

# Cultura de la legalidad y derechos humanos. El caso de la propiedad comunitaria indígena en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

## Culture of Lawfulness and Human Rights. Indigenous community property in the Interamerican Court of Human Rights' judgments

Gonzalo Candia Falcón  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
ORCID ID 0000-0003-2557-0117  
[gfcandia@uc.cl](mailto:gfcandia@uc.cl)

Alonso Muñoz Villalobos  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
ORCID ID 0009-0002-9087-2701  
[aimunoz6@uc.cl](mailto:aimunoz6@uc.cl)

### Cita recomendada:

Candia Falcón, G., y Muñoz Villalobos, A. (2025). Cultura de la legalidad y derechos humanos. El caso de la propiedad comunitaria indígena en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 197-229.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2025.9492>

Recibido / received: 23/05/2023  
Aceptado / accepted: 14/11/2023

### Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar la relación existente entre la cultura de la legalidad y el sistema interamericano de derechos humanos. Los autores argumentan que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden influenciar de forma positiva el desarrollo de la cultura de la legalidad dentro



de los Estados miembros, siempre que aquellas sentencias cumplan los presupuestos mínimos de estado de derecho. El trabajo analiza el desarrollo jurisprudencial, por parte de la Corte, en relación con el derecho de propiedad indígena para ilustrar, precisamente, cómo decisiones que no realizan suficientemente exigencias básicas de certeza jurídica y determinación terminan por limitar el impacto positivo que aquellas podrían producir para la cultura de la legalidad de cualquier Estado.

### Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cultura de la Legalidad, derecho a la propiedad privada, propiedad indígena, estado de derecho, terceros de buena fe.

### Abstract

*The present article aims to analyze the relationship between the culture of legality and the Inter-American System of Human Rights. The authors argue that the decisions of the Inter-American Court of Human Rights can positively influence the development of the culture of legality within the States Parties, provided that they meet certain Rule of Law requirements. The body of decisions developed by the Court, regarding indigenous property rights, is analyzed to precisely illustrate how judgments—which do not sufficiently realize basic requirements of legal certainty and determination—, finally limit the positive impact that those decisions may produce for any national culture of legality.*

### Keywords

*Inter-American Human Rights System, Inter-American Court of Human Rights, Indigenous property, Rule of law, bona fide third parties.*

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos. 1.2. La cultura de la legalidad en el contexto del sistema regional de protección de derechos humanos. 1.3. El impacto del sistema interamericano en la cultura de la legalidad de la región: las exigencias de estado de derecho. 2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de propiedad indígena: impactando la cultura de la legalidad de los Estados. 2.1. La propiedad comunal indígena: un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.1.1. La propiedad comunal indígena: sus obligaciones principales para los Estados. 2.2. Conclusión. 3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de propiedad indígena: analizando el cumplimiento de las exigencias de estado de derecho en relación con la problemática planteada por derechos de terceros. 3.1. Una propuesta metodológica: definiendo escenarios complejos para evaluar el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cultura de la legalidad local en materia de propiedad. 3.2. Primer criterio. 3.2.1. Descripción del primer criterio. 3.2.2. Evaluación del primer criterio. 3.2.3. Necesidad de clarificar el alcance de la sentencia. 3.3. Segundo criterio. 3.3.1. Descripción del segundo criterio. 3.3.2. Evaluación del segundo criterio. 3.3.3. Desarrollos posteriores en torno a la temática. 3.4. Tercer criterio. 3.4.1. Descripción del tercer criterio. 3.4.2. Evaluación del tercer criterio. 3.5. Evaluación desde una perspectiva de estado de derecho. 3.6. Consecuencias de cara a la cultura de la legalidad. 4. Conclusión.

## 1. Introducción

La cultura de la legalidad es un concepto que, poco a poco –y, a merced de autores como el profesor José María Sauca Cano–, ha ido entrando dentro de nuestro lenguaje y concepciones jurídicas. Este es un concepto, evidentemente, complejo. En efecto, una cultura de la legalidad en forma supone la concurrencia de múltiples exigencias. Muchas de esas exigencias exceden el ámbito de lo estrictamente jurídico. Ahora bien, tradicionalmente, la cuestión acerca de la cultura de la legalidad ha sido examinada en contextos nacionales. Sin embargo, en el presente trabajo, los autores buscan dar cuenta de la estrecha relación existente entre la cultura de la legalidad y el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, este trabajo plantea que los órganos supervisores del sistema interamericano –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la CIDH») y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Corte IDH»)– buscan, por medio de sus decisiones, no sólo resolver casos particulares sometidos a su conocimiento, sino también coadyuvar institucionalmente al esfuerzo que los Estados nacionales desarrollan, dentro de sus jurisdicciones, para fortalecer una sana cultura de la legalidad.

Ahora bien, para que estos órganos puedan, en los hechos, influir positivamente en cualquier cultura de la legalidad a nivel nacional, es necesario que los pronunciamientos tanto de la CIDH, como de la Corte IDH, cumplan con una serie de requerimientos materiales, formales y procedimentales. En este contexto, y pese a la eventual discusión que pudiese existir en torno al tema, resulta del todo razonable aceptar que las decisiones –emitidas tanto por la CIDH, como por la Corte IDH– podrán influir positivamente en el desarrollo de la cultura de la legalidad de cada Estado en la medida que aquellos pronunciamientos realicen suficientemente aquellas exigencias de estado de derecho recogidas por Lon Fuller –bajo el epígrafe de *desiderata*– en su texto *La Moralidad del Derecho* (1969).

Ello, porque el cumplimiento de estas exigencias permite a los Estados nacionales comprender, de forma clara y precisa, cuál es el contenido de aquellas obligaciones desarrolladas para ellos, tanto por la CIDH, como por la Corte IDH, a partir del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, «la Convención»). Desde esta perspectiva, decisiones que resulten suficientemente determinadas, claras, prospectivas y consistentes, permiten a sus destinatarios –los Estados– conocer mejor el alcance de los deberes internacionales que éstos tienen para con las personas al interior de sus territorios. Precisamente, es ese adecuado conocimiento el que permite, en la práctica, hacer posible la implementación de las decisiones de la CIDH, y de la Corte IDH, al interior de las respectivas jurisdicciones estatales. Por el contrario, plantean los autores, decisiones que no responden suficientemente a las exigencias mínimas del estado de derecho, no son capaces de mejorar la comprensión que los Estados tienen de sus propias obligaciones en materia de derechos humanos y, desde este punto de vista, aquellas decisiones dificultan notablemente la comprensión que los Estados tienen de sus propias obligaciones, cuestión que, finalmente, en nada contribuye a una adecuada implementación de los pronunciamientos de los órganos del sistema. Ello, simplemente, porque esos pronunciamientos resultan tan vagos e indeterminados, en cuanto a sus contenidos, que su cumplimiento resulta un verdadero problema para sus principales destinatarios.

Los autores buscan dar cuenta de la tesis anteriormente planteada a través

de un ejemplo jurisprudencial al interior del sistema interamericano. En este contexto, aquellos plantean que, pese a las buenas intenciones que han orientado la práctica de la Corte IDH en el ámbito del reconocimiento y protección del derecho de propiedad indígena, el déficit técnico de estado de derecho, del cual adolecen algunas de sus decisiones en este ámbito, ha generado una serie de incertidumbres en ámbitos de crítica importancia. En efecto, las decisiones de la Corte IDH, que son recogidas en este trabajo, ofrecen respuestas muy vagas, e incluso contradictorias, en un área en la cual las definiciones precisas resultan críticas. En efecto, las decisiones de la Corte IDH, que son recogidas en este trabajo, ofrecen respuestas muy vagas, e incluso contradictorias, en un área en la cual las definiciones precisas resultan críticas. Ese ámbito refiere a la relación entre propiedad indígena y propiedad privada, relación que resulta abiertamente conflictiva cuando ambos derechos aparecen recayendo sobre un mismo territorio. En este respecto, se argumentará que, la ausencia de definiciones materiales o sustantivas en la materia por parte de la Corte IDH, no ha contribuido a que los Estados puedan recibir e incorporar del todo aquellos beneficios que, para la cultura de la legalidad, aparecen al interior de los fallos del tribunal interamericano.

Para justificar las posiciones planteadas en el presente artículo, los autores lo han dividido en tres secciones. En una primera sección se explicará la relación existente entre cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos, concluyendo que los órganos de este último buscan, por medio de sus pronunciamientos, apoyar el fortalecimiento de una sana cultura de la legalidad al interior de los Estados. En este contexto, se argumentará que el grado de influencia que los pronunciamientos de los órganos del sistema pueden adquirir de cara a la cultura de la legalidad local dependerá, entre otros factores, de la suficiente realización, por parte de la CIDH y de la Corte IDH, de las exigencias mínimas de estado de derecho universalmente aceptadas en la literatura. En una segunda sección, se explicará cómo la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el derecho de propiedad indígena a partir del artículo 21 de la Convención. Finalmente, en una tercera sección, este trabajo evaluará, desde una mirada de estado de derecho, la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al conflicto que podría presentarse entre un derecho de propiedad indígena y un derecho de propiedad individual cuando ambos aparecen confluyendo sobre un mismo objeto<sup>1</sup>. Dicha evaluación concluirá que, las problemáticas técnicas de estado de derecho contenidas en las sentencias de la Corte IDH en torno a esta materia, terminan por limitar de modo importante el impacto que aquellos pronunciamientos podrían tener para la cultura de la legalidad de cada Estado. Finalmente, se ofrecerá una conclusión.

---

<sup>1</sup> En el particular, toda vez que existen pueblos indígenas a lo largo de todo el continente americano, es dable mencionar que la génesis misma del problema de la superposición de títulos respecto de mismos inmuebles dependerá de la región en que se discuta. Así, en Canadá, aquello se ha intentado explicar, en opinión de Sanderson (2018, pp. 319-322), desde distintas perspectivas que han sido articuladas no sólo por la Corte Suprema de Canadá, sino que también por otras magistraturas de la *Commonwealth*, clasificables en cuatro categorías: descubrimiento, conquista, tratados y prescripción, todas las cuales serían, en todo caso, inaplicables en el contexto canadiense, debido a la ausencia de guerras con los pueblos originarios, el rechazo a la noción de la adquisición por conquista y la oposición por parte de terceros que eliminaría la posibilidad de prescripción. Tampoco sería posible hablar de «descubrimiento», noción propia de la doctrina romana de la *terra nullius*, inaplicable si se considera que los territorios estaban, efectivamente, ocupados por pueblos indígenas.

### 1.1. Cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos

La cultura de la legalidad supone una forma particularmente virtuosa de relación entre exigencias de naturaleza sustantiva y adjetiva o formal, las que están llamadas a combinarse de forma tal de promover una serie de valores que permiten afirmar la legitimidad de las condiciones asociadas a la vida de una determinada comunidad política. Desde esta perspectiva, la cultura de la legalidad está integrada por elementos que por un lado se podrían denominar descriptivos y, por otro, normativos. Cuando la referida sinergia entre aspectos sustantivos y formales pasa a ser virtuosa, esta circunstancia no solo permite que la legalidad opere en forma, sino también que aquella sea revestida de una necesaria legitimidad de cara a sus destinatarios, sobre todo si se tiene a la vista que la idea de cultura de la legalidad tiene ínsita dentro de sí distintas condiciones de legitimidad, las cuales estarían principalmente vinculadas a «procesos sociales de producción de justificaciones frente a fundamentaciones racionales de carácter apriorístico» (Saucá Cano, 2010, p. 20).

En cuanto las exigencias de la cultura de la legalidad, cabe afirmar que las mismas son diversas en su forma y origen. En ella concurren no sólo aspectos que los abogados conciben como críticos –derechos humanos y estado de derecho, por ejemplo–, sino que, además, dicha cultura está integrada por un amplio margen de exigencias politológicas, sociológicas, institucionales e, incluso, económicas. Así, por ejemplo, toda cultura de la legalidad también reconoce en la democracia un aspecto fundamental del desarrollo de una comunidad, en la medida que actúa como un legitimador relevante de justificación desde el ámbito político. La fundamentación de esto se encuentra en que los elementos que componen la cultura de la legalidad se vinculan estrechamente con las ideas de estado de derecho y de democracia (Saucá Cano, 2010, p. 14). De esta forma, ambas nociones resultan prácticamente indisociables la una de la otra. Así las cosas, los valores de la democracia son parte fundante de la cultura de la legalidad.

