares del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, por lo que es relevante comparar la jurisprudencia de la Corte IDH con países como Canadá o Estados Unidos. Por esta razón, este artículo pretende proponer una perspectiva histórica y multidisciplinar que sirva para aportar a la transformación de la realidad indígena (Rico 2022) exponiendo una comparativa de los tres sistemas citados.

1. Reconocimiento y desarrollo del derecho a la propiedad indígena

1.1. *Reconocimiento internacional*

La OIT reconoce en los artículos 13 y ss. del Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 el derecho de los pueblos a la propiedad y posesión de la tierra que tradicionalmente hayan ocupado. Este tratado internacional eleva los estándares de protección de las comunidades al formular los derechos de los pueblos (Mereminskaya 2011, 223); no obstante, solo ha sido ratificado por veintitrés de los ciento ochenta y siete miembros de la OIT. A pesar de la falta de adhesión, ha sido paulatinamente aceptado por las organizaciones indígenas (Gaete 2012, 93), y por los Estados no partes en él, lo que ha supuesto que parte de la doctrina lo considere una expresión de derecho consuetudinario internacional (Gaete 2012, 93; Mereminskaya 2011, 99; Anaya 2005, 102 y ss.).

También tiene gran preeminencia la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de la ONU), aprobada por la Asamblea General en 2007, que establece en su artículo 26 el derecho a las tierras, territorios y recursos que los pueblos indígenas y tribales tradicionalmente han poseído, ocupado o adquirido. La Declaración obtuvo cuatro votos en contra de Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda, debido al deseo de estos países de manejar los derechos indígenas como un asunto interno. A pesar de su negativa inicial, en los últimos años los cuatro países se han retractado y han declarado su apoyo a la Declaración.

1.2. *La Organización de Estados Americanos*

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas, desde un punto de vista tanto individual como colectivo, son reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

(Declaración Americana) en su artículo XXIII, adoptada en 1948, al mismo tiempo que se inició formalmente la OEA. En este instrumento se reconoce el derecho a la propiedad privada sin hacer referencia expresa a los derechos indígenas (Morris *et al.* 2009, 25), pero tanto la Comisión Iberoamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) como la Corte IDH han reconocido el derecho indígena al territorio a través de su interpretación³.

El derecho a la propiedad también se reconoce por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José», de 1969 en su artículo 21 (la Convención). De nuevo, solo se menciona la propiedad privada, pero el derecho indígena se desprende de su interpretación.

En el año 2016, por primera vez se reconoció el derecho de propiedad indígena de forma expresa en un instrumento de la OEA a través de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de 2016) en sus artículos XXV y siguientes. La Declaración puso fin a un largo proceso de negociación que duró diecisiete años (Aguilar y Gouritin 2017, 294), y es considerada una especificación regional de la Declaración de la ONU, ya que su contenido coincide con esta última, reproduciéndolo literalmente a lo largo del texto con pequeñas diferencias entre ambas (Clavero 2016, 14).

1.3. *Un Corpus Iuris en desarrollo en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas se reconoció por primera vez explícitamente en Iberoamérica en 2001, con el pionero caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, que se ha convertido en un punto de referencia para los derechos indígenas (Gómez Isa 2017, 68). Desde esta sentencia, la jurisprudencia de la Corte IDH ha elaborado un *corpus iuris* de la propiedad comunal de los pueblos indígenas, el cual se basa en los instrumentos internacionales anteriormente descritos.

A partir de la sentencia de Nicaragua de 2001, la Corte IDH ha establecido una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana⁴ en donde, por vía interpretativa, el derecho de propiedad

³ 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, párrafo 148.

⁴ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá. Voto parcialmente disidente del juez Ferrer MacGregor. Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C n.º 284, párr. 11.

adquiere nuevos contenidos (Canosa 2013, 160). De esta manera, extiende la protección tradicional de la propiedad a la propiedad colectiva (López Escarcena 2017, 135) y ha desarrollado su jurisprudencia en los últimos veinte años partiendo de esta premisa.

2. El derecho a la propiedad comunal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. *Sujetos de derecho: los pueblos indígenas y tribales*

La definición de pueblo indígena ha sido objeto de continua discusión en la doctrina y en las organizaciones internacionales de derechos humanos como la Corte IDH o la OIT. Debido a la diversidad de comunidades indígenas, no existe una definición precisa de este término en el derecho internacional que pueda englobarlas a todas. Es más, una definición excesivamente detallada podría correr el riesgo de ser demasiado restrictiva (Gajardo 2015, 234).

Con el propósito de paliar la falta de definición, la OIT ha desarrollado una serie de criterios diferenciadores para describir a estos pueblos: la autoidentificación, la continuidad histórica desde antes de la conquista o colonización, la conexión con el territorio y la existencia de instituciones propias tanto políticas como económicas, culturales y sociales (OIT 2009). Entre los criterios mencionados, la Declaración de 2016 reconoce en su artículo 1.2 la autoidentificación como criterio fundamental de determinación de los pueblos indígenas. La autoidentificación comprende tres dimensiones: la colectiva, cuando un grupo afirma de sí mismo que es una comunidad indígena; la individual, por la que un individuo se considera como miembro de la misma; y «*la colectiva del yo*» (Kirchner 2018, 28), cuando un individuo es considerado como indígena por su comunidad.

Por otra parte, el concepto de pueblo tribal hace referencia a las comunidades afrodescendientes (Estupiñan-Silva 2014, 600) que no son originarias de la región que habitan (Rivera y Rinaldi 2008, 81 y ss.), pero mantienen distintos atributos culturales que deben presentar de manera similar a los pueblos indígenas (Dulitzky 2010, 21). Por razones idénticas a las de los pueblos indígenas, la OIT establece una serie de criterios para diferenciarlos: la autoidentificación, unas condiciones económicas y culturales propias, una organización social y forma de vida que resulten disímiles respecto al resto de la población del país, y unas tradiciones características o reconocimiento legal (OIT 2009). La Corte IDH añade que los pueblos tribales son comunidades que a pesar de no ser indígenas

comparten sus tradiciones, se identifican con sus territorios ancestrales y están regulados por sus costumbres, al menos parcialmente⁵.

En definitiva, la Corte realiza la misma comprobación para ambos pueblos, a excepción de su carácter tradicional como pueblo originario⁶ y, en el caso de que la comunidad no sea pueblo originario, promueve el proceso por el que se reconoce a los pueblos tribales como sujetos de derecho a través del modelo de los pueblos indígenas (Dulitzky 2010, 21). Consecuentemente, la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho de propiedad colectiva se extiende también a los pueblos tribales, y no solo a los pueblos indígenas. Esto se ha demostrado en el caso de la comunidad *Saramaka*, en el que el pueblo fue desplazado a Surinam a causa de la colonización, y en el caso *Moiwana*, comunidad tribal que ocupaba tradicionalmente la aldea *Moiwana* y era respetada por las comunidades indígenas vecinas de Surinam⁷. Por lo tanto, cuando se haga referencia a los derechos de las comunidades indígenas, se harán extensivos a los de las tribales.

