

Tierras y derechos humanos

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional



Oficina en Colombia del Alto Comisionado
de las Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

En Colombia, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos abrió su sede en 1997. La Oficina se encuentra en Bogotá, y tiene cuatro suboficinas localizadas en Bogotá, Bucaramanga, Cali y Medellín, que cubren diferentes regiones del país.

Con el fin de ampliar y profundizar las tareas de observación de la situación de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, además de las cuatro suboficinas regionales, la Oficina cuenta con dos oficinas satélites en Pasto y Villavicencio.

La observación realizada en las diferentes regiones del país, le permite al Alto Comisionado presentar informes y recomendaciones que buscan mejorar la situación de derechos humanos.

El acuerdo por medio del cual se estableció la Oficina en Colombia le otorga 4 tareas fundamentales:

- ♦ Observar, sistemática y analíticamente, la situación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en todo el país.
- ♦ Asesorar en estos temas tanto al Gobierno como a las autoridades del Estado (nacionales, regionales y locales), y a las organizaciones de la sociedad civil, y velar por que todo proyecto de ley que incluya temas de derechos humanos sea respetuoso de los instrumentos internacionales en la materia.
- ♦ Prestar cooperación técnica a las autoridades del Estado y a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por el respeto de los derechos humanos y la observancia del derecho internacional humanitario.
- ♦ Informar, difundir y promover los derechos humanos y el derecho internacional humanitario entre los colombianos.

Tierras y derechos humanos

Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional



**OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO
DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

PROGRAMA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

PRIMERA EDICIÓN

Bogotá, mayo de 2012

ISBN

XXXXXXXXXX

COMPILADOR

Alejandro Valencia Villa

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Ángela Lucía Vargas

FOTOGRAFÍA DE LA CARÁTULA

Nicolás Vargas Ramírez

IMPRESIÓN

XXXXXXXXXX

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	11
EL DERECHO DE PROPIEDAD	
El derecho de propiedad ante la Constitución Corte Constitucional Sentencia No. C-223/94	13
El derecho a la propiedad privada, su función ecológica y la venta de tierras Corte Constitucional Sentencia C-189/06	21
LOS SUBSIDIOS DE ADECUACIÓN DE TIERRAS	
Los subsidios de adecuación de tierras Corte Constitucional Sentencia No. C-205/95	61
LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE TIERRAS	
La protección de los usuarios de tierras y la realización del derecho a la alimentación Secretario General de las Naciones Unidas Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación	67
LA INVASIÓN DE TIERRAS	
La sanción a la invasión de tierras y a las urbanizaciones ilegales y el derecho de propiedad Corte Constitucional Sentencia C-157/97	85

LA ADQUISICIÓN O ARRENDAMIENTO DE TIERRAS

Principios mínimos en materia de derechos humanos aplicables a las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala	93
Consejo de Derechos Humanos Anexo al Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación	

EL DERECHO A LA RESTITUCIÓN DE LA TIERRA DE LOS DESPLAZADOS FORZADOS

El riesgo del despojo y el acceso a la propiedad de la tierra por las mujeres desplazadas	97
Corte Constitucional Auto 092/08 en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004	
El derecho a la restitución de la tierra de los desplazados forzados	107
Corte Constitucional Sentencia T-821/07	
La adjudicación de tierras a los desplazados forzados	121
Corte Constitucional Sentencia T-297/08	
El derecho a la vivienda, el principio de progresividad y el desalojo de los desplazados forzados	127
Corte Constitucional Sentencia T-068/10	
El derecho a la restitución de la tierra y el derecho a la vivienda de los desplazados forzados	135
Corte Constitucional Sentencia T-159/11	

EL DERECHO A LA TIERRA Y A LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

El derecho de los miembros de una minoría a disfrutar de su cultura comprende la protección al uso de los recursos de las tierras mediante actividades económicas	143
Comité de Derechos Humanos Caso J. G. A. Diergaardt y otros c. Namibia	
La repercusión de las industrias extractivas sobre los territorios indígenas	155
Consejo de Derechos Humanos Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas	
El derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas	171
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua	