### 1.2. La cultura de la legalidad en el contexto del sistema regional de protección de derechos humanos

Si bien, tradicionalmente, se ha hablado de cultura de la legalidad en contextos nacionales, es necesario reconocer que las virtudes propias de la cultura de la legalidad también impactan las decisiones tomadas por los órganos de la comunidad internacional. Ello, particularmente, si esta última busca, a través de sus distintas instituciones y mecanismos, reforzar aspectos que resultan fundamentales para la cultura de la legalidad de las comunidades políticas nacionales, como lo son la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho. De hecho, estas exigencias de cultura de la legalidad –que permiten justificar la acción de las autoridades nacionales desde un punto de vista político y jurídico– también permiten legitimar la operación de la institucionalidad internacional de cara a los Estados y a sus ciudadanos.

Desde esta perspectiva, las exigencias de toda cultura de la legalidad no pueden resultar indiferentes a la institucionalidad de la cual se ha dotado la comunidad internacional y, en particular, si esta institucionalidad tiene por propósito concreto promover los derechos humanos a nivel tanto universal como regional. Tanto es así que, en el contexto latinoamericano, el preámbulo de la propia Convención da cuenta que el propósito del sistema interamericano no es otro que el

de «consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Ello, porque el sistema busca, a partir de la protección de los derechos humanos, reforzar una sana cultura de legalidad al interior de los Estados partes de la Convención. La adecuada comprensión de esta finalidad es la que permite, además, entender el alcance del carácter «complementario» que el mismo preámbulo de la Convención atribuye al sistema interamericano de derechos humanos.

La existencia de una cultura de la legalidad al interior de las comunidades nacionales ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH, institución que ha manifestado que toda estructura de legalidad supone siempre la combinación de un conjunto de factores complejos cuya operación, en los hechos, resulta indivisible. Así, por ejemplo, en sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-18/03, la Corte IDH afirmó que «[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (OC- 8/87, párr. 26), por lo que «el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables» (OC-8/87, párr. 24). De igual manera, la Corte IDH —en cuanto el órgano judicial del sistema— ha buscado asumir sus responsabilidades, en relación con la promoción de la cultura de la legalidad al interior de las comunidades nacionales, a través del reforzamiento de su propia autoridad frente a los Estados. En este escenario, la Corte IDH se ha atribuido a sí misma el carácter de «intérprete último de (...) [la Convención].» (Bazán, 2014, p. 233). Así las cosas, el tribunal interamericano ha exigido que los órganos nacionales, particularmente los tribunales, al momento de aplicar la normativa interna del Estado, lo hagan «teniendo en cuenta (...) los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana»<sup>2</sup>. Luego, ese «control de convencionalidad» implementado por las autoridades domésticas se debe realizar «tomando en consideración (...) la lectura que [de la Convención] ha realizado la Corte.» (Bazán, 2014, p. 233). De esta forma, la autoridad nacional y, en particular, la judicial, deberían buscar «integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (...) y los estándares desarrollados por la jurisprudencia» (Nash, 2013, p. 494)<sup>3</sup>.

A la luz de las referencias expuestas, es claro que la Corte IDH busca, por medio del fortalecimiento de su autoridad al interior del sistema interamericano, influir en la construcción de las legalidades domésticas en la región. Esto no es extraño en el contexto internacional, habida cuenta que:

Tienen tal importancia las decisiones judiciales para el desarrollo del derecho internacional, que parte de la doctrina ya habla de un sistema de precedente de facto o blando. Esto quiere decir que, sin llegar a conformarse al principio del *stare decisis*, las resoluciones de los tribunales internacionales constituyen argumentos de autoridad que difícilmente pueden ser desestimados con posterioridad (López, 2017, p. 137).

Todo esto se traduce en que la CIDH, y la Corte IDH, están llamados no sólo a promover, sino también a proteger las garantías convencionales de las personas, a través de una labor que permita hacer efectivas las obligaciones internacionales

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 13 de marzo de 2023, párrafo 69.

<sup>3</sup> En el mismo sentido: Galdámez (2014, p. 336); Nash y Núñez (2017, pp. 16-17); Díaz (2020, p. 313).



de derechos humanos a las cuales los Estados están sujetos. Si el desarrollo subsecuente de esta labor trae consigo el desarrollo del sistema jurídico que están llamados a implementar, solamente una labor de excelsa calidad técnica permitirá a aquellos órganos desarrollar dicho sistema en un sentido positivo para la cultura de la legalidad en la región latinoamericana y, a contrario sensu, una labor técnica deficiente traerá consigo un retroceso en materia de cultura de la legalidad.

### 1.3. El impacto del sistema interamericano en la cultura de la legalidad de la región: las exigencias de estado de derecho

Ahora bien, para que los Estados puedan «integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos [...] y los estándares desarrollados por la jurisprudencia» (Nash, 2013, p. 494), es necesario, ante todo, que las decisiones de los órganos del sistema sean pronunciadas en términos tales que aquellas permitan fortalecer, tanto para los Estados, como para los ciudadanos, la adecuada comprensión acerca de cuáles son las exigencias y garantías que el derecho interamericano de derechos humanos establece respecto de ellos. Sólo esa adecuada comprensión del derecho permitirá crear ese conjunto de condiciones de certeza y seguridad jurídica necesarias para la implementación, por parte de los Estados, de los estándares de derechos humanos desarrollados por el sistema. Por el contrario, si las decisiones de los órganos del sistema no son capaces de ofrecer esas certezas en torno a los contenidos del derecho interamericano de derechos humanos, lo más probable es que los Estados se vean, en la práctica, imposibilitados de implementar esas decisiones. Ello, simplemente, porque las vaguedades, indefiniciones o contradicciones de estas últimas dificultan severamente la comprensión del objeto de su pronunciamiento, cuestión que está lejos de contribuir al perfeccionamiento de la normativa interna del propio Estado. En efecto, y a pesar del mandato convencional, es probable que, en las condiciones señaladas, los Estados terminen por abstenerse de implementar decisiones que generen, dentro de sus jurisdicciones, espacios de inseguridad jurídica que terminen por dañar la cultura de la legalidad al interior de los mismos.

En resumen: la cultura de la legalidad existente al interior de los Estados nacionales se verá beneficiada de la acción de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en la medida que estos desarrollen las garantías recogidas en los instrumentos regionales de una forma que perfeccione la comprensión del sentido y alcance del derecho interamericano de derechos humanos. Sólo decisiones de esta naturaleza permitirán fortalecer el entendimiento del sentido y alcance del derecho a nivel regional y reforzar la legitimidad del accionar de los órganos del sistema vis a vis los Estados y los ciudadanos.

Ahora bien, para desarrollar el corpus iuris de derechos humanos en la dirección señalada, es necesario que los órganos del sistema interamericano realicen suficientemente las exigencias del estado de derecho en sus decisiones. Desde esta perspectiva, los desiderata del estado de derecho planteados por Lon Fuller permiten obtener una mirada integrada del cómo ha de ser el derecho en tanto producto de la labor de los órganos del sistema.

Fuller sostuvo haber identificado ocho virtudes esenciales que, consideradas en su conjunto, vienen a constituir condiciones de existencia de todo ordenamiento jurídico (Candia, 2017, p. 183). Estas son, a saber: la generalidad, la publicidad, la

prospectividad, la claridad, la coherencia, la posibilidad de ser cumplidas por sus destinatarios, la estabilidad y la congruencia entre la norma preestablecida y su aplicación por parte de las autoridades (Fuller, 1969, pp. 33-91). Solamente en la medida en que se cumpla con estos corolarios, las decisiones de los órganos del sistema permitirán perfeccionar la comprensión del derecho aplicable y, desde esa perspectiva, facilitarán su implementación por parte de los Estados.

Por el contrario, si las decisiones de los órganos del sistema no cumplen suficientemente con este mínimo, entonces aquellas producirán un derecho que estará lejos de contribuir a facilitar la comprensión del alcance material del ordenamiento regional de derechos humanos. Consecuencia de ello será que el derecho administrado por la CIDH y la Corte IDH tendrá menos capacidad de orientar la acción de los Estados mediante las reglas que aquel mismo impone. Esto, porque si los pronunciamientos de, por ejemplo, la Corte IDH, no son claros, los destinatarios de aquellos no estarán en condiciones de saber qué es lo que esta institución exige de ellos frente a situaciones concretas. Igual cosa ocurriría si la Corte IDH resolviera los casos, sometidos a su conocimiento por la CIDH, por medio de sentencias cuyos contenidos no resultan coherentes con otras decisiones previas del mismo tribunal. En un caso como el señalado, los Estados no podrían saber con propiedad cuál es la regla que deben seguir, lo que trae como consecuencia la imposibilidad para el obligado en orden a orientar su conducta a futuro.

Por tanto, una jurisprudencia generosa en término de reconocimiento de derechos –como lo es aquella del sistema interamericano de derechos humanos– poco impacto real ocasiona en la cultura de la legalidad de los Estados nacionales si aquella no realizara de manera adecuada los desiderata del estado de derecho, porque los términos en los cuales esa jurisprudencia estaría elaborada no permitirían una adecuada comprensión de sus mandatos por parte de los obligados – los Estados– y los beneficiarios –los particulares–. En un escenario como éste, existe el riesgo de que el reconocimiento de los derechos en cuestión no tenga más valor que el de una mera declaración, sin ningún correlato práctico en la realidad, situación que, a su vez, puede traer aparejada consigo diversas consecuencias indeseables: (i) las autoridades estatales podrían disponer para sí de espacios de discrecionalidad delimitados deficientemente, lo que a su vez, podría frustrar el propósito de la protección de los derechos, (ii) las personas, o sus representantes, podrían eventualmente no disponer de las herramientas necesarias para conocer y comprender cuáles son las exigencias que pueden plantear a las autoridades dentro de sus respectivos Estados, o bien, (iii) la construcción deficiente de los derechos en cuestión podría ocasionar tal nivel de confusión que, en la práctica, su aplicabilidad se vería muy limitada al interior de los sistemas jurídicos nacionales. No es siquiera necesario explicitar las consecuencias negativas que estas tres hipótesis presentan desde la perspectiva de la cultura de la legalidad.

Si consideramos que una de las aproximaciones a la idea de cultura –y que por tanto, permea de una forma u otra la noción de cultura de la legalidad– es precisamente, aquella tomada desde un punto de vista analítico, dentro de contextos de elección que realzan su aptitud para «la configuración de los marcos de sentido moral que permiten la elaboración de planes de vida individuales» (Sauca Cano, 2010, p. 17), queda de manifiesto el problema de cultura de la legalidad que viene a representar el pronunciamiento de decisiones que no realicen debidamente los desiderata del estado de derecho. Ello, toda vez que, si se constata la insuficiente realización de aquellos, el producto de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH,



pese a sus buenas intenciones, no podrá erigirse como referencia suficiente a nivel regional para ordenar la conducta de los Estados y de los ciudadanos de acuerdo con pautas claras y estables, sino que por el contrario, se podrían introducir espacios de incertidumbre que son incompatibles con la demanda de una legalidad adecuadamente entendida.

En conclusión: en el contexto de la lógica y la finalidad del sistema interamericano de derechos humanos, tanto la CIDH, como la Corte IDH, tienen obligaciones bien precisas para con elementos esenciales que integran la cultura de la legalidad al interior de los Estados: promover y proteger los derechos humanos en la región, por medio de decisiones que realicen, al menos mínimamente, las exigencias de los desiderata del estado de derecho.