2.2. Objeto de derecho

2.2.1. DIFERENCIACIÓN ENTRE TIERRA Y TERRITORIO

Para las comunidades indígenas y tribales, la tierra no es simplemente un objeto de posesión y de producción, sino que es la base de su existencia física y espiritual⁸. Las comunidades encuentran en sus tierras ancestrales el fundamento y el origen de su cultura, ya que son el elemento que, en última instancia, les dota de identidad (Gaona 2013, 144).

El territorio es un elemento constitutivo del concepto de Estado (De Oliveira 2019, 392), por lo que se entienden las reticencias de los Estados a usar esta denominación para evitar pretensiones independentistas (Torrecuadrada 2013, 547). No obstante, la Corte IDH ha reconocido el territorio indígena como la totalidad de la tierra y recursos empleados tradicionalmente por las comunidades⁹, y la

⁵ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172, párrafo 79.

⁶ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C n.º 245, párr. 149-155.

⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124, párrafo 133.

⁸ CIDH. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice). Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 12 de octubre de 2004, Informe n.º 40/04, párrafo 114.

⁹ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, nota al pie n.º 63.

Comisión considera un concepto amplio de territorio en el que se debe tener en cuenta la realidad cultural de los pueblos, su especial relación con la tierra, los recursos naturales que se encuentran en el territorio y el medio ambiente (CIDH 2009a).

Los conceptos de «tierra» y «territorio», aparecen de manera indistinta en la jurisprudencia de la Corte IDH hasta el *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*, cuando hizo por primera vez una distinción implícita entre la protección de la tierra y del territorio (Ferrer 2020, 3). La Corte vincula el derecho a la tierra con el artículo 21 de la Convención sobre el derecho a la propiedad, y enlaza el derecho al territorio con el artículo 26 del mismo instrumento que reconoce los DESCAs (Moltaván 2020, 2). Esta distinción implica que el territorio engloba más derechos que simplemente el de propiedad, tornando más amplia su definición¹⁰.

2.2.2. LA PROPIEDAD COMUNAL

La propiedad comunal, al igual que los demás derechos colectivos, surge cuando los derechos individuales resultan insuficientes para la protección de un grupo (Escudero 2001, 173-174). Las normas tradicionales de los pueblos indígenas, en vez de reconocer el derecho individual a la tierra, solo consideran el derecho a la propiedad comunal, por lo que la concepción colectiva de este derecho respeta y beneficia la cultura de las comunidades (Torrecuadrada 2001, 103).

La Corte IDH ha considerado que el artículo 21 de la Convención Americana, alcanza no solo la propiedad individual, sino también la propiedad comunal¹¹; es decir, aunque esta concepción no se corresponde con la noción clásica de propiedad, merece igual protección. No reconocer la propiedad comunal equivaldría a afirmar que solo existe una forma de usar y disponer de la propiedad, lo que llevaría a que la protección del artículo 21 fuera solo aparente¹².

¹⁰ La diferenciación en la terminología adquiere gran importancia desde el punto de vista de los derechos reconocidos, pero es difícil de hacer en retrospectiva, ya que la Corte IDH ha utilizado ambos términos en referencia al derecho de propiedad indígena. Por lo tanto, este artículo los emplea indistintamente cuando se refiere al artículo 21 de la Convención Americana, sin que deba perderse de vista la distinción efectuada en 2020.

¹¹ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero 2020, Serie C n.º 400, p. 36.

¹² *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, *op. cit. nota 6*, párr. 145.

Es relevante mencionar que el concepto comunitario de los derechos, empezando por la propiedad, se ha extendido a otros derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, la Corte ha declarado el carácter comunal de otros derechos protegidos por ambas Declaraciones y la Convención Americana: el derecho a la personalidad jurídica, el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley¹³. La propiedad comunal ha actuado como punta de lanza en su reconocimiento y tanto la Corte como los Estados han reconocido el carácter colectivo de estos derechos. Destaca el caso de la Corte Constitucional de Colombia en el que la justicia reconoció que la Comunidad U'wa podía decidir como sujeto colectivo, anteponiéndose a los intereses individuales, sobre la tutela dos gemelos que habían nacido en su seno y habían sido abandonados al nacer¹⁴. La decisión, que pertenecería al más estricto ámbito familiar, debía ser adoptada por la comunidad, y sirve para ilustrar la inexistencia de bienes individuales en numerosos ámbitos de la vida de los indígenas (Torrecuadrada 2013, 542).

En conclusión, la propiedad comunal y, por extensión, otros derechos colectivos, se garantizan a la comunidad indígena y se superponen a los derechos individuales de sus miembros (CIDH 2009b).

2.3. *Desarrollo jurisprudencial del derecho de propiedad*

2.3.1. EXTENSIÓN GEOGRÁFICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La jurisprudencia de la Corte IDH fundamenta jurídicamente la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas en su uso u ocupación ancestral¹⁵; es decir, los territorios pertenecen a las comunidades si los están ocupando en la actualidad o si fueron despojados de ellos.

Una de las cuestiones más relevantes al especificar el territorio indígena es si la mera posesión de la tierra debería bastar para que los pueblos indígenas pudieran obtener el título de propiedad. La Corte ha afirmado que la posesión es suficiente para que tengan derecho al uso y goce de las zonas geográficas donde habitan y realizan sus actividades comunitarias¹⁶. También ha expresado que esta posesión

¹³ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párrafo 174.

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-030/00, Menores U'wa - Medidas de protección. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de enero del 2000.

¹⁵ 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, párr. 125.

¹⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, *op. cit. nota 3*, párr. 151-153.

tiene efectos equivalentes a un título de pleno dominio otorgado por el Estado, teniendo los pueblos derecho a exigir el reconocimiento de la propiedad¹⁷. Además, la Corte va más allá cuando afirma que basta una posesión en el pasado y no es necesaria la posesión actual si los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras.

Por otro lado, la extensión del territorio depende del uso y habitación de los pueblos indígenas, y se justifica en su cultura y su estrecha relación con sus territorios y recursos naturales¹⁸. Sin embargo, identificar el territorio de los pueblos solo con unos criterios tan generales no resulta posible. Por esta razón, la Corte ha decidido proceder analizando, con criterios específicos para cada caso, el carácter tradicional de las tierras reclamadas. En la sentencia de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, la Corte decidió analizar cuatro puntos para averiguar si las tierras de la comunidad tenían carácter tradicional: la ocupación de las tierras, la toponimia de la zona geográfica, los estudios técnicos elaborados sobre el carácter tradicional de las tierras reclamadas, y la idoneidad de las tierras para el desarrollo de la comunidad¹⁹. Este estudio debe hacerse cuando se ponga en duda la extensión del territorio indígena y permite acotarla mejor.

