

LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA: ANÁLISIS EN EL MARCO DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Lizeth Juliana GARCÍA ATRA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Tratamiento del derecho a la propiedad privada y comunal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* III. *Derecho a la propiedad comunal y su efectiva protección a través del artículo 21 de la CADH: a propósito de la jurisprudencia expedida por la CIDH.* IV. *Sentencia Lakha Honhat vs. Argentina: un giro en la omnicomprensión del derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

RESUMEN: Se ha pretendido la protección legal y jurisprudencial al derecho a la propiedad comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales; en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expedido sentencias en esa dirección, amparada en el artículo 21 contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y otros tratados de orden internacional, firmados y ratificados por el grueso de los países latinoamericanos. No obstante, en el análisis del caso *Lakha Honhat vs. Argentina*, el enunciado tribunal centró su discurso en las prerrogativas contenidas en el artículo 26 de la CADH, con el propósito de evidenciar la presunta vulneración de los derechos al agua,

* Maestra en derecho y estudiante de doctorado en derecho y globalización en la UAEM.

medio ambiente sano, participación cultural y alimentación, situación que varió significativamente la posición uniforme que a este respecto se había tenido hasta 2020, ya que pudo obviarse el tratamiento jurisprudencial y garantía material de derechos de los pueblos indígenas (concretamente, al omitirse el análisis de las implicaciones prácticas de dicha mutación). Como evidenciará el presente artículo, al centrar su discurso en el artículo 26 y referirse someramente al artículo 21, la Corte pudo desconocer el tratamiento especial que debía dársele a las comunidades indígenas y la necesaria triangulación de los factores antropológicos, jurídicos y sociales en el caso concreto. Además, pudo propiciar un cambio en la interpretación de los derechos a la tierra y al territorio en el sistema interamericano de derechos humanos. Es oportuno señalar que se empleó el método deductivo, toda vez que se procuró un análisis del fenómeno estudiado, de lo general a lo particular.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se pretende el abordaje del derecho a la propiedad comunal indígena a propósito de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia; en efecto, se analizarán someramente tres precedentes importantes en los que se mantuvo una posición proteccionista en los términos del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber: *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*; asimismo, un cambio de postura por parte de la precitada Corte en la Sentencia de las Comunidades indígenas miembros de la *Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* y sus implicaciones en la práctica.

II. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y COMUNAL POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), los nominados derechos de propiedad de pueblos indígenas y tribales sobre los territorios equivalen a los derechos de propiedad privada no indígena, en concordancia con el nominado deber de no discriminación contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).¹ Los Estados están en la obligación de prever mecanismos de orden legal que permitan la protección y aclaración de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, tal como se protegería el derecho a la propiedad en cualquier sistema jurídico convencional.

Se vulneran los derechos de estos pueblos en los eventos en que no se les otorgue la protección requerida para el ejercicio del derecho a la propiedad equitativa y plenamente con los demás integrantes de la sociedad, según se evidenció en el caso de Mary y Carrie Dann (evento en el que se mostró que el pueblo Shoshone Occidental había sido expropiado forzosamente de la tierra, con ausencia absoluta de las garantías que sobre el particular se consagraban en la Constitución Política de los Estados Unidos de América, específicamente tratándose de la privación abusiva del derecho a la propiedad).²

La Corte ha hecho hincapié en la existencia de un vínculo entre pueblos indígenas, tierras y recursos con su existencia; se desprende así un deber de los Estados en términos de la garantía

¹ Esta obligación de no discriminación está incluida en el grupo de obligaciones previstas por el artículo 1.1. de la Convención Americana que refiere que los Estados parte deben garantizar y respetar los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación, en González Andrés, Sanabria, J., “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Bogotá, vol. 8, núm. 2, p. 51

² CIDH, Informe núm. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann, Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

de sobrevivencia cultural, social y económica; esta subsistencia también favorece el goce y disfrute de la tierra, así como la realización de sus derechos humanos;³ además, se explica esta conexión en la medida en que las comunidades indígenas se construyen con fundamento en una relación intrínseca con la tierra, misma que les proporciona seguridad individual y colectiva y que les permite la manutención de la integridad comunitaria.⁴ Recuérdese además que la relación de estas comunidades con la tierra no está solamente asociada a la producción y posesión, sino que es un elemento físico y espiritual respecto del cual deben tener un goce pleno⁵ con el propósito de conservar su cultura (que atiende a un modo particular de vida cimentado en sus territorios tradicionales y recursos) y transferirla a las demás generaciones.

Con relación a la propiedad comunitaria (entendida históricamente como un derecho real de dominio)⁶ debe tenerse en cuenta la conexión de la tierra con expresiones, tradiciones orales, artes, lenguas, costumbres, rituales, atuendo, valores, filosofía y el derecho consuetudinario. La CoIDH ha referido que la propiedad territorial es un derecho que tiene como titulares a personas individuales que integran pueblos tribales o indígenas y que

³ CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114.

⁴ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2 de junio de 2000, capítulo X, párr. 16.

⁵ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm#:~:text=65.,de%20los%20Estados%5B177%5D>, consultado el 25 de enero de 2021.

⁶ Sin embargo, en el decir de Juan Fernández, asimilar esta posesión “al tipo jurídico clásico, decimonónico y exclusivista del derecho real de dominio resulta disfuncional para garantizar el progresivo empoderamiento de la totalidad de los integrantes de un pueblo indígena”, en Fernández, Juan, *La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, p. 92, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

se desenvuelven en sistemas de propiedad comunal. Asimismo, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas es colectivo; este último aspecto está relacionado con el espectro individual del derecho y alude a la conexión que existe entre los pueblos indígenas con recursos y territorios, cuya preservación es indispensable para una efectiva realización de sus derechos humanos.