## **2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de propiedad indígena: impactando la cultura de la legalidad de los Estados**

A continuación, este trabajo examinará el desarrollo que la Corte IDH ha efectuado del derecho de propiedad indígena. Ello, con el propósito de evaluar si los desarrollos en cuestión dan cuenta de las exigencias del estado de derecho.

### **2.1. La propiedad comunal indígena: un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Desde una perspectiva de derechos humanos, la Corte IDH ha buscado impactar la cultura de la legalidad, existente en la región, en relación con la promoción de los pueblos indígenas y tribales. Es así como este tribunal ha buscado revalorar el papel que los pueblos indígenas representan –y han representado– en el contexto del desarrollo de la identidad latinoamericana<sup>4</sup>. En efecto, a través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha permitido a los Estados confrontar su relación con los pueblos indígenas. Esto, a través de la producción de una jurisprudencia que ha buscado, a lo largo del tiempo, generar una serie de obligaciones jurídicas para los Estados en favor, precisamente, de los pueblos indígenas de la región. Parte importante del reconocimiento jurisprudencial del valor de los pueblos indígenas está asociado al derecho de propiedad indígena, garantía establecida, precisamente, por la Corte IDH en sus sentencias<sup>5</sup>.

#### **2.1.1. La propiedad comunal indígena: sus obligaciones principales para los Estados**

El establecimiento de las obligaciones estatales en materia de propiedad indígena, por parte de la Corte IDH, no se desprende sino de una interpretación particular del

---

<sup>4</sup> Ver más sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y minorías nacionales en el Sistema Interamericano en Ruiz Chiriboga (2006).

<sup>5</sup> En opinión de Malarino (2010, p. 27), la Corte IDH comúnmente ha entendido que la Convención Americana es un instrumento viviente que debe interpretarse de forma evolutiva, progresiva o dinámica. Esto permite explicar, en parte, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho en comento. Por su parte, en concepto de Candia (2015), también se podría explicar porque los jueces, en muchos casos, deben resolver casos ubicados en una suerte de zona de «penumbra», de manera que la resolución implica el uso de una norma semánticamente indeterminada a un caso concreto. Finalmente, es del caso destacar que autores como Whittington (1999, pp. 5-16), Barnett (2004, pp. 118-130) y Sollum (2010, pp. 95-118) han señalado que es necesario distinguir entre la esfera de interpretación y la esfera relativa a la construcción.

tenor literal de la Convención (López, 2017, p. 138). En efecto, la construcción de la propiedad indígena, en cuanto derecho protegido, ha sido consecuencia del desarrollo que la Corte IDH ha llevado a cabo del artículo 21 de la Convención, el cual, en principio, únicamente reconocía la propiedad como un derecho individual.

En este sentido, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua de 2001 representa el caso seminal que dio origen al reconocimiento de la propiedad indígena por parte de la Corte IDH, pues el tribunal consideró que «el artículo 21 de la Convención proteg[ía] el derecho a la propiedad en un sentido que comprend[ía], entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal»<sup>6</sup>. Este reconocimiento fue completamente inédito, no sólo dentro de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, sino que también respecto de la generalidad de la jurisprudencia de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos, ya que ninguno había reconocido, hasta ese momento, un derecho de propiedad colectiva (Antkowiak y Gonza, 2017, p. 269).

Así las cosas, el derecho de propiedad comunal indígena se construyó sobre la base de dos piedras angulares. En primer lugar, la forma particular que la Corte IDH empleó para interpretar el artículo 21 de la Convención, toda vez que la misma magistratura expresó que el artículo en cuestión no podía ser interpretado de acuerdo con su literalidad sino que debía ser objeto de una interpretación que abordara el hecho de que «[los] tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales»<sup>7</sup>. En segundo lugar, por la aplicación que se hizo del artículo 29 letra b) de la Convención, el que dispone que ninguna norma contenida en el tratado podría ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes». En concordancia con esta regla interpretativa, la Corte IDH concluyó, en Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, que no podía ofrecer una lectura del artículo 21 de la Convención que no reconociera, necesariamente, la existencia de un derecho de propiedad indígena. Ello, por cuanto el derecho en cuestión ya había sido reconocido expresamente por parte del Estado, en su propia Constitución. Cualquier interpretación en contrario, indicó la Corte IDH, habría significado infringir la regla del artículo 29 letra b) de la Convención.

Esta misma doctrina fue reiterada por la Corte IDH en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay de 2005. En esta sentencia, se reafirmó que «tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana»<sup>8</sup>. Luego, a lo largo de los años, la Corte IDH ha continuado sosteniendo en sus sentencias la existencia de un derecho a la propiedad comunal indígena en el artículo 21 de la Convención, toda vez que las legislaciones de los distintos Estados denunciados ante el sistema – como Surinam, Paraguay, Brasil o Argentina – reconocían, de una u otra manera, la existencia de un derecho de propiedad indígena dentro de sus ordenamientos

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 148.

<sup>7</sup> Ibidem, párrafo 143.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 143.

jurídicos.

En la medida que el derecho de propiedad indígena ha sido una creación jurisprudencial de la Corte IDH, las obligaciones derivadas del reconocimiento de ese derecho también son producto de las sentencias del tribunal. En este sentido, dentro de las obligaciones que la Corte IDH ha atribuido a los Estados, es posible mencionar: la obligación de determinar las tierras indígenas<sup>9</sup>; la obligación de delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo a las tierras de la comunidad correspondiente<sup>10</sup>; el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva a los miembros de la comunidad<sup>11</sup>; y la obligación de consulta a los pueblos indígenas y tribales en casos relacionados al otorgamiento de concesiones de exploración y explotación de recursos naturales<sup>12</sup>.

En línea con lo anterior, la Corte IDH ha señalado que «la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro» (Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párrafo 128), clarificando, en todo caso, que si bien la propiedad comunal existe de pleno derecho –cuestión que se verificaría por la sola existencia de una conexión de carácter tradicional con el territorio–, la delimitación y el registro de las mismas por parte del Estado también resultan de crítica importancia para poder dotar de seguridad jurídica al derecho colectivo.<sup>13</sup>

Otra de las obligaciones que la CIDH ha establecido, respecto de los Estados, es aquella de abstenerse de realizar –mientras no se haya delimitado, demarcado y titulado los terrenos de la propiedad indígena– actos que puedan tener como consecuencia una afectación de la existencia, valor, uso y goce de los bienes ubicados dentro de dichos territorios<sup>14</sup>. En palabras de Ferrero, «solo de esta manera se garantizaría el pleno ejercicio del derecho a la propiedad» (Ferrero, 2015, p. 82).

## 2.2. Conclusión

A la luz de la jurisprudencia anteriormente reseñada, al interior del sistema interamericano, coexisten dos formas de propiedad. La primera es la propiedad privada, individualmente considerada en el texto expreso del artículo 21 de la Convención. La segunda es la propiedad comunal indígena, cuyo reconocimiento es producto de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH<sup>15</sup>. Como se indicó, las

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 151.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 109.

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 116.

<sup>12</sup> Ibidem, párrafos 131 y 132.

<sup>13</sup> Como se dirá más adelante, es en este contexto en donde surgen principalmente los conflictos entre propiedad privada y propiedad comunal indígena, pues suele suceder en la práctica que en los terrenos ancestrales, el Estado ya haya registrado (u otorgado) derechos de propiedad a favor de terceros no indígenas. (Ferrero, 2015, p. 92).

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 153.

<sup>15</sup> En este sentido, viene al caso destacar que el objeto del derecho de propiedad comunal indígena queda delimitado en cuanto tal por la especial relación que tienen las comunidades con los territorios que habitan o que han habitado de forma ancestral, puesto que dicho territorio forma parte de su cultura,

obligaciones estatales asociadas a ese derecho han sido también definidas por el propio tribunal a partir de sentencias recaídas sobre casos concretos.

### **3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de propiedad indígena: analizando el cumplimiento de las exigencias de estado de derecho en relación con la problemática planteada por los derechos de terceros**

Una vez descrito, en términos generales, el alcance del derecho a la propiedad indígena construido por la Corte IDH, corresponde examinar si a través de sus decisiones en esta materia, el tribunal interamericano ha promovido una adecuada comprensión de la garantía en cuestión, particularmente de cara a los Estados, que son los principales destinatarios de sus resoluciones. Tal como se indicó en la primera parte de este trabajo, la promoción de esa adecuada comprensión supone el cumplimiento –por parte de las sentencias de la Corte IDH– de aquellas exigencias mínimas de estado de derecho descritas por Lon Fuller, toda vez que el cumplimiento de aquellos requisitos es lo que, entre otras cosas, hace posible la implementación de las sentencias del tribunal, única forma por medio de la cual la cultura de la legalidad local puede verse beneficiada, en los hechos, por las decisiones de la Corte IDH.

Por el contrario, si los criterios de la Corte IDH, en un área tan sensible como la especificación de las obligaciones estatales en materia de propiedad, no asumen esas exigencias de estado de derecho, la cultura de la legalidad de cada Estado sometido a la jurisdicción de la Corte no se verá adecuadamente beneficiada por dichas decisiones. Ello, simplemente, porque los estándares fijados por los pronunciamientos resultarán tan indeterminados o contradictorios que, en la práctica, los Estados difícilmente podrán comprender su alcance y, por tanto, incorporarlos dentro de sus ordenamientos.

#### **3.1. Una propuesta metodológica: definiendo escenarios complejos para evaluar el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cultura de la legalidad local en materia de propiedad**

Evaluar si la construcción pretoriana del derecho de propiedad indígena ha resultado suficientemente conforme a las exigencias del estado de derecho supone, en primer lugar, determinar contextos fácticos dentro de los cuales llevar adelante dicha evaluación. Estos contextos fácticos deben dar cuenta de situaciones jurídicas complejas, pues es en dichos escenarios que, precisamente, los Estados requieren de la Corte IDH definiciones claras, ciertas y determinadas para resolver los conflictos presentes en aquellas circunstancias. Es por ello que este trabajo, para proceder a la evaluación anteriormente señalada, ha seleccionado uno de aquellos escenarios: aquel en el cual entran en tensión, por un lado, el derecho de propiedad privada –expresamente reconocido por el artículo 21 de la Convención–, y, por otro, el derecho de propiedad indígena. Esto último, en relación con el deber que la Corte IDH ha impuesto a los Estados de delimitar, demarcar y registrar el territorio tradicional o ancestral de una comunidad indígena o tribal.

---

su espiritualidad, su integridad y también de su desarrollo material en cuanto colectivo (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149).

En efecto, y de cara a las jurisdicciones nacionales, uno de los principales problemas que plantea el reconocimiento del derecho de propiedad indígena es la tensión que dicho reconocimiento podría generar desde la perspectiva del derecho de propiedad privada. Muchas de las reivindicaciones territoriales efectuadas por los pueblos indígenas, ante el sistema interamericano, tienen como objeto territorios que están siendo actualmente ocupados por terceros.

Así las cosas, existiendo una reclamación respecto de terrenos en los cuales hay terceros con títulos de propiedad inscritos a su favor, la Corte IDH se ve enfrentada a la necesidad de resolver un conflicto que, eventualmente, tendrá lugar entre ambas formas de propiedad. Una resolución clara y precisa de este conflicto permitirá a los Estados comprender de mejor manera cuáles son las exigencias específicas que plantea el derecho de propiedad indígena –particularmente, frente a los derechos de terceros de buena fe–.