2.3.2. TÍTULO, DEMARCACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD

A lo largo de su exhaustiva jurisprudencia, la Corte ha manifestado que el derecho reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana no queda satisfecho con el mero reconocimiento por parte del Estado, que la Corte considera ya como obligatorio²⁰, sino que precisa una materialización de dicho reconocimiento a través de un título de propiedad formal o instrumento similar²¹. Este título debe ser reconocido en la práctica y en el derecho, con el propósito de salvaguardar su seguridad jurídica²².

¹⁷ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C n.º 346, párr. 117.

¹⁸ 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, párr. 135.

¹⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C n.º 214, párr. 93.

²⁰ Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit. nota 8*, párr. 132.

²¹ Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, *op. cit. nota 17*, párr. 119.

²² Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párrafo 115.

El caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, se describía cómo el Estado había reconocido la propiedad de la comunidad indígena, pero no había delimitado, demarcado o titulado el territorio a través de procedimientos efectivos. La falta de titulación causó gran incertidumbre entre los indígenas, ya que no tenían certeza de la amplitud de su territorio²³. La Corte también afirma, en la misma línea de pensamiento, que un reconocimiento abstracto sin delimitación carecería prácticamente de sentido²⁴ por su falta de materialización.

Por lo tanto, es necesario que el Estado reconozca el derecho a la propiedad a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para conseguir procedimientos efectivos que lleven a la titulación oficial de las tierras y a la delimitación y demarcación del territorio²⁵. Al examinar la efectividad de los mecanismos, la Corte observa dos factores: la existencia formal de un procedimiento que permita la reivindicación, y su efectividad, que implica, *inter alia*, el respeto del principio de resolución en un plazo de tiempo razonable²⁶. De esta manera se pretende proporcionar una mayor seguridad jurídica a las comunidades.

El reconocimiento y otorgamiento de un título de propiedad es también necesario para la protección de los pueblos indígenas frente a demandas de terceros, ya que colonos, parceleros, empresas nacionales e internacionales o el propio gobierno, pueden estar interesados en las tierras indígenas (CIDH 2016). El Estado tiene, por lo tanto, el deber de proteger el derecho al territorio de los pueblos indígenas frente a terceros. También el de sanear las tierras, es decir, remover todos los obstáculos en el territorio indígena y reubicar, en su caso, a terceros ocupantes²⁷. Esto se muestra en la sentencia de la comunidad *Garífuna de Punta Piedra*, en la que la Corte expresó que la reubicación de terceros debía efectuarse con las debidas garantías, y, en el caso de existir títulos legítimos de propiedad, el Estado debía valorar la compra o expropiación de las tierras por razones de utilidad pública o interés social²⁸.

²³ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, *op. cit.* nota 3, párr. 152.

²⁴ Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, Serie C n.º 292, párr. 305.

²⁵ Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, *op. cit.* nota 15, párr. 133.

²⁶ Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, *op. cit.* nota 18, párr. 65.

²⁷ Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, Serie C n.º 304, párr. 323.

²⁸ *Ibid.* párr. 324.

Es relevante que las garantías de la protección del derecho a la propiedad pueden ser invocadas cuando aún no se haya producido la titulación, demarcación y delimitación correspondientes (CIDH 2009b). Esta posible invocación supone una mayor protección para los pueblos indígenas durante el periodo de espera a la titulación, normalmente caracterizado por la incertidumbre²⁹.

2.3.3. LA RESTITUCIÓN DEL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad tanto de los pueblos indígenas como de otros pobladores, por lo que es posible que se den conflictos entre ambas partes³⁰. Cuando surge tal conflicto, se resuelve de acuerdo con los principios que rigen las limitaciones de los derechos humanos (CIDH 2009b; Tortora 2010, 169)³¹ y será el Estado el que deberá valorar la necesidad, legalidad y proporcionalidad de una potencial expropiación³². Respecto al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, la Corte establece que el Estado podrá restringir el uso y disfrute de la tierra, adicionalmente, cuando no se ponga en peligro la subsistencia de la comunidad³³.

Pueden darse situaciones en las que exista un conflicto con terceros por la pérdida indígena de la posesión de la tierra, siendo la posesión de terceros de buena fe. Cuando esto ocurre, la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas tienen el derecho de recuperar las tierras o de obtener otras que tengan la misma extensión y calidad³⁴. Esto quiere decir que las reclamaciones indígenas no pueden ser denegadas por el motivo exclusivo de que las tierras sean propiedad de otros individuos. Si su reclamación encontrara una respuesta negativa por esta razón, no existiría una posibilidad real de recuperar el territorio ancestral perdido, condicionando la decisión a los tenedores actuales y obligando a que los indígenas se contentaran con tierras similares o indemnizaciones

²⁹ Caso de los Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá, *op. cit. nota 4*, párr. 136.

³⁰ Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, *op. cit. nota 17*, párr. 125.

³¹ Los derechos humanos no tienen un carácter absoluto o ilimitado, y los respectivos ordenamientos jurídicos de cada Estado consagran limitaciones en aras del bien común.

³² Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, *op. cit. nota al 18*, párr. 217.

³³ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párr. 129.

³⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, p. 128.

pecuniarias³⁵. Por lo tanto, es necesario que sea el Estado quien valore los derechos y pondere cuál debe prevalecer.

La ponderación de ambos derechos lleva a la cuestión de si el derecho de propiedad indígena prevalece frente al de los terceros pobladores. La propia Corte IDH especifica que esta ponderación no implica una prevalencia absoluta de los derechos de los indígenas³⁶, pero se puede atisbar una preferencia por restituir las tierras ancestrales a las comunidades, siempre que sea posible. Esto se justifica en que la propiedad de la tierra permite que conserven su patrimonio cultural y está directamente relacionada con su supervivencia. La restricción del derecho de propiedad de terceros ocupantes se podría considerar necesaria a la luz de la Convención Americana y proporcional cuando se ofrezca una indemnización adecuada³⁷.

Otra cuestión que cabe plantearse es si el derecho de restitución tiene caducidad o, por el contrario, es indefinido. En respuesta a esta pregunta, la Corte ha declarado que, mientras que los pueblos indígenas guarden una relación especial con la tierra, el derecho permanecerá vigente³⁸. De acuerdo con el caso *Xákmok Kásek*, la relación podía manifestarse en los siguientes casos: a través de lazos espirituales; cultivos esporádicos; caza, pesca y recolección; entre otros. El carácter temporal del derecho es bastante amplio, lo que implica una mayor protección de los pueblos indígenas.

Finalmente, en los casos en los que sea imposible para el Estado restituir las tierras ancestrales y las razones de este impedimento sean concretas y justificadas, la Corte ha determinado, interpretando el artículo 16.2 del Convenio N.º 169 OIT, que las comunidades serán compensadas con tierras alternativas con la misma extensión y calidad, elegidas por acuerdo entre las propias comunidades y el Estado³⁹.