La comunidad indígena debe ser vista como un todo,⁷ en especial cuando existe una tradición comunitaria y el dominio y posesión de las tierras no se ajusta a una noción clásica de propiedad; debe garantizarse su protección por la existencia de disposiciones normativas como la contenida en el artículo 21 de la CADH. Un desconocimiento del derecho al goce y uso de los bienes conforme a la cultura, creencias o usos y costumbres implicaría reconocer erróneamente la existencia de una forma única de disponer y usar los bienes, lo que parcializaría la protección de este derecho para un número importante de personas. Téngase en cuenta además que como el respeto de los derechos colectivos (en términos de propiedad) de los pueblos indígenas sobre tierras y territorios ancestrales ha sido previsto como una obligación de los Estados, su vulneración podría conducir a responsabilidad internacional.

Además, el carácter colectivo del derecho a la propiedad sobre tierras y territorios ancestrales del cual gozan los indígenas ha intentado ampararse a través de algunos de los derechos previstos tanto en la CADH (propiedad colectiva contenida en el artículo 21) como en la Declaración Americana de Derechos Humanos (con una protección amplia de la propiedad en el artículo 23); igualmente, se ha pretendido la protección judicial efectiva de estos colectivos; véase el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*,⁸ decisión en la que la CoIDH enunció que la ausencia de

⁷ CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004.

⁸ CoIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, consultado el 16 de enero de 2021.

capacidad jurídica para el goce del derecho a la propiedad favorece que los indígenas permanezcan en una situación de vulnerabilidad no sólo frente al Estado, sino también respecto a terceros.

Se ha instado a los Estados que han firmado y ratificado estos instrumentos a la prevención de la colonización o invasión de los territorios indígenas por parte de terceros ajenos a la comunidad, así como al emprendimiento de las gestiones necesarias para reubicar a los “no indígenas” que allí se asienten. Lo expuesto se traduce en una priorización de los derechos de estos pueblos en el evento en que estos colisionen con los derechos de propiedad de terceros (poseedores de mala fe), con un pretendido goce efectivo de la propiedad comunal, misma que favorece el reconocimiento de una identidad cultural no estrictamente individual, sino comunal, conexas con los recursos y la tierra desde el punto de vista material y espiritual. Igualmente, deben incorporar medidas de carácter legislativo que atiendan a la concepción colectiva del pueblo y la premisa de goce y ejercicio del derecho a la propiedad de que son titulares los indígenas. Los integrantes de los pueblos indígenas y tribales gozan de derechos humanos previstos y reconocidos en el derecho internacional; de ahí que el goce del derecho a la propiedad privada desde la individualidad no debe colisionar con los derechos colectivos de los primeros. Es importante también que el régimen jurídico asociado al uso y distribución de tierras comunales tenga correspondencia con el derecho consuetudinario, usos y costumbres, así como los valores de los pueblos indígenas.

Delineado el tratamiento que la CoIDH ha dado a la propiedad privada y comunal, procede el análisis concreto de tres precedentes jurisprudenciales en que se evidencia cómo esta instancia mantuvo una línea jurisprudencial uniforme en la que se vinculaba, sin atisbo de duda, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a la propiedad comunal al artículo 21 de la Convención.

III. DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU EFECTIVA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 21 DE LA CADH: A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA EXPEDIDA POR LA CIDH

Antes de proceder con el estudio jurisprudencial pretendido, valdría la pena aproximarse al contenido del artículo 21 de la CADH con relación a la propiedad; en efecto, la disposición normativa enunciada consagra lo siguiente:

Derecho a la propiedad privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...⁹

De esta disposición se colige que todas las personas (sin excepción) tienen el derecho a usar y gozar de sus bienes y no ser privada de éstos, salvo casos concretos; esta norma ha sido empleada mayormente para proteger y salvaguardar los intereses de los integrantes de pueblos y comunidades indígenas respecto a la tierra y territorios ancestrales sobre las que ejercen la titularidad, en especial, atendiendo a una potencial situación de vulnerabilidad que se expande y recrudece en espacios en los que parece no haber desaparecido por completo los discursos colonizadores que perpetúan su concepción como una población subalterna.

En efecto, estos espacios se potencian en un escenario de globalización desigual, polarizado, que ha reforzado —e incluso, elevado— la distribución dispar de riquezas y poder en las naciones.

⁹ DEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 15 de enero de 2021.

Pese a la existencia y consagración de derechos de los pueblos indígenas, se siguen presentando situaciones que los desconocen. Ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encargada de zanjar algunas discusiones con miras a la visibilización de estos colectivos (*v. gr.* caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Sentencia de 5 de febrero de 2018;¹⁰ caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012;¹¹ caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, Sentencia de 8 de octubre de 2015,¹² entre otros).

No obstante, la jurisprudencia y leyes internacionales se muestran aún insuficientes de cara a las demandas reales de los pueblos indígenas, en especial cuando pocas veces apuntan al constructo de “derechos diferenciados en función del grupo desde cada una de las legislaciones nacionales”.¹³

Además, no se ha avanzado lo suficiente en el reconocimiento de los miembros de estos colectivos como verdaderos actores sociales que pugnan, “desde abajo”, por un sentido solidario mundial, especialmente, ante la existencia de la “jaula de hierro” del sistema de Estados-naciones, caracterizada por una estructura disimétrica de bloques y polos hegemónicos. Así las cosas,

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.

¹¹ En esta oportunidad, el máximo tribunal se refirió a que la protección a la propiedad indígena supone la obligación estatal de adoptar medidas para la garantía a pueblos indígenas del ejercicio del derecho a los territorios usados y ocupados; véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf.

¹³ Ruiz, Osvaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, núm. 118, México, enero-abril de 2007.

debe darse al paso de una verdadera cultura global, enajenada de la dominancia de ciertos territorios del mundo.