La necesidad de contar con esas definiciones claras y determinadas es también del todo consistente con la naturaleza misma de los casos sobre propiedad indígena que se han presentado mayoritariamente ante el sistema interamericano durante los últimos años. En efecto –y tal como lo afirmó el juez Humberto Sierra Porto, en su voto parcialmente disidente en la sentencia recaída sobre Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina–, en buena parte de aquellos casos, la disputa ya no se encuentra centrada en el reconocimiento del derecho de propiedad del cual son titulares las comunidades indígenas<sup>16</sup>. Por el contrario, buena parte de la legislación de los Estados latinoamericanos hoy reconoce esa forma de propiedad y, de hecho, regula su ejercicio. En realidad, la mayoría de las denuncias que las comunidades indígenas efectúan ante el sistema interamericano hoy dicen relación con el eventual incumplimiento del Estado de su obligación de delimitar y demarcar las tierras de las comunidades para efectos de asegurar su derecho comunitario de dominio. Muchas veces, dicho incumplimiento, en la práctica, tiene lugar debido a la presencia de derechos de propiedad individual, debidamente constituidos y reconocidos por el mismo Estado dentro de las tierras objeto de la disputa. Lo anterior permite concluir que, una resolución adecuada de este tipo de casos, necesariamente pasa por la definición –por parte de los órganos supervisores del sistema interamericano y, en particular, por parte de la Corte IDH–, de la posición que los Estados deben asumir respecto de los derechos de dominio de los terceros que ocupan tierras cuya titularidad ancestral es atribuida a las comunidades indígenas denunciantes (Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrafo 128)<sup>17</sup>.

En un escenario como el descrito, el establecimiento, por parte de la Corte IDH, de criterios materiales claros, determinados y ciertos en torno a las consecuencias que el reconocimiento del derecho de propiedad indígena puede traer para esos terceros resulta verdaderamente una necesidad. En efecto, si esos criterios no son explicitados en términos ciertos, específicos y determinados por la CIDH, o por la Corte IDH, será altamente probable que la implementación de las decisiones de aquellos órganos, en este tipo de casos, resulte extremadamente difícil desde la perspectiva del Estado eventualmente condenado, frustrando

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 12.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 128.



cualquier intento, por parte de los órganos del sistema, de influir, de manera efectiva y positiva, en la cultura de la legalidad de aquellos Estados.

Acertadamente, la Corte IDH ha identificado el problema que plantea la superposición de estas propiedades. A continuación, este trabajo abordará los criterios que ha empleado la Corte IDH para resolver la situación y su consistencia con las exigencias de los desiderata del estado de derecho.

### 3.2. Primer criterio

#### 3.2.1. Descripción del primer criterio

El primer criterio que la Corte IDH ha ofrecido para resolver eventuales conflictos entre derechos de propiedad indígena y privada es aquel que se observa en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005). En él, la denuncia tuvo lugar ante la incapacidad del Estado para hacer efectivo el derecho de propiedad indígena de los denunciantes (reconocido por la legislación interna). Una de las razones que habían impedido al Estado hacer entrega de las tierras en cuestión a la comunidad Yakye Axa era, precisamente, la existencia de derechos de propiedad individual constituidos por el mismo Estado en favor de terceros. Dichos terceros se negaron a abandonar o vender sus propiedades al Estado para que éste, a su vez, hiciera transferencia del dominio pleno de las mismas a la comunidad indígena en cuestión. Esta circunstancia exigía que el tribunal interamericano, al momento de resolver acerca de este caso, ofreciera a los Estados ciertas orientaciones para abordar casos similares.

En primer lugar, la Corte IDH admitió que el derecho de propiedad indígena y el derecho de propiedad individual pudiesen entrar en tensión debido a que el primero tuviese por objeto un territorio sobre el que confluyen derechos de propiedad de terceros, válidamente registrados ante la autoridad del Estado. En este sentido, la Corte IDH manifestó:

La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. (párrafo 143).

Asumiendo la posibilidad de la existencia del conflicto anteriormente enunciado, la Corte IDH ofreció sus primeros criterios en torno a su resolución:

Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (párrafo 144).

Para la Corte IDH, los conflictos entre ambas formas de propiedad deberían ser resueltas a partir de la aplicación del test de proporcionalidad, el cual busca, en teoría, promover la optimización de los derechos e intereses sometidos a la decisión del tribunal. Dicha optimización supone que el órgano judicial debe ponderar los derechos en cuestión permitiendo la realización de las exigencias de ambos «en la mayor medida de lo posible» atendiendo «las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, p. 86). Tratándose de este tipo de casos, la aplicación del

test de proporcionalidad, invocado por la Corte IDH, apuntaría a ponderar los derechos de propiedad involucrados –tanto el atribuido a las comunidades indígenas, como aquel reconocido a los particulares–, de una manera tal que ambos puedan ser verse protegidos en la mayor medida de lo posible, considerando siempre el escenario específico de cada caso concreto. En ese proceso de ponderación –concluyó la Corte IDH–, los Estados debían valorar el significado que tenían las tierras tradicionales para su comunidad, las que representaban elementos indispensables para garantizar su supervivencia como pueblo indígena y para la preservación de su patrimonio cultural<sup>18</sup>.

El alcance optimizador del test de proporcionalidad explica por qué el tribunal excluyó la resolución de este tipo de casos a partir de un criterio de maximización. En efecto, un criterio maximizador –cualquiera sea éste– busca satisfacer, de forma única y total, las exigencias de uno de los derechos o intereses en juego, ignorando completamente las demandas planteadas por el derecho o interés contrapuesto en el caso concreto. De allí que la Corte IDH, en Comunidad indígena Yakye Axa, resolviera expresamente excluir el criterio de jerarquización como método de resolución de casos en los cuales confluyen, respecto de un mismo territorio, derechos de propiedad indígena y particular<sup>19</sup>.

A su vez, lo anterior permite entender por qué la Corte IDH afirmó en su sentencia que existirían «razones concretas y justificadas» que, en los hechos, impedirían a los Estados «devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las propiedades indígenas», situación en la cual el Estado debía compensar las comunidades afectadas<sup>20</sup>. En otras palabras: para la Corte IDH existirían ciertas circunstancias «concretas y justificadas» que orientarían el ejercicio de ponderación hacia el reconocimiento de «intereses territoriales particulares o estatales», reconocimiento que, a su vez, supondría, necesariamente, el pago de compensaciones a las comunidades indígenas afectadas, cuestión que, finalmente, permitiría dar cuenta del derecho de propiedad del cual las mismas serían titulares en el caso concreto.

De esta forma, el tribunal trazó las bases de una primera doctrina que se caracterizó por: (i) no jerarquizar entre modelos de propiedad, toda vez que se desestimó dicha posibilidad, al menos, a priori; (ii) ofrecer el criterio de proporcionalidad como mecanismo válido para resolver los conflictos entre propiedad indígena y propiedad privada, cuestión que necesariamente exigía un ejercicio de optimización de los derechos e intereses concurrentes en el caso concreto; y (iii) establecer que el Estado debía tender a establecer medidas para restituir el territorio tradicional a los pueblos indígenas, pero que si aquello no era posible, debido a circunstancias «concretas y justificadas», se podía proceder de manera diversa, ya sea a través de una compensación, o de la entrega de tierras alternativas, o ambos, decisión que «no e[ra] discrecional del Estado y deb[ía] ser consensuada con el pueblo interesado, de acuerdo a sus propios procedimientos de consulta, valores usos y derecho consuetudinario»<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 148.

<sup>19</sup> Ibidem, párrafo 149.

<sup>20</sup> Ibidem, párrafo 149.

<sup>21</sup> Ibidem, párrafo 151. A mayor abundamiento, el motivo por el cual la decisión final debe recaer siempre en el pueblo indígena o tribal que hace la reclamación radica principalmente en que si ellos han perdido

Aplicando los criterios anteriormente mencionados, la Corte IDH ordenó al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras cuya titularidad correspondiera a la comunidad indígena denunciante<sup>22</sup>. Sin embargo, consciente el tribunal interamericano de la existencia de derechos de propiedad individual de terceros sobre ciertas áreas del territorio en cuestión, aquel renunció a cualquier intento de identificar cuál era, con precisión, el territorio que debía ser entregado a la comunidad Yakye Axa, señalando que aquella responsabilidad correspondía al Estado<sup>23</sup>. Para orientar el cumplimiento de esta obligación, la Corte IDH concluyó afirmando que, en caso de que el territorio en cuestión se encontrase en manos privadas, «el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática»<sup>24</sup>.

### 3.2.2. Evaluación del primer criterio

Desde una perspectiva de estado de derecho, este primer criterio desarrollado por la Corte IDH representa, en cierta forma, un avance. Ello, porque, al menos, ofrece una definición clara a los Estados: descarta el uso de un criterio maximizador para resolver el conflicto que surge cuando las reclamaciones de un derecho de propiedad indígena recaen sobre un territorio en el cual existen derechos de propiedad individual constituidos de acuerdo con la ley estatal. Así, se busca ajustar los derechos de propiedad que se presenten en contraposición, en la mayor medida de lo posible.

Sin embargo, las certezas ofrecidas por las definiciones anteriormente señaladas se ven, en parte, desdibujadas por ciertos criterios que la Corte IDH enuncia en el mismo fallo. En efecto, si bien la Corte IDH aconsejó a las autoridades nacionales ajustar el ejercicio de los derechos de propiedad que aparecen en contraposición en el caso concreto, señalando los factores necesarios para llevar adelante ese proceso de ponderación, el tribunal no indicó a los Estados un criterio cierto a partir del cual ponderar, precisamente, aquellos factores. En efecto, si bien el tribunal indicó cuáles eran los factores que evaluar al momento de proceder a la implementación del test, la Corte IDH no estableció cuál era el criterio bajo el cual aquellos factores debiesen ser conceptualmente mensurados por los Estados. Desde un punto de vista metodológico, ello representa un problema, porque si la Corte IDH no define un criterio que permita comparar los distintos factores de ponderación, entonces, en la práctica, el test resultará inaplicable, o será susceptible de ser manipulado para alcanzar ciertas conclusiones predeterminadas. Ello, simplemente, porque ante la ausencia de un criterio específico y concreto para mensurar, comparar, o ponderar factores, el test en cuestión resulta absolutamente moldeable y, por tanto, abierto a cualquier forma de resultado. Así las cosas, el test ofrecido a los Estados por el tribunal interamericano resultó insuficientemente determinado, cuestión que, desde una perspectiva de estado de derecho, genera serios espacios de incerteza e inseguridad que dificultan la adecuada comprensión,

---

la posesión de sus tierras por causas ajenas a su voluntad, o no han podido usar y gozar de sus bienes, puede que la devolución de su propias tierras (*restitutio in integrum*) no sea la mejor forma de reparar su situación, toda vez que es perfectamente posible que dichas tierras hayan perdido la aptitud necesaria para permitir el desarrollo y forma de vida de la comunidad, haciendo muy dificultoso el reasentamiento en las mismas tierras (Ferrero, 2015, pp. 90 - 91).

<sup>22</sup> Ibidem, párrafo 215.

<sup>23</sup> Ibidem, párrafo 215.

<sup>24</sup> Ibidem, párrafo 217.

por parte de todos los actores interesados, de las obligaciones que, para los Estados, derivan del derecho de propiedad indígena.

El problema no concluía ahí. Al momento de proponer el uso del test de proporcionalidad, la propia Corte IDH afirmó la existencia de ciertos factores que, en la práctica, permitían asumir apriorísticamente que el peso relativo del derecho de propiedad indígena resultaba superior a aquel del derecho de propiedad privada. Ello, por cuanto la Corte IDH señaló a los Estados que todo juicio de proporcionalidad en casos como los indicados debían considerar «el significado que tenían las tierras tradicionales para su comunidad»<sup>25</sup>, cuestión que, necesariamente, colocaría la propiedad indígena en una posición mejorada al tiempo de la aplicación del test (párrafos 131, 135, 139 y 149). En la práctica, esto implicaría que la ponderación exigida por el test terminaría inclinándose, necesariamente, en favor de las exigencias planteadas por el derecho de propiedad indígena.