Cabe señalar que el derecho a la restitución del territorio, y, en su defecto, el derecho a obtener tierras similares o indemnización se corresponde con las diferentes modalidades de reparación reconocidas por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) (Díez Hochleitner *et al.* 2010) en el caso *Chorzow*⁴⁰, en donde se afirma que el Estado infractor deberá restituir y en su defecto, pagar

³⁵ *Ibid.* párr. 138.

³⁶ Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, *op. cit. nota 15*, párr. 155 y 158.

³⁷ Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, *op. cit. nota 18*, párr. 148.

³⁸ *Vid.* Caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay, *op. cit. nota 27*, párr. 112 y 113.

³⁹ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, *op. cit. nota 34*, párr. 135.

⁴⁰ *Vid.* CPJI, La Fábrica de Chorzow sobre la reclamación de indemnización de Alemania c. Polonia del 13 de septiembre de 1928, p. 47.

el valor correspondiente de la restitución, más la indemnización correspondiente. De la misma manera, los derechos reconocidos por la Corte llevan a una mayor protección de la población indígena y dejan entrever la importancia que tiene para las comunidades poseer un territorio propio en el que poder ejercer sus tradiciones.

2.3.4. DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES DE SU TERRITORIO

Los pueblos indígenas tienen derecho a ser titulares de los recursos naturales de su territorio por las mismas razones que justifican su derecho a la tierra. Se pretende que puedan continuar con su modo de vida tradicional y evitar su extinción como pueblo desde una perspectiva cultural⁴¹. La Corte afirma que el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido si no estuviera conectado con los recursos que se encuentran en él⁴².

No obstante, la Corte establece que no se debe interpretar este derecho de manera que impida al Estado otorgar cualquier tipo de concesión de explotación o extracción, ya que el derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención únicamente protege los recursos naturales necesarios para la supervivencia de la comunidad⁴³. Asimismo, la Corte afirma que, si el Estado decide llevar a cabo la explotación de los recursos, debe cumplir con una serie de salvaguardias: tener en cuenta la opinión de los pueblos a través de la consulta previa, un estudio de impacto medioambiental y compartir razonablemente los beneficios de los recursos como una forma de indemnización por la explotación de los recursos naturales de sus tierras⁴⁴.

3. Otros derechos relacionados con la propiedad

3.1. *La consulta previa e informada*

La consulta previa es un derecho emergente que aún se está desarrollando jurisprudencialmente en Iberoamérica. No obstante, se trata de un derecho necesario ya que la ejecución de grandes proyectos como los hidroeléctricos, la explotación petrolera o la

⁴¹ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit. nota 6*, párr. 146.

⁴² Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párr. 122.

⁴³ *Ibid.* párr. 126.

⁴⁴ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit. nota 6*, párr. 157.

minería, ha causado graves consecuencias en los territorios indígenas y, por ende, a las comunidades, llegando incluso a forzar su desaparición (Ormaza-Ávila y Zamora-Vazquez 2019, 74). Este derecho se vincula con el artículo 23 de la Convención a la luz del artículo 6 del Convenio n.º 169 de la OIT y el artículo 19 de la Declaración de la ONU.

La Corte IDH establece que la consulta de los pueblos debe ser previa, es decir, desde las primeras etapas de la planificación de la medida propuesta, con el propósito de permitir su participación antes de la ejecución del proyecto; culturalmente adecuada y de conformidad con sus tradiciones⁴⁵; informada, pues el Estado está obligado a comunicar de manera precisa la naturaleza y consecuencias del plan⁴⁶; de buena fe, al necesitarse que exista «un clima de confianza mutua» en el que no haya coacción por parte del Estado o de terceros; y efectuarse con la finalidad de obtener un acuerdo en el que las comunidades den su consentimiento⁴⁷. Como ejemplo de consulta previa, en el caso *Saramaka v. Surinam*, la Corte recoge diferentes medidas estatales que requieren dicha consulta; entre ellas destacan el proceso de demarcación, delimitación y otorgamiento del título de propiedad; y el proceso de adopción de medidas legales por el Estado para la protección del territorio indígena⁴⁸.

Sumándose a las anteriores características, la Comisión afirma que el Estado tiene el deber de acomodo, es decir, el deber de ser flexible para acomodar los diferentes intereses de los pueblos indígenas, del Estado y de terceros (CIDH 2016). Además, la Comisión expresa que el Estado debe ajustar o cancelar el proyecto de acuerdo con los resultados de la consulta, y, en caso de no ser posible, deberá motivar su decisión razonablemente (CIDH 2009b). La Corte IDH ha ido aún más lejos en el reconocimiento del deber de consulta y ha afirmado que, en el caso de planes de desarrollo o inversión a gran escala con un gran impacto en el territorio indígena, el Estado debe obtener el consentimiento libre, previo, informado y de acuerdo con sus tradiciones (CLPI)⁴⁹. El consentimiento, a diferencia de la consulta, implica un nivel de protección mayor de las comunidades, al concederles el derecho de rechazar el proyecto, lo que podría suponer la imposibilidad de su realización.

⁴⁵ Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, *op. cit. nota 10*, párr. 133.

⁴⁶ Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), *op. cit. nota 8*, párr. 142.

⁴⁷ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, *op. cit. nota 6*, párr. 186.

⁴⁸ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párr. 194 y 214.

⁴⁹ *Ibid.* párr. 134.

De acuerdo con la Corte IDH solo se debe exigir este consentimiento cuando se trate de proyectos a gran escala. En cuanto a los planes que entran dentro de esta categoría, el ex relator de la ONU, Rodolfo Stavenhagen, intentó enumerar aquellos que pueden incluirse en ella: la creación de infraestructura física en la región, la transformación a largo plazo de las actividades productivas y la explotación de los recursos naturales a gran escala (ONU y Comisión de Derechos Humanos 2003). La Comisión ha hecho su propia interpretación del concepto y considera que debe atenderse a dos requisitos: la magnitud o dimensión del proyecto y su impacto humano y social (CIDH 2016).

Finalmente, aunque la Corte IDH defienda la necesidad del consentimiento, muchos de los países de la OEA no lo reconocen como una posibilidad de veto. Es el caso de Colombia, cuya Corte Constitucional ha expresado que el derecho de consulta no es absoluto y que las comunidades no tienen derecho a veto, en cualquier caso, ya que prima el interés general (Figuera y Ortiz 2019, 69).

3.2. *Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*

La aplicación de los DESCAs por la Corte IDH ha ido evolucionando desde una justiciabilidad indirecta de los derechos sociales a una directa y autónoma, al considerarse con la competencia para analizar todas las violaciones que puedan efectuar los Estados parte de la Convención (Mora 2020, 340).