¿Cómo podría concretarse este salto? Con el propósito de responder este interrogante, se traen a colación algunas reflexiones que, con relación al rompimiento del patrón hegemónico liberal, hace Boaventura de Sousa Santos; en su sentir, se precisa la renovación o mutación de instituciones de orden internacional —y local— que avalan la globalización neoliberal hegemónica;¹⁴ interesa potenciar la intervención de organizaciones y movimientos contrahegemónicos, canalizados a través de redes transnacionales.¹⁵

Refiere que las comunidades “marginadas” se han movilizadо pretendiendo el cambio y democratización de marcos de regulación internacionales y nacionales que los han excluido de espacios políticos; estos movimientos conformados —por supuesto— por pueblos indígenas y sectores vulnerados del sur global, también han acudido a redes de activistas y a jurisdicciones ordinarias buscando la reivindicación de sus derechos, en especial, en un contexto de globalización con escenarios viables y limitaciones, concretamente, en términos de materialización de luchas políticas contrahegemónicas.¹⁶

El debate que se suscita respecto a esta globalización neoliberal deber ir “más allá”, con miras a amplificar la voz de los que se considera han sido los grandes perdedores de este proceso (con independencia que se trate de indígenas, campesinos, inmigrantes o trabajadores explotados). Debe apuntarse a la puesta en

¹⁴ Cfr. Castaño, Héctor, “Globalización neoliberal y recomposición de la hegemonía norteamericana”, *Economía y Desarrollo*, vol. 143, núm. 1, Cuba, Universidad de Cuba, enero-junio de 2008, p. 12.

¹⁵ Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Anthropos, 2007, p. 7.

¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

marcha de una legalidad cosmopolita subalterna,¹⁷ entendiendo que la misma implica un enfoque

... desde abajo del estudio del derecho en la globalización. En línea con su énfasis analítico sobre los estudios de caso detallados de las formas jurídicas y con su finalidad de aumentar el potencial de estas últimas, el cosmopolitismo subalterno reivindica una concepción del campo jurídico que sea adecuada para reconectar el derecho y la política e imaginar las instituciones jurídicas desde abajo...

Lo anterior permitirá comprender globalmente la actuación y forma de pensar *política* que soportan la globalización contrahegemónica.

El asunto no se agota en el estudio de la globalización o el entendimiento de la gobernanza global,¹⁸ las redes de colaboración, la demanda de necesidades institucionales dirigidas a la democratización, la inclusión de todos los actores “importantes” o la concepción de la política como un espacio abierto. Tampoco exclusivamente en la comprensión de una globalización —actualmente neoliberal, sí—, en la que se reconoce la existencia de grupos marginados¹⁹ que representan el grueso de la población, sino de un pretendido imaginario colectivo de legalidad cosmopolita subalterna.²⁰

¹⁷ Se recuerda que el cosmopolitismo subalterno implica un enfoque “(...) desde abajo del estudio del derecho en la globalización” conforme a lo expuesto por el mismo De Sousa Santos.

¹⁸ Misma que “investiga la transformación del derecho ante un poder del Estado que se erosiona y frente a la descentralización de las actividades económicas transfronterizas; expresiones no estatales de regulación social, supuestamente capaces de gobernar mejor la economía global”, en Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 11.

¹⁹ *Ibidem*, p. 14.

²⁰ *Idem*.

Se busca también entender el nuevo orden económico-político social y la manera en que lo contrahegemónico se opone a los esquemas privatizadores y la invasión de las multinacionales, constituyéndose en el extremo crítico de los procesos mediante los cuales se logra la consolidación de normas globales jurídicas.²¹ Como ejemplo de lo anterior, se tiene justamente las demandas interpuestas por los pueblos indígenas ante los organismos que componen el sistema interamericano de derechos humanos, buscando la protección de sus derechos a la tierra, el territorio, el respeto a sus usos y costumbres, su identidad, cosmovisiones, pluriculturalidad, multiculturalidad, inclusive, frente a presuntas omisiones en términos de consulta previa por parte de sus Estados.

Volviendo a la propuesta de legalidad cosmopolita subalterna de De Sousa, debe aclararse que el cosmopolitismo *lato sensu* apunta a la convivencia²² y a diálogos entre distintos sitios que permiten que las personas ubicadas en lugares geográfica y culturalmente diferentes entiendan y encomien sus diferencias y busquen la concreción de sus propósitos. Sin embargo, en palabras del mismo autor, estas lógicas parecen no ser suficientes, en concreto, cuando se sigue reiterando el etnocentrismo reprochado, afectando el impulso de una percepción no occidentalizada de la dignidad humana o de los mismísimos derechos de los pueblos indígenas.²³

Se requiere entonces un tipo diferente de cosmopolitismo, uno subalterno, enfocado en la inclusión social y con carácter

²¹ Cfr. Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 citado en Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 16.

²² Entendido como “un conjunto de proyectos hacia la convivencia planetaria”, en Mignolo, Walter, “The Many Faces of Cosmo-Polis: Border Thinking and Critical Cosmopolitanism”, en Breckeridge, Carol *et al.* (eds.), *Cosmopolitanism*, Duke University Press, citado por Boaventura De Sousa Santos.

²³ Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 18.

contestatario,²⁴ una visión desde la mirada de los subalternos, de su comunidad. Es fundamental un análisis —desde abajo— del derecho en el marco de la globalización (y de sus instituciones jurídicas), reivindicando lo jurídico.

También debe ponerse a los actores sociales (indígenas, representados por sí mismos) más allá de lo estrictamente jurídico. No se trata simplemente de la edificación de un sistema internacional de derechos humanos como proyecto político a su favor, sino de la consolidación de un movimiento global edificado en la justicia social que reconozca la importancia del marco jurídico internacional, lo analice, critique y haga frente a los prejuicios liberales e individualistas, dando soluciones alternativas que se dirijan a la concepción colectiva de los derechos.²⁵

No debe omitirse los desafíos a que se enfrentan los pueblos indígenas respecto a tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; *so pena* de su pretendida inclusión, ésta ha quedado en cabeza de cada uno de los Estados, siendo que debe establecerse un núcleo básico de estos derechos, pensados desde sus lógicas culturales, cosmovisión, multiculturalidad. Por último, debe repensarse, cuestionarse la globalización hegemónico-neoliberal expuesta por De Sousa Santos, dotando de fuerza a los indígenas como actores sociales y pretendiendo una aproximación siquiera mediana al modelo cosmopolita subalterno (por utópico que esto parezca parezca).

Hecha esta crítica, se hará alusión a uno de los primeros casos en que la CoIDH se refirió al artículo 21 de la Convención.

²⁴ Cfr. Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002, p. 460.

²⁵ Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 24.