Una última indefinición que contribuyó a generar mayores espacios de incerteza: la Corte IDH señaló en su fallo que, bajo ciertas circunstancias «concretas y justificadas», la aplicación del test de proporcionalidad podría traer como consecuencia que el Estado no se viera obligado a devolver las tierras sobre las cuales las comunidades alegaban la titularidad de un derecho de dominio. Sin embargo, el tribunal no indicó con precisión cuáles serían aquellas circunstancias «concretas y justificadas» en las cuales el Estado se vería obligado a compensar a las comunidades indígenas, o bien a entregarles otras tierras de igual condición y extensión. Especialmente, la Corte IDH no indicó si esas circunstancias «concretas y justificadas» tenían relación con la existencia de derechos de terceros. En este sentido, la mera referencia a ciertas circunstancias «concretas y justificadas» por parte del tribunal interamericano, en poco contribuyó a clarificar, de cara a los Estados, la posición que estos debían adoptar frente a la presencia de derechos de terceros en territorios cuyo dominio era reclamado por comunidades indígenas.

En resumen: desde una perspectiva de estado de derecho, el fallo pronunciado por la Corte IDH en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay no ofreció definiciones del todo ciertas y determinadas a los Estados en torno a la resolución del conflicto entre propiedad indígena y propiedad individual cuando ambas garantías confluyen respecto de un mismo inmueble. Desde este punto de vista, las referidas indefiniciones no contribuyeron a mejorar el conocimiento que los Estados disponían, al tiempo del pronunciamiento de la sentencia, acerca de sus obligaciones a la luz del artículo 21 de la Convención.

### 3.2.3. Necesidad de clarificar el alcance de la sentencia

Las indeterminaciones anteriormente referidas dieron lugar a una solicitud para clarificar el sentido y alcance de la sentencia de la Corte IDH. En efecto, los representantes de las víctimas, invocando el artículo 67 de la Convención, solicitaron al tribunal interamericano interpretar el alcance de la obligación estatal derivada de la sentencia, dado que, a juicio de aquellos representantes, subsistían importantes interrogantes en torno a aquel deber estatal, cuestión que dificultaba la implementación del fallo. La Corte IDH aceptó la solicitud y procedió a dictar una

<sup>25</sup> Este es un aspecto que la doctrina especializada no ha dejado de lado. En opinión de Wiersma (2005, p. 1061), tanto el territorio físico como la perpetuación de la tenencia de la tierra por parte de los grupos indígenas, son requisitos necesarios para la continuación de dichas sociedades en sus formas actualmente existentes. En este mismo sentido, Stevanhagen (1995).

sentencia interpretativa. Esta sola circunstancia da cuenta que las conclusiones anteriormente señaladas en torno a las definiciones ofrecidas por la sentencia recaída sobre Yakye Axa no resultaban del todo infundadas.

En este sentido, la principal interrogante planteada por los representantes dijo relación con la definición misma del deber impuesto por la Corte IDH al Estado paraguay. En principio, y de acuerdo con el texto del fallo, la obligación impuesta por el tribunal al Estado era identificar el territorio ancestral de la comunidad denunciante y hacer entrega del mismo previa demarcación. Ahora bien, si en ese proceso se encontraban con derechos de terceros, entonces el Estado debía resolver usando el test de proporcionalidad. Sin embargo, los representantes afirmaban que, en realidad, el objeto de su solicitud era la restitución de ciertas tierras que la comunidad reconocía como propia, tierras sobre las cuales existían derechos de propiedad individual constituidos por terceros. La Corte IDH, interpretando la sentencia, terminó por afirmar que el objeto de la obligación estatal seguía siendo identificar las tierras ancestrales de la comunidad denunciante, las cuales, concluía el tribunal, debían necesariamente coincidir con aquellas identificadas por la comunidad, pese a la existencia de derechos de terceros sobre las mismas<sup>26</sup>. En este contexto, la Corte IDH asumió que existían ciertos temas que, planteados en la sentencia objeto de la interpretación, no resultaban suficientemente claros. El caso más representativo guarda relación con la definición de aquellas circunstancias «concretas y justificadas» en las cuales el Estado no se encontraba obligado a entregar las tierras exigidas por las comunidades. En este respecto, el tribunal afirmó que «el hecho de que el territorio tradicional de la Comunidad se encuentre en manos privadas, no sería per se un motivo objetivo y fundamentado que impida la reivindicación»<sup>27</sup>.

A pesar de la dictación de la sentencia, muchas de las interrogantes formuladas en el acápite anterior no fueron resueltas por la Corte IDH. Sin embargo, más tarde, en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, el tribunal reconoció implícitamente la validez de las interrogantes planteadas, pues en dicho caso realizó un esfuerzo para otorgar mayores grados de certeza en situaciones de contraposición de propiedades.

### 3.3. Segundo criterio

#### 3.3.1. Descripción del segundo criterio

La Corte IDH volvió a pronunciarse en torno a los eventuales conflictos de propiedad indígena y privada en la sentencia recaída sobre el caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)<sup>28</sup>. En esta segunda sentencia, la Corte IDH reformuló su juicio y, en vez de proponer un test de proporcionalidad para resolver el conflicto anteriormente mencionado, planteó una serie de cuatro reglas a los Estados. En virtud de este segundo criterio planteado por el tribunal:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párrafos 23 y 26.

<sup>27</sup> Ibidem, párrafo 25.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.



al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (párrafo 128).

Evidentemente, la promoción del uso de reglas para resolver los conflictos producidos cuando la propiedad indígena y la propiedad privada recaen sobre un mismo objeto, dan cuenta del interés de la Corte IDH por realizar las exigencias del estado de derecho en un contexto jurídico-político altamente sensible en la región y, con ello, mejorar la comprensión que los interesados disponían, hasta ese momento, del derecho desarrollado por el tribunal en esta materia. Sin embargo, estos loables propósitos resultaron frustrados por la acción del mismo tribunal interamericano. En efecto, de cara a los Estados, las reglas ofrecidas por la Corte IDH terminaron por producir espacios de incerteza aún mayores que aquellos que ya existían al momento del pronunciamiento del fallo.

### 3.3.2. Evaluación del segundo criterio

Al respecto, considérese el alcance de las reglas N° 3 y N° 4 planteadas por la Corte IDH. La regla N° 3 es bien específica. En efecto, ella afirma que aquellos pueblos indígenas que «han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales», por «por causas ajenas a su voluntad», mantienen el derecho de propiedad, aún a falta de título legal. Esto, «salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe». En relación con esto último, cabe señalar que la regla en cuestión no precisa quién pudo haber sido el tradente que, legítimamente, habría constituido los derechos para los terceros de buena fe. Desde esta perspectiva, la regla asume que el tradente podría haber sido el propio pueblo indígena, el Estado, o bien otros particulares. Por tanto, frente a eventuales reivindicaciones de dominio que los pueblos indígenas pudiesen efectuar sobre territorios que hubiesen sido ocupados por ellos en el pasado, el Estado debería amparar los derechos de propiedad individual, legítimamente constituidos, en favor de terceros de buena fe, cualquiera hubiese sido la figura del tradente. Esta comprensión de la norma va en línea del tenor manifestado por el artículo 21 de la Convención.

Sin embargo, el contenido de la regla N° 4 genera abiertas contradicciones con la regla anterior. En efecto, la Corte IDH plantea en esta regla que los pueblos indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de sus tierras –esto es, «por causas ajenas a su voluntad», tal como lo establece la regla N° 3– «tienen el derecho de recuperarlas». Esto, aun cuando dichos territorios «[hubiesen] sido trasladad[os] legítimamente a terceros inocentes», esto es, terceros de buena fe. De acuerdo con esta lectura, la regla N° 4 resultaría incompatible con la regla N° 3. Mientras la regla N° 3 afirma que la existencia de derechos de propiedad individual, legítimamente constituidos en favor de terceros de buena fe, deben ser protegidos por el Estado –pese a que esos derechos tengan por objeto territorios que hubiesen sido ocupados por pueblos indígenas en el pasado–, la regla N° 4 plantea directamente lo contrario. Esto es, que los pueblos indígenas tendrían el derecho a recuperar esas tierras pese a que, sobre las mismas, existieran derechos de propiedad individual legítimamente constituidos en favor de terceros de buena fe.

Ello, sin perjuicio que la regla N° 4 establezca como una segunda alternativa que los pueblos indígenas «obten[gan] otras tierras de igual extensión y calidad».

Con este pronunciamiento, la Corte IDH profundizó la problemática de estado de derecho creada dentro del sistema a partir de la dictación de la sentencia recaída sobre el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Ello, en la medida que, dentro del conjunto de criterios ofrecidos por la Corte IDH a los Estados para resolver eventuales conflictos entre propiedad individual y propiedad indígena, se contenían reglas cuya aplicación resultaba técnicamente imposible en atención a las abiertas contradicciones existentes entre las mismas. En este respecto, cabe recordar que, una exigencia mínima de estado de derecho, es la consistencia de las normas jurídicas. Este desideratum requiere que la producción y administración del derecho se efectúe a partir de criterios coherentes. En cuanto los contenidos de las reglas N° 3 y 4, resultaban contradictorios, su formulación estaba afectada por un serio problema de estado de derecho (lo que se entiende sin perjuicio de su mérito sustantivo).

Otra interpretación posible de las reglas en comento, que salve la contradicción señalada, consistiría en asumir que aquellas buscaron establecer un sistema que, apriorísticamente, reconociera la primacía del derecho de propiedad indígena cuando éste entrara en conflicto con derechos de propiedad individual. Esto, en la medida que el criterio planteado por el tribunal interamericano, a pesar de reconocer el derecho de los terceros de buena fe, establecería de todas formas que, frente al tercero inocente, siempre existiría, por parte de los pueblos indígenas, el derecho a recuperar la tierra, o bien a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Esto, de acuerdo con la voluntad de la colectividad afectada que hubiese perdido de forma involuntaria la posesión de dichas tierras en el pasado<sup>29</sup>. A la luz de esta interpretación, en la mayoría de los casos será el derecho del tercero el que, necesariamente, cederá frente a la reclamación de los pueblos indígenas. Ello, salvo que los derechos de propiedad sobre el territorio en cuestión «[hubiesen] sido legítimamente trasladad[o]s a terceros de buena fe» por parte de los mismos pueblos indígenas.

Sin embargo, la interpretación anteriormente señalada tampoco logra superar, al menos, completamente, las problemáticas de estado de derecho asociadas a los criterios expuestos por la Corte IDH en Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

En primer lugar, porque la lectura en cuestión no da cuenta de la existencia de dos reglas. En efecto, si se asume el criterio señalado –esto es, que los pueblos indígenas siempre podrían recuperar los territorios reclamados, aun cuando existiesen sobre los mismos derechos constituidos en favor de terceros–, entonces

<sup>29</sup> Ahora bien, el concepto mismo de «posesión» puede resultar problemático si se considera el prisma eminentemente occidental y de derecho civil con el que se analiza la problemática. Según Cárdenas (2021, p. 159), en casos de algunos pueblos indígenas, como sucede con los mapuche chilenos, el reclamo de tierras no sólo cubre los terrenos radicados [poseídos en un sentido civil o tradicional], sino que también las montañas, pampas, estepas y litorales en los que si bien, no habían asentamientos permanentes, sí eran utilizados por el pueblo mapuche en sus actividades vitales, reivindicación territorial que tiene el efecto de ampliar cuantitativa y cualitativamente el conflicto. Esto significa que, eventualmente, el concepto de posesión, para efectos de determinar el título de los pueblos sobre las tierras, se amplíe hacia actos que exceden la detentación como ordinariamente se concibe. Por su parte, Del Pilar (2021, p. 76), señala que dentro de dentro de la jurisprudencia de la Provincia de Río Bueno (Argentina), se ha establecido que la posesión comunitaria de los pueblos originarios no se equipara a la posesión entendida desde el Código Civil (argentino), toda vez que es preexistente al Estado.

las reglas N° 3 y N° 4 dirían, simplemente, lo mismo. Si esta fuese la lectura correcta, no existiría razón alguna para que la misma Corte IDH hubiese resuelto establecer dos reglas. Sin embargo, el tribunal, en los hechos, sí lo hizo. Luego, es perfectamente razonable asumir que la Corte IDH quiso formular dos criterios distintos a través de dos reglas distintas. De igual manera, la lectura ofrecida anteriormente asume que el único tradente autorizado para, en la práctica, crear derechos en favor de terceros de buena fe, son los mismos pueblos indígenas titulares del dominio del territorio en cuestión. Sin embargo, la regla N° 3 –según se señaló– no especifica la figura del tradente, por lo que también el Estado o los particulares podrían constituir tales derechos. Desde este punto de vista, esta segunda lectura propuesta no se hace cargo del tenor literal de la regla N° 3.