La garantía del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales en condiciones de igualdad	181
Comisión Interamericana de Derechos Humanos Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos	
Un pueblo tribal puede ser considerado dueño legítimo de sus tierras tradicionales y por lo tanto tiene derecho al uso y goce de las mismas	219
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname	
La existencia de un procedimiento efectivo para la reivindicación de tierras indígenas y la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas	225
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay	
La posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas y ese derecho no caduca si se continúan realizando actividades tradicionales en ellas	259
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay	
El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal y de los recursos naturales que se encuentran en el territorio que les pertenece. El reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos tribales y la existencia de recursos judiciales adecuados y eficaces garantizan estos derechos	271
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam	
Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales	321
Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
El derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, la reclamación sobre sus tierras tradicionales y las afectaciones a la identidad cultural por la no restitución de su territorio tradicional	447
Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay	
El concepto de territorio y resguardo indígena	487
Corte Constitucional Sentencia T-634/99	

El concepto de territorio indígena determina el derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios	499
Corte Constitucional Sentencia C-891/02	
El derecho de consulta como mecanismo de participación en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas	503
Corte Constitucional Sentencia C-620/03	
Los predios adquiridos por los pueblos indígenas mediante subsidios serán destinados a la propiedad colectiva y no a la propiedad privada	523
Corte Constitucional Sentencia C-180/05	
Los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran circunscritos al territorio y aquellos que rebasan el ámbito del territorio indígena	531
Corte Constitucional Sentencia T-778/05	
El derecho de los pueblos indígenas al territorio colectivo y los derechos de la población desplazada en materia de desalojo forzoso	
Corte Constitucional Sentencia T-282/11	
La explotación de los recursos naturales mineros en territorios de las comunidades étnicas y el derecho de participación	559
Corte Constitucional Sentencia C-366/11	

EL DERECHO A LA TIERRA Y A LOS RECURSOS NATURALES DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES

El derecho a los recursos naturales de las comunidades negras	
Corte Constitucional Sentencia T-955/03	
El desconocimiento del debido proceso administrativo por dilación injustificada en decidir sobre la titulación colectiva de la propiedad ancestral de una comunidad afrodescendiente	597
Corte Constitucional Sentencia T-909/09	

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

La falta de hogar y el derecho a una vivienda digna	631
Comisión de Derechos Humanos Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto.	

Manual sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas	635
Aplicación de los “Principios Pinheiro” Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Consejo Noruego para los Refugiados (CNR), División Interinstitucional de Desplazados Internos (DIDI) de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)	
El acceso a la tierra como garantía del derecho a la vivienda	751
Consejo de Derechos Humanos Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto.	
El derecho a la vivienda digna y el desalojo del espacio público ocupado	757
Corte Constitucional Sentencia No. T-617/95	
Los bienes fiscales y la vivienda social	769
Corte Constitucional Sentencia C-251/96	
El derecho a la vivienda digna y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC	777
Corte Constitucional Sentencia C-383/99	
El derecho a la vivienda digna y el deber estatal de establecer sistemas adecuados de financiación a largo plazo	783
Corte Constitucional Sentencia C-936/03	
El derecho a la vivienda digna, el principio de progresividad y la póliza de estabilidad y calidad de la vivienda de interés social	793
Corte Constitucional Sentencia C-444/09	
El derecho a la vivienda digna de los desplazados forzados	813
Corte Constitucional Sentencia T-742/09	
La protección al derecho a la vivienda digna y al territorio colectivo y el derecho a la prevención y atención de desastres	817
Corte Constitucional Sentencia T-235/11	

EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

El derecho a una vivienda adecuada	839
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación general No. 4 (Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)	

La naturaleza jurídica del derecho a una vivienda adecuada	849
Comisión de Derechos Humanos Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado	
Los derechos de la mujer, dimensión de género y el derecho a una vivienda adecuada	865
Comisión de Derechos Humanos Estudio realizado por el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación	
Los indicadores del derecho a una vivienda adecuada e identificación de las lagunas normativas del derecho a la tierra	873
Consejo de derechos humanos Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado	
El derecho de los migrantes a una vivienda adecuada	881
Consejo de Derechos Humanos Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado	

LOS DESALOJOS

El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos	889
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Observación general N° 7 (Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)	
Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo	897
Consejo de Derechos Humanos Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, anexo I	

PRESENTACIÓN

La Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, consciente de la necesidad de que las medidas de reparación en materia de restitución de tierras cuenten con un enfoque de derechos humanos, presenta esta compilación que reúne jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre tierras y derechos humanos. El tema de tierras tiene una especial relevancia en la actual coyuntura de derechos humanos de Colombia, puesto que uno de los aspectos centrales de la ley de víctimas y restitución de tierras (ley 1448 de 2011) que establece “medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno”, es la restitución de tierras, contemplada como una de las medidas más importantes de reparación.