1. *Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*²⁶

Tal vez la sentencia sea uno de los precedentes jurisprudenciales más importantes de la CoIDH, no sólo por abordar el reconocimiento y protección de la propiedad comunal indígena, sino también porque se refirió al uso y goce de bienes por parte de las comunidades.

La CoIDH enunció que era evidente la existencia de normas que protegían y reconocían la propiedad comunal indígena en Nicaragua;²⁷ sin embargo, se advirtió que el Estado no contaba con un procedimiento adecuado para la titulación de la tierra comunal indígena ni se habían titulado tierras desde 1990, situación que reforzaba la idea de la ausencia de un procedimiento efectivo para la delimitación, demarcación y titulación de los territorios y tierras comunales indígenas. Se aludió expresamente a los bienes, entendidos éstos como cosas materiales apropiables²⁸ o aquello que pudiera conformar el patrimonio de un individuo (incluyendo muebles e inmuebles, elementos corpóreos e incorpóreos, así como cualquier otro objeto de carácter inmaterial con valor potencial).

Agotado este punto refirió que gracias a una interpretación escalonada de los instrumentos internacionales que pretenden la protección de los derechos humanos y teniendo en cuenta la previsión del artículo 29 (literal b de la Convención),²⁹ el artículo 21

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.

²⁷ Reforma a la Ley de Reforma Agraria, Ley No. 14, 13 de enero de 1986, *Gaceta*, núm. 8, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92a6ea87dac762406257265005d21f7/3e3b8d570e169d0a062570a1005781f1?OpenDocument>.

²⁸ *Ibidem*, párrafo. 144.

²⁹ "... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados", Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit*.

de la Convención aseguraba la salvaguarda del derecho a la propiedad de forma tal que abarcaba los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas en el contexto de la propiedad comunal, misma que también estaba prevista en la Constitución Política nicaragüense.³⁰

Se precisaron aspectos de la propiedad de las comunidades indígenas, enfatizando en la existencia de una tradición comunitaria respecto al modo de propiedad colectiva de la tierra, entendiendo —como se vio con antelación— que su pertenencia no se agotaba en un individuo, sino en un grupo. Igualmente, se mencionó que los indígenas —por existir— tenían derecho a vivir de manera libre en sus territorios. Además, su relación con la tierra debe reconocerse y comprenderse como el eje crucial de su vida, su cultura, integridad y subsistencia económica; no es simplemente una cuestión de producción y posesión, sino un elemento espiritual y material.

La posesión de la tierra indígena debería ser suficiente para que quienes no tengan un título real puedan acceder a un reconocimiento oficial de la propiedad. Concluyó la CoIDH, enunciando que a la luz del referido artículo 21 de la CADH el Estado nicaragüense vulneró el derecho al goce y uso de los bienes por parte de los integrantes de la comunidad Mayagna Awas Tingni, en la medida en que no se demarcó y delimitó la propiedad comunal; adicionalmente, porque hubo concesiones a terceros para el aprovechamiento de recursos y bienes situados en áreas colindantes con terrenos sobre los cuales debía recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.³¹

³⁰ Constitución Política de la República de Nicaragua, disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf, consultado el 17 de enero de 2020.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es, consultado el 12 de enero de 2021.

Se insiste en que dicha sentencia fue uno de los primeros casos en que la CIDH falló procurando la protección del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, constituyéndose como un precedente de vital importancia en la defensa de estas comunidades en el contexto latinoamericano, así como un avance para men- guar la “situación de sometimiento a la que han estado y están sujetos los pueblos indígenas de la región”.³²

2. *Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*³³

Al estudiar el alcance y contenido del artículo 21 de la CADH, asociado a la propiedad comunitaria de quienes inte- gran las comunidades indígenas, la Corte enfatizó en que debía tenerse presente el Convenio 169 de la Organización Interna- cional del Trabajo³⁴ (OIT), atendiendo a las reglas de interpreta- ción previstas en el artículo 29 de la CADH, mismas que facili- taban la comprensión de lo contenido en el artículo 21 conforme a los avances del sistema interamericano de derechos humanos y atendiendo al progreso en esta área en el derecho internacional de derechos humanos.³⁵ En este punto se insistió en una notoria conexión de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos (li- gados, a su vez, con la cultura), considerando además que todos debían ser salvaguardados por el referido artículo 21, en especial porque la cultura de estas comunidades correspondía a una for- ma particular de vida, ver, ser y actuar frente al mundo y tenien-

³² Red-DESC, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, dispo- nible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua#:~:text=Awas%20Tingni%20vs.,Nicaragua,acceso%20a%20 un%20recurso%20efectivo>, consultado el 10 de enero de 2021.

³³ CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, consultado el 11 de enero de 2021.

³⁴ ILO, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, dis- ponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/docu ments/publication/wcms_345065.pdf, consultado el 11 de enero de 2021.

³⁵ CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., pfo. 117.

do en cuenta que sus recursos naturales y tierras tradicionales “constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.³⁶

La Corte señala que los conceptos de posesión y propiedad de los pueblos indígenas tienen un significado colectivo que no están centrados en el individuo, sino en la comunidad; esta concepción de posesión y dominio sobre las tierras no atiende obligatoriamente a la noción clásica de propiedad, aunque también debe protegerse por vía del artículo 21 de la Convención Americana; invalidar el derecho al goce y uso de los bienes (que deben ser entendidos como cosas inmateriales apropiables o cualquier derecho que integre el patrimonio de una persona), soportado en usos, costumbres y cultura de cada pueblo, haría nugatoria esta protección.³⁷

Se concluye especificando que es deber del Estado la procuración de condiciones y medios jurídicos que permitan que los derechos de los pueblos indígenas puedan ejercitarse por los titulares correspondientes; así las cosas, el Estado tiene la obligación de asegurar que los individuos en situación de vulnerabilidad, discriminación y marginalización cuenten con “las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley...”.³⁸

3. *Sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam*³⁹

Aclarando que los integrantes del pueblo Saramaka componen una comunidad tribal con características culturales, econó-

³⁶ *Ibidem*, pfo. 118.