Antes de 2020, la Corte IDH realizaba un examen por conexión de los derechos sociales y lo justificaba en el principio de interdependencia entre estos y los derechos civiles (Mora 2020, 161). Es decir, no existía un reconocimiento directo, pero la Corte podía invocarlos en aplicación de otros que estuvieran presentes en el capítulo II de la Convención⁵⁰. De esta manera, consideraba los DESCAs como parte integrante de los derechos a una vida digna (art. 4), a la integridad personal (art. 5), a garantías judiciales (art. 8) y a la protección judicial (art. 25) (González Domínguez 2020, 161).

La primera vez que la Corte IDH reconoce la aplicación directa del artículo 26 de la Convención es en 2017 con la sentencia *Lagos del Campo vs. Perú* (Ibáñez Rivas 2020, 54), pero no es hasta el año

⁵⁰ Los artículos 3 al 25 de la Convención se encuentran en el Capítulo II titulado «Derechos Civiles y Políticos» y el artículo 26 se encuentra en el Capítulo III, titulado «Derechos Económicos, Sociales y Culturales». La Corte reconocía por entonces la aplicabilidad directa solo del Capítulo II.

2020, cuando la Corte IDH aplica dicha jurisprudencia a un caso de una comunidad indígena con el caso *Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina*. En esta sentencia, se realiza por primera vez una protección diferenciada y autónoma del territorio a través del artículo 26, al reconocer la violación de los derechos al medioambiente sano, al agua, a la alimentación y a la participación en la vida cultural (Mora 2020, 340).

En primer lugar, la Corte introduce el derecho a un medioambiente sano, que es un derecho indispensable para los pueblos indígenas. Los Estados, por su parte, no solo están obligados a respetar el medio ambiente, sino que deben garantizarlo; ya sea previniendo determinadas actuaciones o estableciendo mecanismo adecuados de supervisión y fiscalización⁵¹.

Respecto al derecho a la alimentación, se trata de un derecho estrechamente relacionado con la dignidad de los indígenas, y se espera que puedan satisfacer sus necesidades alimentarias produciendo alimentos, para lo que necesitan tierra y recursos (Mendoza 2017, 12). La Corte afirma que el derecho a la alimentación protege el acceso a alimentos que permitan una nutrición adecuada para poder preservar la salud de la comunidad⁵².

También se introduce el derecho de las comunidades al agua. Aunque este derecho no está reconocido expresamente en los principales tratados de derechos humanos, se acepta de forma generalizada que emana tanto del derecho a la alimentación como del derecho al medioambiente (Carmona *et al.* 2020, 651). La Corte destaca la necesidad de que el Estado garantice la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad al agua⁵³.

Por último, se hace referencia al derecho a la participación en la vida cultural y es el Estado el que tiene el deber de implementar medidas para que dicho derecho pueda cumplirse y de proteger a las comunidades contra terceros que puedan ponerlo en peligro⁵⁴.

Los cuatro derechos recién mencionados presentan una estrecha vinculación entre sí y con el derecho a la propiedad. De esta manera, la Corte destaca su interdependencia (CIDH 2021) al afirmar que el vínculo de una comunidad con su territorio resulta imprescindible para la supervivencia de su cultura y de su alimentación⁵⁵. Esto lleva a pensar

⁵¹ Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, *op. cit. nota 10*, párr. 208.

⁵² *Ibid.* párr. 216-218.

⁵³ *Ibid.* párr. 226.

⁵⁴ *Ibid.* párr. 240-242.

⁵⁵ *Ibid.* párr. 252.

que las comunidades sufren graves violaciones de sus derechos sociales cuando no pueden disfrutar plenamente de su territorio (Ferrer 2020, 5).

4. Reconocimiento de la propiedad comunal en Canadá y Estados Unidos

Canadá y Estados Unidos son parte de la OEA, por lo que están sometidos al escrutinio de la Comisión por peticiones individuales, pero no se han adherido a la Convención Americana por lo que ni responden ante la Corte IDH, ni están obligados a seguir su jurisprudencia.

Ante esta situación, es relevante tratar cómo estos países han considerado el derecho indígena a la propiedad comunal, comparándolos con el reconocimiento que hace la Corte.

4.1. La jurisdicción canadiense: el título aborigen

El sistema canadiense reconoce el título aborigen como derecho *sui generis*⁵⁶ de ocupación, posesión y uso colectivo basado en una relación cultural con la tierra⁵⁷. Esta denominación, característica de los sistemas de derecho común, difiere de como la Corte IDH reconoce la propiedad, uso y disfrute de la tierra, terminología empleada en los sistemas de derecho civil⁵⁸.

La Corte Suprema Canadiense (CSC) reconoció por primera vez el título aborigen en 1973 en el caso *Calder v. British Columbia*⁵⁹. No obstante, este derecho no se concreta hasta 2014 en la sentencia *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia* en la que se reconoce el derecho indígena en un caso específico⁶⁰. De esta manera, la CSC ha afirmado que el título aborigen es un derecho colectivo; característica fundamental igualmente reconocida por la Corte IDH. No obstante,

⁵⁶ Este término hace referencia a un título único o diferente. *Vid.* Corte Suprema de Canadá. *Guerin v. The Queen*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 1 de noviembre de 1984, Informe SCR 335, p. 385.

⁵⁷ Corte Suprema de Canadá. *Delgamuukw v British Columbia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de diciembre de 1997, Informe SCR 1010, párr. 132.

⁵⁸ Véase como en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *op. cit. nota 3*, párr. 153, prima el concepto de propiedad en vez de la posesión.

⁵⁹ Corte Suprema de Canadá. *Calder v. British Columbia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 1973, Informe SCR 313.

⁶⁰ Corte Suprema de Canadá. *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de junio de 2014, Informe SCR 257, párr. 153.

la CSC va más allá en su reconocimiento y expresa que el carácter colectivo del derecho trasciende a la comunidad actual y engloba todas las generaciones sucesivas (Poisson 2015, 19).

Asimismo, la CSC establece una prueba para determinar cuándo se puede declarar la existencia del título. Contiene tres criterios necesarios que el grupo aborígen debe probar: ocupación, continuidad temporal y exclusividad en la ocupación mencionada⁶¹. Esto difiere en gran medida con la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que, según su jurisprudencia, una comunidad indígena puede mantener el derecho a la tierra aún sin continuidad y la exclusividad no se requiere, al darse múltiples casos de convivencia con terceros. A modo de ejemplo, en el caso Lhaka Honhat, la comunidad indígena convivía en el territorio con grupos criollos asentados desde el siglo xx, y tanto Argentina como la Corte IDH reconocen su derecho de propiedad⁶².