Ahora bien, aun cuando se asumiera la corrección de la segunda lectura ofrecida, respecto del alcance de las reglas N° 3 y N° 4, igualmente subsistirían problemáticas de estado de derecho. Ello, porque la lectura en cuestión terminaría por erosionar una de las pocas certezas que la propia Corte IDH estableció en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. En efecto, la interpretación planteada, implícitamente supone la resolución del conflicto a partir de criterios de jerarquización que el mismo tribunal interamericano había rechazado un año antes. Desde la perspectiva del estado de derecho, se está ante un problema de inconsistencia.

### 3.3.3. Desarrollos posteriores en torno a la temática

Tras el pronunciamiento de la sentencia Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay en 2006, la Corte IDH tuvo algunas oportunidades para resolver las dudas y contradicciones planteadas por el segundo criterio. Ello, pese a que, tan sólo un año después, la misma Corte IDH volvió a contemplar la posibilidad de aplicar el test de proporcionalidad para determinar si las restricciones impuestas sobre la propiedad indígena resultaban justificadas<sup>30</sup>. La Corte IDH continuó haciendo uso de los criterios recogidos en Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay en la sentencia recaída sobre el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)<sup>31</sup>.

En este caso, la Corte IDH volvió a conocer de un caso en el cual confluían, respecto de un mismo territorio, derechos de propiedad indígena y privada. En efecto, la comunidad indígena no denunció al Estado por desconocer su derecho de propiedad indígena. En los hechos, la denuncia tuvo su origen, nuevamente, en la incapacidad del Estado para demarcar y entregar el territorio correspondiente.

La defensa estatal, por su parte, argumentó que dichas obligaciones no habían podido ejecutarse en la medida que «los propietarios de la tierra alegada como ancestral por la Comunidad, pose[ían] títulos de propiedad debidamente inscritos»<sup>32</sup>. Esta circunstancia, concluía el Estado, le colocaba en una posición sumamente compleja, dado que el aquel «se encontr[aba] entre dos derechos

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 127. Esta no será la última vez en que la Corte IDH aluda nuevamente al test de proporcionalidad. Posteriormente también lo hará en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), párrafo 156.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

<sup>32</sup> Ibidem, párrafo 53.

humanos [convencionalmente] tutelados»<sup>33</sup>. En el contexto anteriormente descrito, resultaba de crítica importancia que la Corte IDH resolviera las interrogantes existentes en torno a la implementación de las reglas expuestas por el tribunal en Comunidad indígena Sawhoyamaya, precisamente, para resolver el tipo de conflictos como aquel planteado por el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásec.

Sin embargo, la Corte IDH nuevamente se limitó replantear las confusas reglas recogidas en Comunidad indígena Sawhoyamaya. En efecto, el tribunal afirmó:

4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (párrafo 109).

En este caso, el tribunal interamericano no dudó en concluir, a partir de las reglas anteriormente señaladas, que los pueblos indígenas podrían reivindicar aquellos territorios ocupados en el pasado «inclusive cuando se encuentren bajo dominio privado y no tengan plena posesión de las mismas»<sup>34</sup>. La Corte IDH efectuó esta afirmación sin decir nada en torno a las eventuales consecuencias de la buena o mala fe de los terceros poseedores, cuestión que, finalmente, creó nuevas interrogantes.

En el Caso Comunidad Garífuna «Triunfo de la Cruz» y sus miembros vs. Honduras (2015), la Corte IDH nuevamente sostuvo el segundo criterio<sup>35</sup>.

Sin embargo, en el pronunciamiento recaído sobre este caso, la Corte IDH agregó algo más. En efecto, el tribunal afirmó que el derecho de propiedad indígena consistía en un «un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra» (párrafo 105), el cual en caso alguno podía ser «opacado por derechos a la propiedad de terceros»<sup>36</sup>. Naturalmente, detrás de esta aproximación, está presente el empleo de un criterio de jerarquización cuya aplicación la misma Corte IDH rechazó en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Pese a ello, el tribunal interamericano volvió a reiterar la validez del uso del segundo criterio en Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)<sup>37</sup>, fallo que fue publicado el mismo año de la decisión Caso Comunidad Garífuna «Triunfo de la Cruz». Igual cosa ocurrió en la sentencia recaída sobre el Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018)<sup>38/39</sup>, sin perjuicio que, en todo caso, según López (2022)

<sup>33</sup> Ibidem, párrafo 53.

<sup>34</sup> Ibidem, párrafo 110.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párrafo 105.

<sup>36</sup> Ibidem, párrafo 105.

<sup>37</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párrafo 117.

<sup>39</sup> Este caso, en el contexto brasileiro, debe tenerse en especial consideración el contexto histórico de las reivindicaciones de los pueblos indígenas que habitan la zona, sobre todo por los conflictos que han

p.195, en esta sentencia, hay que tener presente que la Constitución de Brasil, tal como ha sido interpretada por el Supremo Tribunal Federal, le otorga preeminencia a los derechos de los pueblos indígenas frente a ocupantes no indígenas y terceros de buena fe, por lo que la Corte IDH estimó que no correspondía realizar una ponderación en el caso concreto.

En conclusión: pese a los esfuerzos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH para legitimar el segundo criterio para resolver los conflictos eventualmente existentes entre los derechos de propiedad indígena y los derechos de propiedad privada, el estándar definido por el tribunal interamericano continuó adoleciendo de problemáticas de estado de derecho. Ello, porque el mismo resultaba, en el peor de los casos, abiertamente contradictorio, o bien, en el mejor de los escenarios, completamente confuso e inconsistente con la propia jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, ni el pronunciamiento del fallo recaído sobre Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, ni los fallos posteriores mejoraron la comprensión existente del alcance de las obligaciones jurídicas derivadas del reconocimiento del derecho de propiedad indígena en relación con sus efectos respecto de los derechos de propiedad de terceros.

### 3.4. Tercer criterio

#### 3.4.1. Descripción del tercer criterio

En uno de los casos acerca de propiedad indígena más recientemente resueltos por la Corte IDH, aparece un nuevo criterio que nunca se había ido del todo de la jurisprudencia del tribunal interamericano. En efecto, en la sentencia recaída sobre el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020), la Corte IDH vuelve a mirar al fallo Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Ello, en la medida que ofrece el uso del test de proporcionalidad para clarificar la situación de los terceros de buena fe. En efecto, la Corte propone el uso del test de proporcionalidad «a propósito de la mención a terceros inocentes, que [...] ha notado en su jurisprudencia». En este sentido, el tribunal manifestó:

Este Tribunal ha dicho que las eventuales restricciones a la propiedad comunitaria indígena pueden ser convencionalmente admisibles, siempre que obedezcan ciertas pautas: a) “estar establecidas por ley”; b) tener “el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, es decir, un “objetivo [...] colectivo [...] que, por su importancia, prepondere [...] claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”; c) ser “necesarias” para “satisfacer un interés público imperativo”, y d) ser “proporcionales”, en el sentido de “ajustarse estrechamente al logro de[] legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido [...]” (nota al pie N° 102).

Es claro que la Corte IDH, a través del pronunciamiento de esta sentencia, modifica el alcance del segundo criterio. Esto, en cuanto vuelve a reponer el uso del test de proporcionalidad no sólo para determinar cuándo resultan justificadas las restricciones impuestas a la propiedad indígena, sino también para definir cuando terceros, que ejercen derechos de propiedad individual respecto de un terreno

---

existido con quienes se dedican a la minería ilegal. En este sentido, Wiessner (1999, pp. 77 y ss.), relata como, luego de la destitución del Presidente Collor, en 1993, más de 11.000 mineros ilegales se asentaron en los territorios del pueblo Yanomami, lo que tuvo funestas consecuencias para dicho grupo.



reclamado, los han constituido de buena fe. La pregunta qué naturalmente surge es si, en este contexto, el criterio propuesto por el tribunal interamericano mejora la comprensión del derecho existente hasta el pronunciamiento del fallo. La respuesta, en principio, vuelve a ser negativa.

### 3.4.2. Evaluación del tercer criterio

En efecto, la Corte IDH enuncia una serie de factores que deberían ser ponderados por el Estado al momento de resolver acerca de un conflicto existente entre propiedad indígena y propiedad privada. En este sentido, el tribunal entrega a los Estados muchos más criterios que aquellos recogidos por el tribunal en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cuestión que da cuenta del interés de la Corte IDH por promover una evaluación más amplia del problema. Sin embargo, el tribunal interamericano nuevamente no señaló cuáles eran los criterios materiales a partir de los cuales los Estados debían mensurar o ponderar aquellos factores, dejando, con ello, abierto un espacio de incerteza muy importante.

En este mismo sentido, también resulta difícil comprender cómo la aplicación del test en cuestión permitiría resolver los conflictos que se puedan plantear entre derechos de propiedad indígena y derechos de propiedad privada, cuando los mismos recaen sobre un mismo objeto.

Ello, simplemente, porque el uso del test no dice nada al respecto. En los hechos, el test ofrece una serie de factores de ponderación, pero ningún criterio objetivamente aplicable para conducir esa ponderación. Desde este punto de vista, el test ofrece una solución meramente procedimental a problemáticas que, necesariamente, reclaman criterios sustantivos de solución. Si esos criterios materiales no existen, o bien su formulación resulta oscura –como ocurría con los criterios contemplados en las reglas N° 3 y N° 4 de Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay–, es obvio que, desde una mirada de estado de derecho, existe un déficit normativo en un asunto de la mayor importancia.

Por otro lado, la Corte IDH tampoco ofreció, en Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, criterios sustantivos para determinar cuándo los terceros, que ocupaban una tierra, cuya propiedad era reclamada por una comunidad indígena, se encontraban de buena fe. En efecto, la Corte IDH no aportó definición material alguna para concluir cuándo se estaba frente a «terceros inocentes». Por el contrario, la Corte IDH resolvió hacer aplicable el test de proporcionalidad para determinar la buena o mala fe de cualquier tercero que hubiese constituido derechos de propiedad individual sobre tierras cuyo dominio era alegado por comunidades indígenas. Sin embargo, resulta sumamente complejo determinar cómo, la sola aplicación del test propuesto, permitiría identificar por sí sólo cuándo los terceros poseedores de un territorio reclamado por pueblos indígenas se encontrarían, de buena o mala fe, toda vez que aquello exige criterios materiales que no están presentes (y que son los que permiten crear las certezas necesarias).

La Corte IDH tampoco ofreció una respuesta clara a la problemática planteada, en torno a los derechos de terceros de buena fe en Comunidad indígena Sawhoyamaxa. Este pronunciamiento reconoció la posibilidad de que existieran terceros que, de buena fe, hubiesen constituido derechos de propiedad individual sobre los territorios objeto de la reclamación de las comunidades indígenas. A pesar

de ello, aquella sentencia no fue capaz de establecer con claridad cuáles eran las consecuencias jurídicas que, de esto, se derivaban para los Estados. Pues bien, en la sentencia recaída sobre Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, la Corte IDH omitió resolver esta crítica cuestión. Efectivamente, si bien el tribunal ofreció un criterio para definir cuándo un tercero se encontraba de buena fe –criterio completamente procedimental, desprovisto de toda definición sustantiva–, la Corte IDH no se pronunció de forma específica en torno a cuáles eran las consecuencias normativas que, para los Estados, se derivaban de esa buena fe. La ausencia de esas definiciones en esta sentencia es sumamente problemática, pues solamente ellas permiten hacer operativo el derecho interamericano de derechos humanos en situaciones en las cuales confluyen dos derechos de propiedad respecto de un mismo objeto.