Esta publicación reúne cuarenta y siete extractos de pronunciamientos emitidos entre los años 1991 y 2011 por los órganos y mecanismos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional de Colombia. La problemática de la restitución de tierras es transversal a otros temas de derechos humanos como son el derecho a los recursos naturales, el derecho a la vivienda digna, el derecho de propiedad, los derechos de los pueblos indígenas, tribales y afrodescendientes, los derechos de los desplazados, entre otros. Por esta razón, muchos de los extractos muestran la interdependencia del derecho a la tierra con estos y otros derechos.

Con el propósito de guiar al lector, cada uno de los extractos cuenta con un título sobre la problemática central tratada en cada documento. A su vez y con el mismo criterio, varios extractos son reunidos bajo otro título temático. Esta titulación es simplemente ilustrativa puesto que la mayoría de los textos tratan diferentes problemáticas y derechos.

Este libro hace parte de la serie de publicaciones que la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Hu-

manos viene realizando desde el 2001 sobre jurisprudencia y doctrina nacional e internacional en materia de derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional. La selección de los extractos y la edición de la publicación fue realizada por Alejandro Valencia Villa, consultor del programa de promoción y protección de derechos humanos de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Como información importante para el lector se destaca que se han utilizado puntos suspensivos entre corchetes para indicar cuando el compilador ha suprimido una parte de un texto; no se ha efectuado ninguna modificación o sustracción en los documentos sin señalarlo en la forma mencionada. No obstante, se ha modificado el formato de algunos de los textos, en particular los encabezamientos, los títulos y las citas, para dar unidad a la edición. Para presentar los materiales de manera homogénea, se utiliza bastardilla para indicar énfasis en los textos reproducidos, sea cual sea el estilo del documento original (subrayado, bastardilla o negrillas). Las notas de pie de página originales se reproducen con números, conservando la numeración original; cuando excepcionalmente no se reproduce una nota del texto original, esto es indicado. Las notas del editor se señalan con asteriscos.

La Oficina aspira que esta compilación sea de utilidad en particular para todas y todos quienes de alguna forma van a aplicar la ley de víctimas y restitución de tierras o van a exigir su aplicación y en general para todas y todos quienes trabajan por el respeto y la garantía de los derechos humanos.

TODD HOWLAND

EL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad ante la Constitución

Corte Constitucional

Sentencia No. C-223/94

Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Bogotá, mayo 5 de 1994

I. La demanda

Decide la Corte sobre la acción de inconstitucionalidad instaurada [...] contra el artículo 87 de la Ley 135 de 1961, que dice:

“Ley 135 DE 1961

(Diciembre 13)

‘Sobre reforma social agraria’

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

“Artículo 87. Salvas las excepciones que más adelante se indican, los fundos de una extensión superficiaria igual o menor a tres (3) hectáreas se considerarán, para todos los efectos legales, como una especie que no admite división material.

No podrá llevarse a cabo acto alguno de división de un predio que resulte en la Constitución de propiedades cuya superficie sea inferior a la señalada.

En consecuencia, son absolutamente nulos los actos o contratos que contravengan la prohibición establecida en el inciso precedente”.

[...] IV. Consideraciones de la Corte Constitucional

[...] El derecho de propiedad ante la Constitución

El artículo 58 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Esa garantía no es, sin embargo, absoluta. La misma norma constitucional señala que la propiedad es función social que implica obligaciones. El artículo 1º subraya que uno de los fundamentos del Estado colombiano es la prevalencia del interés general y ese principio es desarrollado por el artículo 58 al afirmar que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad está sometida entonces a las restricciones y limitaciones que el legislador juzgue necesario introducir en aras del superior beneficio de la comunidad. En cuanto atañe concretamente a la propiedad rural, la explotación de la tierra tiene que beneficiar a la comunidad, puesto que dentro de la concepción constitucional de este derecho, no se puede entender ni aplicar en exclusivo y egoísta beneficio personal del propietario.

Así, encajan perfectamente dentro del ordenamiento constitucional, mientras sean razonables y consulten la prevalencia del interés general, aquellas disposiciones de la ley mediante las cuales se establecen requisitos mínimos sobre productividad de la tierra, por cuanto ello corresponde a la función social.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 135 de 1961, con el que necesariamente debe vincularse la interpretación de la norma atacada, dicho estatuto se inspiró en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho de propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social.