³⁷ *Idem*.

³⁸ CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=327&lang=es, consultado el 11 de enero de 2021.

³⁹ CIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, consultado el 11 de enero de 2021.

micas y sociales distintas a otros nichos de la población (por su relación con los territorios ancestrales y su regulación autónoma mediante costumbres, tradiciones y normas), la CIDH se refirió al derecho al uso y goce de la propiedad por parte de los pueblos tribales, de conformidad con el artículo 21 de la CADH.

Enunció que la conexión de los pueblos indígenas con sus recursos y tierras ancestrales debe ser salvaguardada mediante el precitado artículo 21. De hecho, las decisiones dictadas por este máximo tribunal se han fundado en la conexión de estos pueblos con la tierra y la garantía de subsistencia cultural y física. Además, le asiste a los Estados obligaciones positivas,⁴⁰ esto es, la adopción de medidas para la garantía del derecho a la tierra en condiciones plenas e igualitarias.

Insistió en la interpretación del artículo 21 de la Convención a propósito de la legislación interna de los derechos de pueblos indígenas en países como Paraguay y Nicaragua, conforme a los presupuestos jurídicos contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Paralelamente, se advirtió que Surinam no reconocía a los pueblos tribales el derecho a la propiedad comunal ni había ratificado el enunciado Convenio (aunque sí llevó a cabo este ejercicio respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Para el presente asunto no podía restringirse el derecho a la propiedad del pueblo Saramaka no sólo en virtud de los argumentos expuestos con antelación, sino incluso ante la evidente conexión espiritual existente de éstos con su territorio ancestral, el cual ha sido ocupado de forma tradicional. Esta comunidad debía ser protegida por el derecho internacional de los derechos humanos y el Estado estaba en la obligación material de garan-

⁴⁰ Es decir, obligaciones de hacer, de llevar a la práctica ciertas acciones. Cfr. Carmona, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017, pp. 1217 y 1228.

tizar, reconocer, respetar y proteger la propiedad comunal (entre otras razones, por su condición titular respecto a los recursos naturales, mismos que garantizan su subsistencia e identidad cultural). Lo anterior, permite la garantía de la seguridad y un control permanente de los recursos naturales por parte de estas comunidades.

Se explicitó que la protección del derecho a la propiedad en el escenario del artículo 21 no es absoluta. Pese a que la Corte reconoce la interconexión entre el derecho que tienen los miembros de los pueblos indígenas al uso y goce de la tierra y el derecho a los recursos necesarios para su sobrevivencia, estos derechos a la propiedad⁴¹, como ocurre con algunos otros de los derechos previstos en la Convención, están sujetos a límites y restricciones. En tal sentido, el artículo 21 de la Convención prevé que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. De ahí que la Corte haya considerado, conforme a este artículo, que el Estado puede restringir el goce y uso del derecho a la propiedad en caso de que: *a)* se establezca previamente por la ley; *b)* las medidas impuestas en este sentido sean necesarias y proporcionales, y *c)* tengan como finalidad la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.⁴² Así las cosas, el Estado puede limitar, en ciertos supuestos, los derechos de los integrantes de pueblos indígenas incluyendo sus derechos sobre los recursos naturales que se sitúen en el territorio.

IV. SENTENCIA *LAKHA HONHAT vs. ARGENTINA*: UN GIRO EN LA OMNICOMPRESIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA CADH

Antes de desagregar el que, en el sentir de la suscrita, fue un cambio importante en la interpretación que la CoIDH tenía frente al

⁴¹ CIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., p. 27.

⁴² Cfr. Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra, pfs. 144 y 145.

derecho a la propiedad (en este caso, comunal) de pueblos y comunidades indígenas y tribales, deben destacarse algunos aspectos trascendentes —y positivos— de la decisión en la pretendida defensa de los derechos de estos grupos en situación de vulnerabilidad; asimismo, hacer algunas precisiones frente al contenido general de la misma, con el propósito de ubicar al lector en el problema.

En esta oportunidad, la CoIDH se ocupó —como se verá— del estudio de un caso en el que se violó el derecho de propiedad sobre territorio ancestral de las comunidades indígenas agrupadas en la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lakha Honhat”; en efecto, el Estado no garantizó el acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral. Además de no contar con titulación, tampoco se emprendieron acciones reales que permitieran que menguara la deforestación del territorio indígena o en la que se consultara previamente a las comunidades afectadas respecto a la realización de obras públicas, la tala o la exploración de hidrocarburos, en especial, atendiendo a su impacto socioambiental.

Esta situación se tornó gravosa porque no sólo se había reconocido personería jurídica a la Asociación en mención, sino por la evidente mora en la entrega de tierras a los titulares; esto fue argumentado por las mismas comunidades indígenas que insistían en los retrasos de trabajo de los terrenos en términos de titulación y demarcación. La Comisión Americana de Derechos Humanos señaló la violación al título de propiedad de las comunidades en la medida que no se contaba con un procedimiento que lograra su reconocimiento efectivo.

La labor de la Corte estribó en determinar si la conducta del Estado garantizaba el ejercicio al derecho de propiedad; además, si se había materializado la afectación de los derechos a la alimentación, identidad cultural o ambiente. Se enfatizó que, en 2015, en virtud del nominado principio de seguridad jurídica, era indispensable la realización de los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante el establecimiento de medidas administrativas y legislativas que permitieran la creación de un

mecanismo idóneo para la “delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica” y los haga oponibles ante las propias autoridades estatales o frente a terceros.⁴³

La Corte refirió que las comunidades indígenas tienen derecho a un título de propiedad formal y que se brinde seguridad jurídica a la tenencia indígena respecto a acciones del Estado o terceros. Asimismo, señaló que pese a los acuerdos entre indígenas y criollos que habían sido refrendados por el Estado, la separación de la tierra y propiedad indígena de los criollos no se había logrado porque se mantenía la presencia criolla en los territorios.