El título aborígen, y por consiguiente la propiedad de la tierra, coexiste con las reservas de territorios, en donde las comunidades disfrutan el uso y ocupación del territorio, pero el título de propiedad pertenece a la Corona (OECD 2020). Las reservas nacen de pactos entre el gobierno canadiense y las tribus indígenas que se remontan al caso *St. Catherines Milling and Lumber Co. v. The Queen*, en el que se instaure un derecho usufructuario a las tierras (Bartlett 1978, 584). En la actualidad dichas reservas siguen existiendo, pero las comunidades tienen una nueva vía de reconocimiento de sus tierras ancestrales.

En cuanto a los derechos relacionados con el territorio, Canadá reconoce el derecho de las comunidades a la consulta y al consentimiento para el uso de sus territorios por la Corona, pero la CSC ha afirmado en ningún caso defiende la existencia de veto⁶³ (Moratello 2008, 21-28). Si no se otorga el consentimiento, la Corona deberá probar que infringir el derecho de las comunidades está fundamentado en un interés público sustancial (Ariss *et al.* 2017, 21). El derecho a consulta en el sistema canadiense es, por lo tanto, similar al reconocido por la Corte IDH, aunque esta última no se haya pronunciado sobre el veto.

En referencia a los DESCAs, Canadá no los reconoce de manera autónoma, pero sí se han reconocido por conexión en diferentes

⁶¹ *Ibid*, párr. 24-50.

⁶² Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, *op. cit. nota 11*.

⁶³ CSC. Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests), Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2014, Informe 3 S.C.R. 511, párr. 48 *apud*. (Moratello 2008, 21-28).

casos⁶⁴, de manera similar a como lo hacía la Corte IDH antes de 2020. Parte de la doctrina aboga por un reconocimiento indirecto del derecho de conservación del medioambiente por la sección 35 cuando menciona el derecho a la caza y a la pesca, pero la CSC aún no se ha pronunciado en esta materia (Collins y Murtha 2010, 962).

4.2. *La falta de reconocimiento en Estados Unidos*

En Estados Unidos no existe un reconocimiento de un título específico de propiedad comunal indígena sino que las comunidades viven en reservas cuyas tierras son propiedad del gobierno estadounidense, que actúa como fideicomisario⁶⁵ (Akee y Jorgensen 2014, 117). Esta relación entre el gobierno federal y las tribus indígenas se fundamenta en la sentencia *Cherokee Nation v. Georgia*⁶⁶, en la que se afirma que las comunidades se encuentran en un estado de pupilaje, justificando así el fideicomiso de sus tierras (McCulley 2005-2006, 403). Además, la Corte Suprema Estadounidense (CSE) ha afirmado que el Congreso tiene un poder supremo respecto a las tierras indígenas⁶⁷ (Crepelle, A. y Block 2017, 319), por lo que las comunidades viven en gran inseguridad en el uso de sus tierras, al poder ser despojadas libremente por el gobierno. La situación en Estados Unidos es pareja con la canadiense anterior a 1973, caracterizándose por la falta del reconocimiento de la propiedad comunal y el carácter usufructuario del derecho.

En Estados Unidos también se reconoce el derecho al territorio a título individual de un ciudadano indígena como resultado del proceso de *Allotment*⁶⁸ llevado a cabo por el gobierno desde 1887 hasta

⁶⁴ *Vid.* Sparrow v. The Queen, en donde la CSC analiza la protección del medioambiente ofrecida por la sección 35, en el contexto del derecho de pesca indígena. [CSC. Sparrow v. The Queen. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de mayo de 1990, Informe SCR 1075]

⁶⁵ En la doctrina estadounidense se utilizan de manera indistinta los términos fideicomiso y usufructo, por lo que en este trabajo se considerarán sustitutos.

⁶⁶ *Vid.* CSE. Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. 1 (1831), p. 30. «They occupy a territory to which we assert a title independent of their will [...]; meanwhile, they are in a state of pupilage. Their relations to the United States resemble that of a ward to his guardian». Se trata de una situación similar a la canadiense en donde el título lo pertenece a la Corona (OECD 2020).

⁶⁷ CSE Lone Wolf v. Hitchcock, 187 U.S. 553 (1903), pp. 187; CSE. U.S. vs. Sioux Nation, 448 U.S. 371, 408 (1980), p. 448.

⁶⁸ *Vid.* Las declaraciones gubernamentales en las que se expresa la imposibilidad de la coexistencia entre la propiedad comunal y la civilización. «Common property and civilization cannot co-exist [...] as the foundation of the whole social system lies

1934, dividiendo las tierras y su uso común en parcelas inalienables y protegidas por el gobierno (Bobroff 2011, 1561). Este reconocimiento es meramente individual, olvidando el carácter colectivo de la propiedad necesario para la supervivencia de la cultura indígena y de su identidad (Gaona 2013, 144).

Este sistema de derechos difiere en gran medida con el reconocimiento de la Corte IDH, al no registrar el derecho de propiedad comunal y al primar una actitud de pupilaje ante los pueblos indígenas (Wilkins 1994, 7). La Corte, por el contrario, ha sostenido en repetidas ocasiones que el derecho de propiedad indígena es más que un privilegio a usar la tierra que puede ser despojado por el Estado y ha afirmado que las comunidades deben tener un título del territorio⁶⁹. Estados Unidos se encuentra muy alejado de Iberoamérica y de Canadá en el reconocimiento de un derecho colectivo a la propiedad sin carácter usufructuario.

Respecto a los derechos asociados al territorio, Estados Unidos establece un deber de consulta y consentimiento a nivel federal, y, aunque no existe un procedimiento específico, el Gobierno ha creado unos principios estandarizados para la consulta (Miller 2015, 17-21). Estados Unidos rechaza el derecho de veto, siendo esta una de las razones por las que votó en contra en un primer momento en la Declaración de la ONU, al considerar que confería a los pueblos indígenas este derecho⁷⁰. En este caso, la Corte IDH no difiere en gran medida con lo establecido por la CSE, excluyendo de nuevo la falta de pronunciamiento de la Corte IDH sobre el veto.

En cuanto a los DESCA, de manera similar a Canadá y a la Corte IDH antes de 2020, la CSE ha reconocido en varias sentencias los derechos sociales por conexión⁷¹, en vez de hacerlo mediante un reconocimiento directo. Como en el caso de Canadá, parte de la

individuality of property» [Report of the Commissioner of Indian affairs, Doc. No. 9, public documents of the Senate of the United States, 25th Cong., 3rd Session, 1838, pp. 454-55]. Se trata de una concepción radicalmente diferente a la que daba la Corte IDH en el caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, *op. cit. nota 15*, párr. 125.

⁶⁹ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, *op. cit. nota 5*, párrafo 115.

⁷⁰ *Vid.* Observaciones de Estados Unidos de la Declaración, artículo 2, en las que se determina que el artículo 19 de la Declaración de la ONU confería el derecho a veto en decisiones sobre legislación interna a un grupo subnacional. Se trata de una concepción del derecho de consulta muy similar a la canadiense, en donde tampoco se reconoce el veto (Moratello 2008, 21-28).