Finalmente, cabe hacer ver un punto relevante desde la perspectiva de la consistencia interna de la decisión adoptada por la Corte IDH en Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat. Como se señaló anteriormente, el tribunal interamericano nuevamente ofreció el test de proporcionalidad como el criterio válido para resolver conflictos entre propiedad indígena y derechos de propiedad constituidos por terceros de buena fe respecto de un mismo territorio.

Tal como se señaló anteriormente, la aplicación del test de proporcionalidad supondría, necesariamente, la optimización de los intereses sometidos al conocimiento del tribunal en la mayor medida de lo posible. Ello explica por qué la Corte IDH en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay excluyó el criterio de jerarquización al momento de proponer el test de proporcionalidad.

Sin embargo, la Corte IDH, en la sentencia recaída sobre Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, estuvo lejos de optimizar los derechos de propiedad que concurrían en el caso concreto. Esto es, los derechos tanto de la comunidad indígena involucrada, como de aquellas más de 250 familias de campesinos que residían en las tierras cuya demarcación había sido incumplida por el Estado. Esta conclusión fluye del resultado mismo de la sentencia, en la cual la Corte IDH no sólo condenó a la República Argentina por la infracción de lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención, sino que también la obligó a desplazar a cientos de familias que residían en las tierras objeto de la disputa, dentro de un plazo de tres años<sup>40</sup>.

Con independencia del mérito sustantivo de la decisión en cuestión, resulta claro que la decisión de la Corte IDH se limitó a maximizar uno de los derechos de propiedad que confluyen en el caso: aquel asociado al derecho de propiedad indígena. Tanto es así, que el Estado tiene hoy el deber de expulsar a esos terceros del área en disputa.

Desde esta perspectiva, en la práctica, no hubo una aplicación real del test de proporcionalidad que la Corte IDH, en el mismo fallo, promovía como el criterio válido de solución para este tipo de casos. Por el contrario: el tribunal hizo uso de un criterio de maximización que es propio de aquella jerarquización que la misma Corte IDH rechazó en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Esto, porque, tal como lo indica Tapia, en esta sentencia, el tribunal interamericano resolvió que

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrafo 329.

«frente a un conflicto sobre tierras, donde la población indígena juegue un rol relevante, los Estados deberán privilegiar la propiedad indígena por sobre la propiedad del resto de los ciudadanos» (Tapia, 2023, p. 14). De hecho, Humberto Sierra Porto, uno de los jueces del tribunal interamericano, indirectamente hizo ver este punto en su voto parcialmente disidente, toda vez que —a futuro—, llamó a la magistratura a resolver aquellos casos acerca de propiedad indígena —cuyo resultado pudiese impactar derechos de terceros—, de una manera «siempre ponderada», buscando establecer en la sentencia «un equilibrio [entre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas] (...) y los derechos de terceros, en un contexto de diálogo, conciliación y exclusión de factores que puedan contribuir a generar o profundizar situaciones de violencia»<sup>41</sup>.

Asimismo, resulta interesante contrastar la decisión de la Corte IDH en este caso, con lo resuelto en el caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá<sup>42</sup>, en el cual, pronunciándose sobre el fondo, la Corte IDH entendió que lo que estaba en discusión no era el derecho de propiedad sobre los territorios, sino la entrega de un título jurídico, no correspondiéndole a la Corte IDH determinar los derechos de los habitantes no indígenas del área que no eran parte del proceso, ni pronunciarse sobre el modo concreto en que debe llevarse a cabo el proceso de desalojo y reubicación de las personas no indígenas que permanecen en la zona, según aprecia Gajardo Falcón (2015) p. 419.

En resumen: la indeterminación del test de proporcionalidad ofrecido por la Corte IDH en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat plantea un serio problema de estado de derecho. Ello, porque las opacidades del mismo terminan por afectar negativamente la comprensión del derecho en este punto. En efecto, la apertura del test, la multiplicidad de factores involucrados en su aplicación, y la carencia de un criterio expreso para conducirlo no contribuyen a resolver los conflictos que puedan surgir entre los derechos de propiedad indígena e individual, situación que no mejora la comprensión del derecho interamericano en relación con esta materia. Dichas incertezas resultan aún más complejas si se considera que, en la práctica, la Corte IDH resolvió este caso adoptando un criterio de maximización, a pesar de haber defendido el uso de un criterio de optimización.

### 3.5. Evaluación desde una perspectiva de estado de derecho

En la mayoría de los casos en los cuales la Corte IDH ha resuelto acerca del deber estatal de delimitar las tierras atribuidas al dominio de las comunidades indígenas, el tribunal ha señalado que esta obligación no tiene otro propósito que «otor[gar] seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado»<sup>43</sup>. Ahora bien, el cumplimiento de la exigencia en cuestión supone definir, previamente, criterios claros y específicos que permitan a los Estados resolver los problemas jurídicos que puedan presentarse cuando existan

<sup>41</sup> Ibidem, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 14.

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párrafos 188-189.

<sup>43</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 143. En opinión de Núñez (2017, p. 208), en casos de desposesión de tierras por parte de los pueblos indígenas, existe un deber no controvertido dentro del régimen de protección legal de dichas tierras, referente al derecho de reparación en casos de desposesión, el que estaría refrendado por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones sobre los Pueblos Indígenas.

derechos de propiedad de terceros, legítimamente constituidos de acuerdo con la ley nacional, en las tierras objeto de la demarcación.

Sin la existencia de esos criterios, en la práctica, puede resultar extremadamente difícil para un Estado implementar la obligación de demarcación y delimitación de la propiedad indígena.

A pesar de lo anterior, la Corte IDH ha ofrecido en su jurisprudencia una serie de criterios que, en la práctica, no han resultado del todo claros y sólidos para resolver la problemática más relevante que presentan los casos acerca de propiedad indígena, la que dice relación, efectivamente, con la existencia de derechos de propiedad individual constituidos en favor de terceros de buena fe al interior del predio cuya titularidad es atribuida a una comunidad indígena o tribal.

En efecto, la Corte IDH ofreció, en primer lugar, un criterio de optimización para resolver los conflictos entre propiedad indígena y propiedad privada en 2005. Sin embargo, el tribunal no indicó a los Estados cuáles debían ser los criterios a partir de los cuales la ponderación en cuestión debía ser conducida. Pese a ello, una certeza apareció en el horizonte: la Corte IDH concluyó que los conflictos entre propiedad indígena y propiedad individual no podían ser resueltos por medio del uso de criterios de jerarquización, cuya aplicación suponía maximizar las exigencias de solamente uno de los derechos de propiedad en juego. Luego, un año más tarde, la jurisprudencia de la Corte IDH se movió hacia un esquema de reglas, buscando con ello, implícitamente, superar las incertidumbres generadas a partir del uso del test de proporcionalidad. A pesar de ese esfuerzo, la respuesta del tribunal, nuevamente, generó más interrogantes que certezas, porque las reglas proveídas, en el peor de los escenarios, resultaban imposibles de aplicar por parte de los Estados –en razón de la contradicción interna que presentaban–, o bien, en el mejor de los escenarios, eran de una opacidad que dificultaba abiertamente su aplicación práctica.

Las dudas e interrogantes producidas por las reglas señaladas no fueron resueltas por la jurisprudencia posterior de la Corte IDH, la cual, finalmente, decidió dejar de abogar por un sistema de reglas. En efecto, el tribunal interamericano, finalmente, volvió a señalar a los Estados que cualquier disputa entre propiedad indígena e individual que surgiera, en el contexto de la demarcación de tierras, debía ser resuelta por medio de un test de proporcionalidad. Evidentemente, con esta decisión del año 2020, la Corte IDH volvía a los criterios ofrecidos por el tribunal el año 2005. Sin embargo, en la práctica, esto no fue así. Ello, porque la Corte IDH, al momento de resolver el caso en el cual consagró nuevamente el test de proporcionalidad, hizo uso, en la práctica, de un criterio de jerarquización.

Ahora bien, el uso del test de proporcionalidad adoptado, al menos teóricamente, por la Corte IDH también resulta de difícil aplicación. Ello, porque el mismo supone no sólo identificar los factores que deben ser objeto de la ponderación, sino también de un criterio que permita mensurarlos conjuntamente. Sin la definición de esos elementos, es posible que la maleabilidad del test en cuestión termine por permitir una aplicación velada de criterios de jerarquía que la propia Corte IDH ha rechazado en su jurisprudencia. En este sentido, si bien el tribunal ha mencionado indirectamente ciertos factores susceptibles de entrar dentro de la ponderación –como la vulnerabilidad de los pueblos indígenas y la especial relación sostenida entre dichos pueblos y los recursos naturales–, aquel no ha definido cómo esos factores deben ser dimensionados frente a otros factores que, eventualmente, podrían resultar también relevantes. Evidentemente, la solución a

este problema pasa por ofrecer criterios sustantivos a los Estados en la materia, criterios cuya definición exceden el ámbito de este trabajo. Ello no necesariamente supondrá definir criterios de jerarquía, cuya aplicación supone un juego de suma cero, en el cual una de las partes obtiene todo lo que busca, y la otra pierde todo lo que pretendía obtener. Por el contrario, los criterios que la Corte IDH debería ofrecer en este ámbito debiesen ser capaces de promover, como lo indicaba el juez Sierra Porto, una cultura del diálogo y la conciliación entre las partes interesadas.

A la luz de la descripción efectuada, resulta claro que los criterios ofrecidos por la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia no fueron capaces de superar, por sí mismos, las dudas e interrogantes que los propios pronunciamientos del tribunal interamericano iban generando en la materia a lo largo del tiempo. En este sentido, las sentencias en cuestión no han sido capaces de resolver, con suficiente claridad, cuáles son las consecuencias normativas que se derivan, para los Estados, de la existencia de derechos de propiedad individual constituidos, de buena fe, por terceros sobre las tierras cuya titularidad es atribuida a comunidades indígenas. Al respecto, la situación al día de hoy es similar a aquella que existía en 2005: más dudas que seguridades. Esto es sumamente complejo, dado que el derecho de propiedad indígena es producto de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH y, por tanto, la única manera que tienen los interesados de comprender el alcance de las obligaciones que aquel derecho produce para los Estados es, precisamente, a partir de las sentencias del tribunal interamericano.

Lo anterior es grave desde una perspectiva de estado de derecho. Ello, no sólo porque la ausencia de definiciones por parte de la Corte IDH afecta la capacidad del sistema interamericano de derechos humanos para ordenar adecuadamente la conducta de sus principales destinatarios –esto es, los Estados–, sino también por una cuestión de debido proceso<sup>44</sup>.

De acuerdo con las reglas procesales del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH es el único actor que puede demandar a un Estado ante la Corte IDH y, por tanto, es el único órgano, junto con los Estados, con capacidad para iniciar procedimientos ante el tribunal. Desde esta perspectiva, solamente la CIDH y los Estados pueden ser partes ante la Corte IDH. Adicionalmente, y como resultado de la evolución de la práctica interamericana, la Corte IDH ha ido progresivamente permitiendo la intervención de la eventual víctima y de sus representantes en los procedimientos ante este tribunal. Sin embargo, los terceros interesados aun no tienen forma alguna de intervenir significativamente en el proceso llevado a cabo ante la Corte IDH. Ello, aun cuando la decisión de la Corte IDH pudiese impactar directamente el ejercicio de sus propios derechos. Evidentemente, una situación como esta puede redundar en la desprotección de los intereses de esos terceros, quienes no disponen de mecanismo procesal alguno para expresar sus intereses, de manera significativa, ante la Corte IDH. En este respecto, tampoco puede asumirse que esos derechos serán, necesariamente, defendidos por el Estado denunciado, cuyos intereses pueden, eventualmente, divergir de aquellos sostenidos por los terceros eventualmente afectados por una

---

<sup>44</sup> A mayor abundamiento, según Goldsworthy (2011, p. 56), al mirar las distintas experiencias comparadas en el Derecho Comparado, no es difícil apreciar que en todos los procesos en los que las cortes generan derechos implícitos a partir de declaraciones de derechos, ellas lo han hecho rechazando la idea de que están creando derechos (y por tanto, en muchos casos, obligaciones para los estados), sino más bien sosteniendo que descubren derechos dentro del texto constitucional, sin agregar nada realmente a la misma.



decisión de la Corte IDH. La eventual presentación del problema descrito, en casos acerca de propiedad indígena, fue advertida por el juez Humberto Sierra Porto en su voto particular en Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, en relación con los campesinos que habrían de ser desplazados. En efecto, tal como lo indicó el magistrado Sierra Porto, los campesinos en cuestión, dada su condición de terceros, se vieron imposibilitados de hacer ver sus puntos de vista delante de la Corte IDH, pese a que la pervivencia de sus derechos dependía, en buena parte, del pronunciamiento de la Corte IDH<sup>45</sup>.