Pese a que el Estado argentino reconoció el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, esto no bastaba si no se les dotaba de seguridad jurídica o si no era suficiente o adecuado para el ejercicio de ese derecho. Pese a los avances, no se encontró realmente satisfecho el derecho de propiedad, entre otras razones porque se precisaba el respeto y la observancia de la autodeterminación y autonomía.

El Estado argentino tenía serios problemas normativos y no contaban con la tutela efectiva de su derecho a la propiedad al punto de que, después de 28 años de reclamado, no se ha concretado en la práctica.

En este punto refiere la Corte, con relación al artículo 21 de la Convención, que el Estado —frente a actividades u obras que se adelanten en territorio indígena— debe atender a los requisitos comunes a la limitación al derecho de propiedad por razones de interés social o utilidad pública, además de garantizar la participación de los pueblos de conformidad con sus tradiciones y costumbres; que no se expida ninguna concesión al interior del territorio salvo que entidades capaces e independientes, supervisadas por el Estado, surtan algún estudio previo de impacto ambiental y asegurar que las comunidades indígenas sean beneficiarias en

⁴³ CIDH, caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, pfo. 133, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf, consultado el 11 de enero de 2021.

el plan que se adelanta en su territorio.⁴⁴ Todo lo anterior permite concluir que el Estado incumplió la obligación de generar y concretar mecanismos que condujeran a la consulta informada y libre de las comunidades indígenas perjudicadas, dando lugar a la violación al derecho a la propiedad y a la participación, en contravía de lo previsto en el artículo 21 y 23 de la CADH (con relación al artículo 1.1. del tratado).

Hecha esta consideración, se ocupa de la violación al artículo 26 de la CADH, y es justamente aquí donde se considera hubo una variación importante en la forma en que se había abordado históricamente el derecho a la tierra, como se analizará en el epílogo de este escrito. Se cita textualmente la disposición normativa en mención, así:

Desarrollo progresivo: los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados⁴⁵ [cursivas añadidas].

La Corte manifestó contar con la competencia para establecer la vulneración al artículo 26 de la CADH, mismo que pretende la salvaguarda de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA),⁴⁶ precisándose para su comprensión las normas hermenéuticas enunciadas en el artículo 29 convencional;

⁴⁴ *Ibidem*, pfo. 174.

⁴⁵ CADH, *op. cit.*

⁴⁶ OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp, consultado el 12 de enero de 2021.

se aplica esta norma sin asumir competencias sobre tratados ni concediendo jerarquías a otras normas contenidas en instrumentos asociados a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Procedió entonces con el estudio de la violación del derecho al agua, invocando el principio *iura novit curia*;⁴⁷ enunció que estaba protegido por el artículo 26 de la CADH y que era conexo con otros derechos, entrañaba libertades y debía ser tratado como un bien cultural y social. Reconoció que era el primer caso en el que se pronunciaba sobre éste y los derechos al medio ambiente sano, participación en la vida cultural y alimentación adecuada, de conformidad con el artículo 26 de la CADH. Con relación al derecho al medio ambiente sano, se refirió al principio de prevención de daños ambientales; asimismo, a la ratificación hecha por Argentina respecto a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.⁴⁸ Manifestó que varios derechos pueden afectarse en virtud de problemas ambientales (con mayor evidencia en grupos en situación de vulnerabilidad, *v. gr.* los indígenas).

Frente al derecho a la alimentación adecuada, señaló su reconocimiento en sendos instrumentos internacionales, enfatizando que goza de jerarquía constitucional y, por ende, los Estados están obligados a respetarlo y garantizarlo.

Igualmente, el derecho a la participación de una vida cultural favorece no sólo el desarrollo integral de los pueblos, sino incluso a la visibilidad de los marginados en la población.

⁴⁷ Este principio “permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable, se analizará esta conducta bajo el marco del derecho al debido proceso administrativo”, en Corte Constitucional, Sentencia T-851/10, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-851-10.htm>, consultado el 20 de enero de 2021.

⁴⁸ OAS, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Hechas estas precisiones en torno a cada uno de los derechos en mención, se refirió el máximo tribunal a la interdependencia de los mismos y su relación con el asunto (la salvaguarda de la capacidad productiva de los recursos y tierras, así como la manutención de la cultura). Asimismo, aludió a la situación fáctica en el contexto de violación de los derechos de las comunidades indígenas, así:

En el sentir de la Corte, toda vez que los hechos del presente caso advierten la presencia de criollos en el territorio indígena y el despliegue de actividades que los impactaron, se pretendió establecer si este impacto generó el menoscabo de ciertos derechos y dificultó el goce de la propiedad; además, si existió algún tipo de responsabilidad estatal.

Señaló la CoIDH que el derecho al medio ambiente se encuentra asociado a otros derechos; la existencia de amenazas ambientales puede repercutir negativamente en la alimentación, el agua y la vida cultural. La alimentación, a su turno, es necesaria para gozar de otros derechos y puede pender de factores ambientales y culturales; es un rasgo distintivo de los grupos sociales y está comprendido en la protección del derecho a la identidad cultural. Esto es aún más evidente tratándose de pueblos indígenas respecto a las normas que demandan la protección de su ambiente, la salvaguarda de la productividad de sus tierras, recursos y la manutención de su cultura, economía de subsistencia y tradiciones.

En este orden de ideas, la falta de acceso a recursos naturales y territorios expone —en el sentir de la Corte— a los miembros de las comunidades indígenas a la violación de sus derechos humanos, perjudicándolos en su proyecto de vida y costumbres. Aunque el Estado considera que no existió daño ambiental y que, dentro del presente asunto, no logró comprobarse desnutrición o déficit alimentario (exponiendo que fueron las propias comunidades las que introdujeron cambios en su forma de vida) estima

el tribunal que dicha afirmación evidencia un entendimiento restrictivo o limitado de los derechos en cuestión, toda vez que no consideró la interdependencia de los mismos ni las particularidades de los pueblos indígenas.

De hecho, sí existió un impacto ostensible en los modos de vida de las comunidades indígenas con relación a su territorio. Al no reconocer la propiedad comunal indígena, pudieron vulnerarse otros derechos conexos como la identidad cultural, la alimentación y la supervivencia en tanto pueblo.