Según la norma, la ley tiene por objeto:

“Primero. Reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico; reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minifundio y dotar de tierras a los que no las posean, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a ésta su trabajo personal.

Segundo. Fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas, de acuerdo con programas que provean su distribución ordenada y racional aprovechamiento.

Tercero. Acrecer el volumen global de la producción agrícola y ganadera en armonía con el desarrollo de los otros sectores económicos; aumentar la productividad de las explotaciones por la aplicación de técnicas apropiadas y procurar que las tierras se utilicen de la manera que mejor convenga a su ubicación y características.

Cuarto. Crear condiciones bajo las cuales los pequeños arrendatarios y aparceros gocen de mejores garantías, y tanto ellos como los asalariados agrícolas tengan más fácil acceso a la propiedad de la tierra.

Quinto. Elevar el nivel de la vida de la población campesina, como consecuencia de las medidas ya indicadas y también por la coordinación y fomento de los servicios relacionados con la asistencia técnica, el crédito agrícola, la vivienda, la organización de los mercados, la salud y la seguridad social, el almacenamiento y conservación de los productos y el fomento de las cooperativas.

Sexto. Asegurar la conservación, defensa, mejoramiento y adecuada utilización de los recursos naturales”.

Como se observa, era prioritario, en el criterio del legislador, erradicar la inequitativa distribución de la tierra y establecer normas encaminadas a corregir distorsiones tales como el latifundio y el minifundio, el primero por implicar injusta concentración de la riqueza y el segundo por hacer imposible la adecuada explotación económica de los predios rurales, toda vez que ella necesita de una porción de tierra suficiente para que se desarrolle de manera eficiente y real la actividad productiva.

El mismo artículo 1º señaló en su inciso último que los fines en él enumerados habrían de servir de guía para la reglamentación, interpretación y ejecución de la ley.

Es precisamente el aspecto anotado el que explica la consagración de disposiciones como la demandada, de cuyo texto surge el propósito que la anima: impedir que la tierra dedicada a la agricultura se fraccione indefinidamente, en términos tales que cada una de las fracciones resulte completamente improductiva y, por tanto, inepta para el fin que le es propio según los criterios que inspiraron la legislación agraria.

La función de establecer el tope máximo en la división material de la tierra compete al legislador, el cual la debe cumplir atendiendo a los principios constitucionales y, en esta materia específica, el de la función social de la propiedad. En ejercicio de esta atribución la ley fijó tal límite en una extensión superficiaria no inferior a tres (3) hectáreas.

El precepto legal en estudio no puede interpretarse correctamente si se lo considera aislado del artículo que consagra las excepciones a su mandato, es decir, el 88 de la ley.

Consagra esta norma las siguientes salvedades a la limitante establecida por el artículo impugnado:

- a) Las donaciones que el propietario de un predio de mayor extensión haga con destino a habitaciones campesinas y pequeñas explotaciones anexas;
- b) Los actos o contratos por virtud de los cuales se constituyan propiedades de superficie menor a la señalada para un fin principal distinto a la explotación agrícola;
- c) Los que constituyan propiedades que por sus condiciones especiales sea el caso de considerar, a pesar de su reducida extensión, como “unidades agrícolas familiares”, conforme a la definición contenida en el artículo 50;
- d) Las sentencias que declaren la prescripción adquisitiva de dominio por virtud de una posesión iniciada antes de la fecha de la Ley, y las que reconozcan otro derecho igualmente nacido con anterioridad a ella.

Estas previsiones quitan al precepto su carácter absoluto, es decir, atemperan su rigor, haciendo posible la división material en condiciones distintas a las que él establece cuando así lo justifican las situaciones jurídicas enunciadas, sobre la base de que en la respectiva escritura pública se deje constancia de cualquiera de ellas y se hayan cumplido los requisitos especialmente exigidos para los literales b) y c) transcritos (respectivamente, destinación efectiva del terreno al fin señalado en el contrato y protocolización de la aprobación dada al contrato o al proyecto de fraccionamiento por parte del INCORA o de las entidades en las cuales éste delegue esa función).

Como lo señala el Procurador General en su concepto, las excepciones que prescribe el artículo 88 desvirtúan por sí solas las apreciaciones del actor pues hacen racional la aplicación del artículo acusado.