⁷¹ *Vid.* CSE. United States v. Washington 853 F.3d 946, 9th Cir. 2017, sobre los derechos de pesca concedidos a las comunidades fuera de su territorio, los cuales guardan gran relación con el medioambiente.

doctrina defiende que los derechos al medioambiente y al agua están implícitos en la ley federal, al reconocer el derecho a la caza y a la pesca, pero de nuevo la CSE no se ha pronunciado al respecto (Anderson 2020, 352-354).

Reflexión final

Desde la sentencia de Nicaragua en 2001, la Corte IDH ha realizado una labor jurisprudencial sin precedentes en el sistema iberoamericano sobre el derecho de propiedad indígena. El reconocimiento, por primera vez, de la propiedad comunal como derecho colectivo de un grupo humano, supone una comprensión y un respeto por la cultura indígena de la que hasta ahora carecía el continente americano. Y parece que la Corte no es la única que está realizando este esfuerzo de protección de la cultura indígena, ya que países como Canadá han desarrollado derechos muy similares; el título aborígen se ha reconocido en el sistema canadiense como el derecho de las comunidades al territorio ancestral. En cambio, otros países como Estados Unidos aún tienen un largo camino por recorrer hasta llegar a otorgar un título colectivo que no esté subordinado a la propiedad del Estado.

El derecho a la propiedad comunal ha sido desarrollado por la Corte en los últimos veinte años, formando un *corpus iuris* que detalla las obligaciones de los Estados y los derechos de los indígenas. Debido a que se ha ido perfeccionando con los años, se puede afirmar que el nivel de protección legal es muy elevado. Sin embargo, esto no quiere decir que en la práctica los Estados lleven a cabo todas las obligaciones que la Corte ha enumerado tan cuidadosamente. Los pueblos indígenas siguen siendo comunidades vulnerables cuyas voces quedan apagadas por terceros ocupantes o por proyectos de gran escala. Por ello, es aún más necesario que se planteen casos de comunidades cuyos territorios no se han delimitado de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, para conseguir que se reconozca su derecho a un título propio y a una demarcación y delimitación libre de la ocupación de terceros.

Y, aunque el derecho de propiedad ha sido inmensamente desarrollado, aún queda mucho por hacer respecto a otros derechos vinculados, como son la consulta previa, el consentimiento o los derechos sociales. A pesar de que la Corte ha reconocido el derecho de consulta previa, el consentimiento y sus consecuencias siguen siendo una gran incógnita, ya que los países no reconocen en sus constituciones, ya sean Colombia, Canadá o Estados Unidos, un derecho a veto a los proyectos en su territorio.

Respecto a los DESCAs, la Corte ha dado el primer paso en 2020 con la sentencia *Lhaka Honhat*, considerando por primera vez una protección directa de los derechos sociales. A partir de ahora, los deberá desarrollar jurisprudencialmente, tal como hizo con la propiedad comunal, con el propósito de que los Estados parte de la Convención Americana puedan llevar a cabo una labor de defensa más intensa de los derechos sociales de las comunidades. Asimismo, esta sentencia sirve como punta de lanza en la protección de derechos sociales indígenas que hasta ahora no habían sido reconocidos de forma explícita, lo que puede llevar a otros países como Canadá o Estados Unidos a seguir su ejemplo y a desarrollar derechos tan necesarios de protección como el derecho al medioambiente, a la alimentación, al agua o a la identidad cultural.

El reconocimiento y desarrollo de la propiedad comunal es solo el principio. A través de este comienzo, la Corte podrá desarrollar otros derechos vinculados a la tierra, con el propósito de que el territorio indígena en su conjunto goce de una protección hasta ahora nunca vista, pero necesaria para la supervivencia de estas comunidades.

Bibliografía

- Aguilar, Adriana y Armelle Gouritin. 2017. «La adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: un análisis crítico desde el punto de vista de los derechos ambientales». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 17: 291-327. doi:10.22201/ijj.24487872e.2017.17.11038.
- Akee, Randall y Miriam Jorgensen. 2014. «Property institutions and business investment on American Indian reservations». *Regional Science and Urban Economics* 46 (C): 116-125. doi: 10.1016/j.regsciurbeco.2014.04.001.
- Anaya, James S. 2005. *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.
- Anderson, Robert T. 2020. «Indigenous rights to water & environmental protection». *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 53: 337-379. Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/499>.
- Ariss, Rachel, Clara MacCallum y Diba Nazneen. 2017. «Crown policies on the duty to consult and accommodate: towards reconciliation?». *McGill Canada* 13 (1): 1-60. Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://canlii.ca/t/6xz>.
- Bartlett, Richard H. 1978. «The Indian Act of Canada». *Buffalo Law Review* 27 (4): 581-615. Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol27/iss4/3>.
- Bobroff, Kenneth H. 2001. «Retelling allotment: Indian property rights and the myth of common ownership». *Vanderbilt Law Review* 54 (2): 1557-1623.

- Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol54/iss4/2>.
- Canosa, Raúl. 2013. «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, editado por Eduardo Ferrer y Arturo Zaldivar, 141-167. Acceso el 3 de enero de 2023. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/9.pdf>.
- Carmona, Cristóbal G., Juan J. Faundes y Pedro P. Silva. 2020. «La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina». *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 10 (2): 644-675. doi:10.5102/rbpp.v10i2.6764.
- CIDH. 2009a. *Informe de seguimiento. Acceso a la justicia e inclusión social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Acceso 3 de enero de 2023. <http://www.cidh.org/pdf%20files/CAP%20V%20BOLIVIA.Seguimiento.pdf>.
- CIDH. 2009b. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Acceso 3 de enero de 2023. <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.
- CIDH. 2016. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Acceso 3 de enero de 2023. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasestractivas2016.pdf>.
- CIDH. 2021. *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. Acceso 13 de marzo de 2023. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>.
- Clavero, Bartolomé. 2016. «La Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas: el reto de la interpretación de una norma contradictoria». *Pensamiento Constitucional* 21: 11-26.
- Collins, Linda M. y Meghan Murtha. 2010. «Indigenous environmental rights in Canada: the right to conservation implicit in treaty and aboriginal rights to hunt, fish, and trap». *Alberta law review* 47 (4): 959-991. doi.org/10.29173/alr175.
- Crepelle, Adame y Walter E. Block. 2017. «Property rights and freedom: The keys to improving life in Indian country». *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 23 (2): 315-342. Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/crsj/vol23/iss2/3>.
- Díez Hochleitner, Javier, Antonio Remiro, Luis Pérez Prat, Rosa Riquelme y E. Orihuela Calatayud. 2010. *Derecho Internacional: Curso general*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Dulitzky, Ariel E. 2010. «When afro-descendants became 'Tribal Peoples': The Inter-American Human Rights system and rural black communities». *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 15 (1): 29-81. Acceso 3 de enero de 2023 <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2010-When->