En términos generales, únicamente las comunidades indígenas denunciadas y los Estados podrán intervenir durante el procedimiento interamericano tratándose de casos acerca de propiedad indígena, situación que deja a los terceros eventualmente afectados por la decisión del tribunal sin la posibilidad de hacer ver sus puntos de vista, al menos, de una forma significativa. En este escenario, si esos terceros no cuentan con criterios ciertos que les permitan anticipar las decisiones que los órganos del sistema interamericano puedan adoptar respecto de sus derechos de propiedad individual, entonces carecerán de un mínimo de orientaciones para adoptar sus decisiones de manera razonable, cuestión que, en sí misma representa un grave problema de estado de derecho.

De allí que resulte de tanta importancia que exista, al interior del sistema interamericano, un criterio claro, determinado y cierto que permita resolver los conflictos que pudiesen aparecer en circunstancias en las cuales derechos de propiedad individual e indígena confluyan respecto de un mismo objeto. En efecto, la existencia de ese tipo de criterio permitiría a los terceros predecir, al menos, meridianamente, las decisiones del tribunal interamericano y, de esta manera, decidir acerca de sus eventuales derechos a partir de contextos razonablemente seguros. De lo contrario, esos terceros no dispondrán de estándares suficientemente específicos para ordenar sus propias conductas, cuestión que resulta de alta gravedad a partir de una mirada de estado de derecho.

En resumen: si bien la Corte IDH ha buscado fortalecer la cultura de la legalidad al interior de la región promoviendo el reconocimiento del derecho de propiedad indígena, problemáticas técnicas, asociadas a la realización de las exigencias mínimas de estado de derecho, han dificultado que esas decisiones del tribunal interamericano puedan, finalmente, impactar del todo en la cultura de legalidad de los Estados.

### 3.6. Consecuencias de cara a la cultura de la legalidad

El caso revisado a lo largo de este artículo da cuenta que, en realidad, la sola existencia de un sistema regional de derechos humanos en las Américas no es suficiente para influenciar de forma sustantiva la cultura de la legalidad en los Estados de la región. En efecto, solamente criterios ciertos y determinados permitirán a los Estados comprender el alcance de las obligaciones que el mismo sistema va desarrollando a la luz de la Convención, comprensión que, a su vez, facilitará la implementación de las obligaciones dentro de las jurisdicciones nacionales. Sólo así podría hacerse posible el ejercicio del control de convencionalidad que la Corte IDH ha promovido con tanto esfuerzo durante los últimos años.

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 13.

Evidentemente, la búsqueda del impacto referido en la cultura de la legalidad de los Estados de la región requiere de los órganos del sistema interamericano someter el ejercicio de sus competencias a una disciplina técnica sin la cual, en la práctica, su efectividad se verá muy disminuida. El caso analizado en este trabajo da cuenta de ello. La gran mayoría de los casos que sigue llegando al sistema interamericano en cuestiones de propiedad indígena no son casos en los cuales se discute la titularidad de las comunidades sobre aquel derecho. En realidad, los casos en cuestión son casos en los cuales los Estados, sin desconocer el derecho de propiedad de las comunidades, ha sido incapaz de demarcar y entregar efectivamente las tierras objeto de la discusión a los denunciantes. La lectura atenta de los casos da cuenta que los Estados suelen argumentar que esa incapacidad se debe, entre otras razones, a la existencia de derechos de propiedad individual legalmente constituidos sobre las mismas tierras. En este escenario, adquiere importancia crítica que la Corte IDH ofrezca a los Estados definiciones técnicas claras y precisas respecto a cómo proceder frente al conflicto en cuestión. En este sentido, sólo el pronunciamiento de este tipo de definiciones, por parte del tribunal, permitirá, finalmente, hacer efectivas las obligaciones que la misma Corte IDH ha ido creando jurisprudencialmente para los Estados en esta importante materia. Precisamente, es a través de la implementación de esas obligaciones que la cultura de la legalidad de los Estados se verá beneficiada del aporte jurisprudencial de la Corte IDH. Tal como se señaló en un principio de este trabajo, el sistema interamericano de derechos humanos, como todo sistema regional de derechos humanos, apunta, precisamente, no sólo a la resolución de casos aislados, sino que busca, tal como lo indica el preámbulo de la Convención, «consolidar [...] dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social». En este sentido, la circunstancia de que los conflictos que conoce la Corte IDH, sobre propiedad indígena, tiendan a repetirse a partir de 2005 –básicamente, tensiones entre propiedad indígena y propiedad privada–, no sólo da cuenta de que, eventualmente, existen Estados reticentes a avanzar en relación con este punto. Además, aquella circunstancia da cuenta de que la propia Corte IDH no ha contribuido suficientemente a definir criterios definidos y específicos que permitan a los Estados resolver, por sí mismos, esos conflictos entre propiedad indígena y privada dentro de sus jurisdicciones.

En conclusión: el reforzamiento de una sana cultura de la legalidad al interior de los Estados de la región exige a la Corte IDH realizar suficientemente las exigencias mínimas de estado de derecho en sus sentencias.

#### 4. Conclusión

El papel que representa la Corte IDH ha sido y sigue siendo esencial en la protección y la promoción de los derechos humanos en América Latina. A través de su labor, el tribunal interamericano ha buscado reforzar aspectos de la legalidad de los Estados de la región. Una muestra de ello es su preocupación por la protección y el reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, el reconocimiento de nuevos derechos atribuidos a pueblos indígenas –como el derecho de propiedad indígena–, no ha ido, necesariamente, asociado al cumplimiento –al menos, en grado suficiente– ciertas exigencias de estado de derecho que permiten, en los hechos, facilitar la implementación de sus decisiones, cuestión que, finalmente, permitiría fortalecer la cultura de la legalidad de cada Estado. En efecto, la ausencia de definiciones específicas por parte de la Corte IDH para resolver los conflictos que surjan entre propiedad indígena y propiedad individual afecta, necesariamente, la

implementación de deberes estatales cuyo cumplimiento es exigido por el propio tribunal, entre los que se encuentra, por ejemplo, aquel que exige la delimitación de los territorios reconocidos como propiedad indígena. Finalmente, son situaciones como estas aquellas que impiden que la jurisprudencia de la Corte IDH permee las diversas culturas de la legalidad nacional, frustrando, con ello, uno de los objetivos detrás del establecimiento del sistema interamericano de derechos humanos.

## Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- Antkowiak, T. y Gonza, A. (2017). *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press.
- Barnett, R. (2004). *Restoring the lost constitution: the presumption of liberty*. Princeton University Press.
- Bazán, V. (2014). Algunos retos temáticos para la justicia constitucional en América Latina. En G. Eto Cruz (Ed.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, tomo I (195-240). Centro de Estudios Constitucionales.
- Candia, G. (2017). El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (2), 181-201. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200008&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200008&script=sci_abstract)
- Candia, G. (2015). Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3), 873-902. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300006&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300006&script=sci_abstract)
- Cárdenas, H. (2021). Tensiones entre la propiedad civil y la propiedad indígena: consideraciones de Derecho Privado de la demanda territorial mapuche. *Revista Ius et Praxis*, año 27, (3), 158-178. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122021000300158&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122021000300158&script=sci_abstract)
- Del Pilar, M. (2021). La propiedad comunitaria indígena como *issue* social. Análisis de anteproyectos de ley en Argentina (2015 a la actualidad). *Postdata*, 26 (1), 71-106. [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96012021000100070&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96012021000100070&script=sci_abstract)
- Díaz, R. (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*, 18 (1), 309-352. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-309.pdf>
- Ferrero, R. (2016). Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana. *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, 63, 65-103. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35518.pdf>.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law* (2ª edición). Yale University Press.
- Gajardo Falcón, J. (2015). Reflexiones sobre el derecho a la propiedad colectiva indígena. Comentario del Informe de Fondo N° 125/12 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros con Panamá. *Estudios Constitucionales*, año 13, (1), 417-428. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000100013](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100013)
- Galdámez, L. (2014). El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 329-364. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000100008&script=sci\\_abstract](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000100008&script=sci_abstract).
- Goldsworthy, J. (2011): The case for originalism. En G. Huscroft y B. Miller (eds.), *The*

- challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation* (42-69). Cambridge University Press.  
<https://www.cambridge.org/core/books/abs/challenge-of-originalism/case-for-originalism/544538C6E4E3B0AECEB7221BC5F01945>
- López, S. (2022). Comentario de jurisprudencia: Propiedad colectiva e identidad cultural indígena en Pueblo Xucuru con Brasil y en Asociación Lhaka Honhat con Argentina. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 252, 189-216.  
[https://revistas.udec.cl/index.php/revista\\_de\\_derecho/article/view/8457](https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/8457)
- López, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24, (1), 133-189.  
<https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00133.pdf>.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (ed.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (25-61). Fundación Konrad Adenauer.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3618382>
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 489-509.  
[https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_36055\\_4.pdf/ac\\_758b68-4b9e-170b-e6fb-18569716f391?version=1.0&t=1539654955498](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_36055_4.pdf/ac_758b68-4b9e-170b-e6fb-18569716f391?version=1.0&t=1539654955498).
- Núñez, M. (2017). La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (1), 205-233.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502017000100009](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000100009)
- Ruiz Chiriboga, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. En Sur – *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, 42-69.  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>
- Sanderson, D. (2018). The Residue of *Imperium*: Property and Sovereignty on Indigenous Lands. *The University of Toronto Law Journal* 68(3), Special Issue on Indigenous Law, 319-357.
- Sauca Cano, J.M. (2010). Cultura de la Legalidad. Bosquejo de Exploraciones Conceptuales y metodológicas. Asamblea. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (22), 11-26.  
[https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.\\_22.\\_Jose\\_Maria\\_Sauca\\_Cano.pdf/db7713a3-e732-e7fe-ca02-9ac2798f638b](https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R._22._Jose_Maria_Sauca_Cano.pdf/db7713a3-e732-e7fe-ca02-9ac2798f638b).
- Sollum, L. (2010). The interpretation-construction distinction, *Constitutional Commentary*, 27 (1), 95-118.
- Stavenhagen, R. (1995). Indigenous Peoples: Emerging International Actors, En C. Young (ed.), *Ethnic Diversity and Public Policy* (133-152). Palgrave Macmillan.
- Tapia, R. (2023). Corte Interamericana de Derechos Humanos y Políticas Públicas: Breves comentarios jurisprudenciales. *Serie Informe Justicia – Libertad y Desarrollo*, 27, 4-25. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/03/FEB-SIJ-27-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-y-politicas-publicas-breves-comentarios-jurisprudenciales-febrero23.pdf>.
- Wiersma, L. (2005). Indigenous Lands as Cultural Property: A New Approach to Indigenous Land Claims. *Duke Law Journal*, 54 (4), 1051-1088.  
<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss4/8/>
- Wiessner, S. (1999). Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*, 12, 57-128.  
<https://journals.law.harvard.edu/hrj/wp->

[content/uploads/sites/83/2020/06/12\\_Wiessner\\_Rights-and-Status-of-Indigenous-Peoples.pdf](#)

Whittington, K. (1999): *Constitutional interpretation. Textual meaning, original intent, and judicial review*. Kansas University Press.