A lo anterior debe añadirse que el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra, garantizado en el artículo 64 de la Constitución, no tendría razón de ser si esa propiedad fuera improductiva o inútil para quien accede a ella y para la colectividad.

Por otra parte, según el artículo 65 de la Carta, la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado, el cual tendrá a su cargo todas aquellas políticas enderezadas al incremento de la productividad.

Recuérdese, además, que según el artículo 334 de la Constitución, la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, el cual deberá intervenir por mandato de la ley, entre otras cosas, en el uso del suelo, para racionalizar la economía y con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y

los beneficios del desarrollo, así como para promover la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Por otra parte, no es cierto que el artículo impugnado desconozca el principio de igualdad.

En efecto, como lo ha repetido la Corte, una adecuada interpretación de dicho postulado implica el reconocimiento de que no todas las situaciones son idénticas. Puede así el Estado, sin vulnerar la igualdad y, por el contrario, realizándola, dar trato diferente a hipótesis diversas. Tal es el caso de la propiedad rural frente a la urbana, ya que una y otra no pueden ser consideradas bajo los mismos criterios económicos ni sociales, ni reguladas de manera exacta desde el punto de vista jurídico. Así, no puede partir del mismo supuesto para establecer los criterios sobre extensión superficiaria mínima de un predio, independientemente de que esté ubicado en el campo o la ciudad, pues bien es sabido que el primero tiene por destinación preponderante la explotación agrícola y ganadera, cuya eficiencia se debe garantizar, lo que no acontece en el caso del segundo. [...]

Salvamento de voto

Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

No obstante el respeto que me merece la Sentencia de la Corte Constitucional, debo apartarme en esta oportunidad de su decisión, por las razones que sintéticamente expongo a continuación.

1. No se discute que la propiedad es una función social que implica obligaciones (CP art. 58). Tampoco que la propiedad, en buena parte, sea un derecho susceptible de una amplia configuración legal. Lo que, en cambio, considero censurable desde la perspectiva constitucional, es admitir como posible cualquier tipo de función social o de restricción legal a la propiedad, así carezcan de sustento real, sean irracionales o generen un tipo de desigualdad proscrita.

2. Esta Corporación, pese a reconocer – no podía ser de otra manera – la función social de la propiedad, ha puesto de presente que la ley que se ocupe de configurar el derecho de propiedad, tiene límites que provienen del núcleo esencial de este derecho, como quiera que todavía subsiste como derecho constitucional.

“...La delimitación legal del contenido del derecho de propiedad, no puede desvirtuar la institución de la propiedad, sin que ello signifique la necesidad de mantenerla en todos los casos. De una parte, la propiedad está expresamente

garantizada en la Constitución. De otra, la misma está ligada con la libertad económica, igualmente protegida como base del sistema económico (CP arts. 333 y 150–21). La regulación legal debe, pues, dejar un ámbito, así sea reducido y condicionado, que permita la satisfacción del interés privado y la adopción de concretas posibilidades de acción por parte de su titular, ámbito que en modo alguno puede construirse de manera apriorista y abstracta.

Ese núcleo irreductible de poder, garantizado por la Constitución, se refiere al nivel mínimo que pueden objetivamente tener las facultades de goce y disposición del bien para permitir a su titular extraer su utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que, en la conciencia social, alcancen a justificar la presencia de un interés privado y a reconocer como subsistentes los rasgos que distinguen un cierto tipo de propiedad. Indudablemente, aquélla y éstos se esfumarían si las limitaciones y obligaciones sociales impuestas al propietario son irrazonables y coartan toda posibilidad efectiva de utilidad puramente individual del derecho”¹.

3. El límite máximo que la ley establece a la división material de los fundos – tres hectáreas –, pretende evitar el “fraccionamiento antieconómico”, dentro de la idea de que la “productividad económica” satisface la función social de la propiedad. Las técnicas modernas de explotación y los usos productivos han variado y evolucionado desde 1961, año en que se dictó la medida. Hoy día unidades de explotación, inferiores a tres hectáreas, pueden ser plenamente productivas. De otro lado, las formas sociales de organización del trabajo y de coordinación entre pequeños productores, en las distintas fases de producción y mercadeo, les ha permitido fortalecer su presencia económica.

La fijación del límite máximo, por lo tanto, ha debido ser analizada con visión histórica. La evolución de las técnicas y de las formas sociales de producción –que inexplicablemente la Corte no tuvo en consideración–, le ha restado razonabilidad a la restricción legal.