Adicionalmente, en la medida en que el Estado no garantizó el derecho a la propiedad —adecuadamente— se vieron afectados esos derechos. A manera de ejemplo de lo dicho se tiene que: la ganadería vacuna de los criollos pudo acelerar el deterioro ambiental e impactar en la fauna silvestre, incidir negativamente en las fuentes hídricas, propiciar la erosión de las cabeceras de cuenca y afectar la subsistencia de las culturales indígenas dependientes de éstas; lo anterior sin perjuicio de la tala indiscriminada probada pericialmente por la CoIDH en el caso objeto de estudio.

Producto de esta degradación ambiental, los recursos escasearon y los indígenas se vieron abocados a consumir alimentos industrializados. Además, el agua destinada para su consumo tenía que compartirse con los criollos, alterando sus formas de vida, hábitos social e individualmente considerados, prácticas y concepciones económicas; asimismo, la interferencia de estos últimos —que jamás fue consentida— impidió el disfrute de su territorio ancestral, afectó bienes ambientales y naturales del territorio e incidió en la forma tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y el acceso al agua. También lesionó la identidad cultural asociada a recursos alimentarios y naturales.

Igualmente, toda vez que el Estado tenía conocimiento de la situación y no adoptó las acciones destinadas a remediarla (especialmente porque continuaba la presencia del ganado de los criollos), se llegó a la conclusión que el Estado no garantizó a las

comunidades indígenas la posibilidad de determinar las actividades de sus territorios.

Esbozados estos argumentos, se concluyó que sí hubo un impacto significativo en el *modus vivendi* de las comunidades indígenas, no sólo por la ausencia en la provisión de títulos de dominio que permitieran el reconocimiento de una especificidad cultural y étnica de las comunidades, sino por una inefectiva protección al derecho de propiedad; no basta la adopción de acciones, también se requiere que éstas sean efectivas. El Estado argentino se mostró incapaz de garantizar el derecho a las comunidades indígenas en lo concerniente a la participación de la vida cultural, disfrute de un ambiente sano, así como el acceso a agua y una alimentación adecuada en el marco del artículo 26 de la CADH.

Considerado este asunto ¿hubo un cambio en la posición jurisprudencial de la CIDH frente a la protección a los derechos a la propiedad comunal y a la tierra, concretamente, al conectar el asunto con el artículo 26 de la CADH? ¿qué implicaciones podría tener esta mutación?

Indudablemente la Corte, en esta oportunidad, no abordó el caso, como venía haciéndose, en el marco del artículo 21 de la CADH, sino que se extendió ostensiblemente en la interpretación del asunto en el marco del artículo 26 de la precitada Convención, con dirección a la protección de los DESCAs.

Se considera que en el caso concreto el máximo tribunal se paró el derecho a la tierra, que declara vulnerado desde la óptica del artículo 21 de la CADH (derecho a la propiedad) del derecho al territorio (mismo que asoció al artículo 26 del instrumento internacional referido a los derechos sociales, culturales, económicos y ambientales), pese a que jurisprudencialmente se vinculaban estos derechos. Se explica este punto: en términos del derecho a la tierra, refirió el máximo tribunal que el derecho a la propiedad comunal reconocido mediante el artículo 21 de la Convención implica la concesión de un título de propiedad formal que dote de seguridad jurídica a la tenencia de la tierra por parte de los indígenas y frente a terceros; respecto al derecho al

territorio, aludió al impacto sobre los recursos naturales que produjo la degradación ambiental y favoreció la vulneración de los derechos al ambiente, agua, alimentación (éstos, conexos entre sí).

Este tratamiento y protección individualizada de los derechos a la tierra y al territorio, o mejor: la separación de ambas categorías conceptuales es, a lo sumo, polémica; en efecto, podría favorecer su protección diferenciada, en concreto, si se tiene en cuenta que la vulneración de los bienes y la vida cultural podrían vincularse con el goce del derecho al territorio, pero no en todos casos, asociarse con el derecho a la propiedad.

Sería un poco apresurado señalar que la corte erró al pretender dirigir su discurso hacia la justiciabilidad de los DESCAs; sin embargo pudieron obviarse los avances tan enormes que se tenían en la materia hasta antes de la expedición de este último precedente, toda vez que en las jurisprudencias que le antecedieron, la Corte se adentró siempre en el entendimiento del derecho a la propiedad comunal, en las particularidades de este derecho, su alcance, contenido, margen de aplicación; además, refería que este derecho comprendía la seguridad geográfica (en términos de la demarcación, reconocimiento y titulación de las tierras), así como sendos derechos del tipo: identidad cultural, consulta (por ejemplo, en el caso contra la República de Nicaragua, la Corte concibió este derecho, en cuanto unión de los pueblos con sus tierras, como cimiento de su vida espiritual, cultural, subsistencia económica e integridad) entre la propiedad indígena y la identidad cultural. Aquí se abordó someramente el artículo 21 que era, por naturaleza, el núcleo argumentativo fundamental de las sentencias de la CoIDH.

Se considera que la interpretación que se hacía desde la óptica exclusiva del artículo 21, favorecía la triangulación de las categorías recursos, tierra, cultura, supervivencia y la fundamentación no sólo jurídica, sino también social y antropológica del asunto, atendiendo al carácter especial de los pueblos y comu-

nidades indígenas (por sus diversas formas de vivir, tradiciones, sistemas normativos, lenguas).

Si bien se pretendía la protección de estas poblaciones a través de los DESCAs, lo que pudo lograrse en realidad fue una división entre la interpretación del derecho a la tierra y al territorio. Se aclara que aunque ello no es del todo desfavorable en la medida que potencia la defensa de componentes de la naturaleza asociados a los colectivos indígenas, más allá de su tierra y extensión territorial (su propiedad), posibilitaría un escenario en el que sin que se reconozca el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas (esto es, al manejo de sus tierras), se considere vulnerado el derecho al acceso a recursos naturales.⁴⁹ Esta situación podría tornarse compleja en un contexto global hegemónico-liberal en el que es evidente la tensión entre derechos de los pueblos indígenas e interés de la conservación ambiental.