- Afro-Descendants-Became-Tribal-Peoples-The-Inter-American-Human-Rights-System-and-Rur/download.
- Escudero, Rafael. 2001. «Los derechos colectivos, frente al disparate y la barbarie», en *Una discusión sobre derechos Colectivos*, editado por Francisco J. Ansuátegui, 167-176. Madrid: Dyckinson.
- Estupiñan-Silva, Rosmerlin. 2014. «Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 14: 581-616. Acceso el 3 de enero de 2023. <https://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v14/v14a16.pdf>.
- Ferrer, Eduardo. 2020. «Lhaka Honhat y los derechos sociales de los pueblos indígenas». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 39: 1-5. doi:10.17103/reei.39.01.
- Figuera, Sorily C. y Meylin H. Ortiz. 2019. «El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia». *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas* 19 (36): 59-76. Acceso el 3 de enero de 2023. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532019000100059.
- Gaete, Lucía. 2012. «El convenio N169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa». *Revista Ius et Praxis* 18 (2): 77 - 124. doi: 10.4067/S0718-00122012000200004.
- Gajardo, Jaime. 2015. «Pueblos indígenas». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9: 232-239. Acceso el 3 de enero de 2023. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2824>.
- Gaona, Georgina. 2013. «El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas». *Nueva Antropol* 26 (78): 141-161. Acceso 3 de enero de 2023. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-06362013000100007&lng=es&nrm=iso.
- Gómez Isa, Felipe. 2017. «The decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua Case (2001): The implementation gap». *The Age of Human Rights Journal* 8: 67-91. doi:10.17561/tahrj.n8.4.
- González Domínguez, Pablo. 2020. «Los aportes del caso Cuscul Pivalar y otros vs. Guatemala a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales», en *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivalar de la Corte IDH*, editado por Laura Clérico, Mariela Morales y Liliana Ronconi, 153-182. México: UNAM.
- Ibáñez, Juana M. 2020. «La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Génesis de la innovadora jurisprudencia interamericana», en *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivalar de la Corte IDH*, editado por Laura Clérico, Mariela Morales y Liliana Ronconi, 153-182. México: UNAM.
- Kirchner, Stefan. 2018. «La autoidentificación individual y colectiva como indígena en el ártico europeo: perspectivas legales internacionales». *Revista Misión Jurídica*, 11 (15): 27-42. doi: 10.25058/1794600X.886.

- López Escarcena, Sebastián. 2017. «Un derecho jurisprudencial: La propiedad colectiva y la corte interamericana». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* 24 (1): 133-189. Acceso el 3 de enero de 2023. <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371052293005.pdf>.
- McCulley, Kristina L. 2005-2006. «The American Indian Probate Reform Act of 2004: The death of fractionation or individual native American property interests and tribal customs?». *American Indian Law Review* 30 (2): 401-422. doi.org/10.2307/20070764.
- Mendoza, Jorge. 2017. «El derecho a la alimentación de los pueblos indígenas». Madrid: Universidad de Alcalá. Acceso el 3 de enero de 2023. https://pradpi.es/documentos_trabajo/DT25_Mendoza%20Alimentacion_2017.pdf.
- Mereminskaya, Elina. 2011. «El Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Derecho Internacional y experiencias comparadas». *Estudios Públicos* 121: 213-276.
- Miller, Robert J. 2015. «Consultation or consent: The United States duty to confer with American indian governments». *North Dakota Law Review* 91 (1): 37-98. Acceso el 5 de mayo de 2023. <https://commons.und.edu/nldr/vol91/iss1/2>.
- Moltaván, Digno José. 2020. «La protección de la tierra y el territorio desde los derechos humanos: la polémica planteada en el caso Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina». *Blog La Naturaleza y sus Derechos: Coloquio Jóvenes Investigadores*, 9 de julio. Acceso el 3 de enero de 2023. <https://rivers-ercproject.eu/es/la-proteccion-de-la-tierra-y-el-territorio-desde-los-derechos-humanos/>.
- Mora, Fanny V. 2020. «Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina ante la CIDH». *E-Revista Internacional de la Protección Social* 5 (2): 330-355. doi:10.12795/e-RIPS.2020.i02.15.
- Moratello, María. 2008. «The Crown's constitutional duty to consult and accommodate aboriginal and treaty rights». *Research Paper for the National Centre for First Nations Governance*: 21-28. Acceso el 12 de junio de 2023. https://fngovernance.org/wp-content/uploads/2020/06/Crown_Duty_to_Consult_Accommodate.pdf
- Morris, Meghan, César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz y Paula Buriticá. 2009. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Uniandes.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD). 2020. *Linking Indigenous Communities with Regional Development in Canada*. Paris: OECD Publishing.
- OIT. 2009. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica - Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*. Acceso 3 de enero de 2023. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf.
- Oliva, J. Daniel. 2012. *Los pueblos indígenas a la conquista de sus derechos*. Madrid: BOE.

- Oliviera, Valerio de. 2019. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Barcelona: Cuscatleca y Bosch.
- ONU y Comisión de Derechos Humanos. 2003. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Acceso 3 de enero de 2023. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d7fc2a32.pdf>.
- Ormaza-Ávila, Diego A. y Ana F. Zamora-Vázquez. 2019. «El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado». *Revista Killkana Sociales* 3 (2): 73-78. doi:10.26871/killkana_social.v3i2.192.
- Poisson, Jacinthe. 2015. «Indigenous collective property: comparative study of the Canadian and the Inter-American systems». *McGill Centre for Human Rights and Legal Pluralism Working Paper Series* 3 (3): 1-37. Acceso el 9 de mayo de 2023. https://www.mcgill.ca/humanrights/files/humanrights/ihri_wps_v3n3-jacinthe_poisson.pdf.
- Rico, Luis A. 2022. *El Derecho de propiedad indígena en Iberoamérica*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.
- Rivera, Francisco J. y Karine Rinaldi. 2008. «Pueblo Saramaka vs. Surinam: el derecho a la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales como pueblos». *Revista del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* 3 (4): 80-96.
- Torre Cuadrada, Soledad. 2001. «Los pueblos indígenas en el orden internacional», en *Una discusión sobre derechos Colectivos*, editado por Francisco J. Ansuátegui, 167-176. Madrid: Dyckinson.
- Torre Cuadrada, Soledad. 2013. «Identidad indígena». *AFDUAM* 17: 529-559.
- Tortora, Hugo. 2010. «Las limitaciones a los derechos fundamentales». *Estudios constitucionales* 8 (2): 167-200. doi:10.4067/S0718-52002010000200007.
- Wilkins, David E. 1994. «The cloaking of justice: The Supreme's Court role in the application of western law to the America's indigenous people». *Wicazo Sa Review* 10 (1): 1-13. Acceso 5 de mayo de 2023. <https://www.jstor.org/stable/1409305>.