Sin ánimo de desconocer la importancia que tuvo el reconocimiento de los DESCAs en el caso concreto, esto no impide reflexionar frente a lo que aquí se expuso respecto a la interpretación dada por la Corte de los derechos y prerrogativas contenidos tanto en los artículos 21 y 26 de la CADH. Es preciso entonces ahora, en el marco de esta división, tener absolutamente claro qué se entiende por “derecho a la tierra” y “derecho al territorio” en el sistema interamericano de derechos humanos. Una inadecuada delimitación de estas categorías conceptuales o un ejercicio hermenéutico limitado al entendimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el marco de los DESCAs, podría debilitar el reconocimiento del derecho a la tierra; de hecho, en el evento de resolverse cuestiones indígenas vía derecho al territorio (DESCA), sin referirse a la potencial violación de derecho a la propiedad, puede verse comprometida la inmediatez en la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas.

⁴⁹ Montalván, Digno, “La protección de la tierra y el territorio desde los derechos humanos: la polémica planteada en el caso *Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*”, *RIVERS. Water/Human Rights beyond Human*, Madrid, Universidad Carlos III, 2020.

Recuérdese el carácter progresivo de que trata el artículo 26 de la CADH *vs.* la garantía inmediata del derecho a la propiedad comunal de que trata el artículo 21; como lo sostuvo en su oportunidad el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, dado que “los DESCAs por naturaleza son derechos que dependen en su satisfacción de la existencia de condiciones materiales”⁵⁰ y que no cuentan con un tratamiento uniforme, podría propiciarse un tratamiento heterogéneo en la materialización de estas obligaciones o cuestionarse su efectividad, en especial, al desconocer si el Estado cuenta con políticas públicas o mecanismos suficientes para satisfacer los derechos demandados con carácter de inmediatez.

V. CONCLUSIONES

Los derechos de propiedad de pueblos indígenas y tribales sobre los territorios equivalen a los derechos de propiedad privada de los no indígenas; aquí es evidente la conexión entre pueblos indígenas, tierra y recursos. Estos derechos son colectivos; su titularidad implica la posibilidad de uso y goce de los bienes por parte de estas comunidades. Es necesaria la inserción de medidas legislativas que atiendan al aspecto colectivo enunciado con antelación y que, además, favorezcan el ejercicio de todos sus derechos, en especial, ante la existencia de la Convención 169 de la OIT.

Los pueblos indígenas, históricamente marginados y parcialmente afectados por una globalización hegemónico-liberal, deben ser vistos ahora como verdaderos actores sociales; es importante hacer relevante su identidad, cosmovisión y realidad sociohistórica. Además, es necesario atender a sus verdaderas necesidades, dotarlos de voz, coadyuvar a que se representen a sí mismos y entender a qué desafíos se ven enfrentados. Es pre-

⁵⁰ CEJIL, voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, caso *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, disponible en: <https://summa.cejil.org/pt/entity/5j9zsnzydvm?page=1>, consultado el 20 de enero de 2021.

ciso superar el espectro y las brechas de este proceso con miras a lograr la reivindicación real de estos colectivos y la materialización de sus derechos; además, impulsar su participación como extremo crítico, con una visión ajena a la occidentalización y el etnocentrismo.

El artículo 21 de la CADH (relativo a la propiedad privada) resulta aplicable a los pueblos y comunidades indígenas y tribales; esta disposición permite el uso y goce de sus bienes. La CIDH se refirió a esta disposición normativa en sendos casos, incluyendo: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Adicionalmente, se refirió a la relación de la tierra como un pilar fundamental para el constructo de su vida, cultura, integridad y realización espiritual, a la importancia de la delimitación y demarcación de la propiedad. Sin embargo, pese al tratamiento transversal del citado artículo 21 en las sentencias relacionadas con la propiedad comunal indígena, en el caso de reciente *Lakha Honhat vs. Argentina*, la CIDH se avocó al estudio de la justicia-bilidad de los DESCA a propósito del artículo 26 de la CADH. Aunque el propósito principal era determinar si el Estado había adelantado todas las acciones tendentes a la garantía del derecho a la propiedad de estos pueblos y se les había dotado de seguridad jurídica, la Corte se extendió en la comprensión de cómo se había concretado una violación de los derechos a la alimentación, agua, participación cultural y medio ambiente sano. Este cambio pudo representar, en la práctica, una diferenciación en el trato entre el derecho a la tierra y el derecho al medioambiente, además, afectar la protección inmediata de los derechos de los pueblos indígenas, en términos del carácter progresivo de los DESCA.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARMONA, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, UNED, septiembre-diciembre de 2017.
- CASTAÑO, Héctor, “Globalización neoliberal y recomposición de la hegemonía norteamericana”, *Economía y Desarrollo*, Cuba, vol. 143, núm. 1, enero-junio de 2008.
- CEJIL, “Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, caso *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*”, disponible en: <https://summa.cejil.org/pt/entity/5j9zsnidydm?page=1>.
- CIDH, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf
- CIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.
- CIDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- CIDH, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.
- CIDH, caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf.
- CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.VI.htm#:~:text=65.,de%20los%20Estados%5B177%5D>.

- CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004.
- CIDH, Informe No. 75/02, caso 11.140, *Mary y Carrie Dann*, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.
- CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 2 de junio de 2000, cap. X, pfo. 16.
- CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.
- CIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf.
- CIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es, consultado el 12 de enero de 2021.
- FERNÁNDEZ, Juan, *La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- GONZÁLEZ SERRANO, Andrés y SANABRIA MOYANO, Jesús, “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Bogotá, vol. 8, núm. 2.
- RED-DESC, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua#:~:text=Awas%20Tingni%20vs.,Nicaragua,acceso%20a%20un%20recurso%20efectivo>.
- RUIZ, Osvaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, núm. 118, México, enero-abril de 2007.

- SOUSA SANTOS, Boaventura de y RODRÍGUEZ GARAVITO, César,
El derecho y la globalización desde abajo, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Anthropos, 2007
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Toward a New Legal Common Sense*,
Londres, Butterworths, 2002.