En efecto, ya no puede sostenerse que la restricción legal sirva de *medio* para la consecución del *fin* consistente en estimular la productividad económica. Predios de inferior cabida– al alcance del hombre y de su técnica –pueden ser tanto o más productivos que los que superen las tres hectáreas. En este orden de ideas, la sobreviniente ausencia de racionalidad económica, convierte la restricción en generadora de una desigualdad –carente de justificación– entre los titulares de predios de más de tres hectáreas, cuyo poder de disposición jurídica se conserva, y los titulares de predios de menos de tres

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993.

hectáreas cuyo poder de disposición se restringe en forma casi que absoluta. A este respecto, la Corte, en lugar de centrar la operación de comparación entre los predios rurales de distinta extensión, lo hace, equivocadamente, entre éstos y los urbanos, lo que obviamente la lleva a ignorar la manifiesta desigualdad que la norma suscita.

4. El arbitrario límite al fraccionamiento jurídico de los fundos, se erige en cuestionable barrera al acceso voluntario a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores agrarios (CP art. 64) que no dispongan de los recursos económicos para adquirir predios de más de tres hectáreas, y que si contaran con el apoyo técnico que debe proveer el Estado (CP art. 64) bien podrían adelantar explotaciones rentables en superficies menores. Es incomprensible que junto al estrepitoso fracaso de las “reformas agrarias” y del incumplimiento de la promesa que ellas ofrecen –“la tierra es para quien la trabaja”–, se mantenga la clausura del mercado de compra y venta de pequeños predios, hurtando de esta manera al *trabajador agrario* la posibilidad de convertirse en *propietario agrario*. El trabajador agrario se enfrenta, paradójicamente, a una suerte de “feudalización” de la propiedad rural que se ha decretado, así se asegura, en “su beneficio”.

5. Finalmente, el modelo de desarrollo sostenible (CP art. 80), que pregonaba la Constitución, supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, que no parece sea compatible con una frontera agrícola en permanente expansión. En ese sentido, la liberalización del mercado compuesto por lo pequeños predios puede contribuir a estimular la adecuada y eficiente utilización de la superficie que la sociedad actualmente destina a la producción.

El derecho a la propiedad privada, su función ecológica y la venta de tierras

Corte Constitucional

Sentencia C-189/06

Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

Bogotá, marzo 15 de 2006

[...] II. Texto de la norma acusada

A continuación se transcribe el texto del artículo parcialmente acusado, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 29.861 de enero 27 de 1959, resaltándose la parte demandada.

“LEY 2ª DE 1959

(enero 17)

“Sobre economía forestal de la Nación y conservación
de recursos naturales renovables”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 13. Con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales, declárese “Parques Nacionales Naturales” aquellas zonas que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, delimite y reserve de manera especial, por medio de Decretos, en las distintas zonas del país y en sus distintos pisos térmicos, y en las cuales, quedará prohibida la adjudicación de baldíos, *las ventas de tierras*, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona. Dentro de estos parques pueden crearse reservas integrales biológicas, en los casos en que ello se justifique a juicio del Ministerio de Agricultura y de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales”.

[...] VI. Consideraciones de la Corte [...]

Problema jurídico

2. De acuerdo con los argumentos esgrimidos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a esta Corporación establecer, si se desconoce o no el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, cuando en la norma demandada se prohíbe “*las ventas de tierras*” que integran el denominado Sistema de Parques Nacionales Naturales.

Para resolver el citado interrogante, la Sala Plena (i) realizará unas breves consideraciones sobre el derecho a la propiedad privada y su función ecológica en el Estado Social de Derecho; (ii) reiterará –a continuación– sus precedentes en relación con el núcleo esencial del citado derecho; (iii) y finalizará con el estudio puntual acerca de la exequibilidad o inexecutable del precepto legal demandado.

Del derecho a la propiedad privada y su función ecológica en el Estado Social de Derecho

3. La Constitución Política de 1991, en el artículo 58, al recoger el criterio funcionalista de la propiedad^{1*}, la reconoce como un derecho económico que apunta primordialmente a garantizar la participación del propietario en la organización y desarrollo de un sistema económico–social, mediante el cual se pretende lograr el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, que se traducen en servir a la comunidad, promover la prosperidad general, estimular el desarrollo económico y lograr la defensa del medio ambiente (C.P. arts. 2, 8, 58, 79 y 80).

La propiedad privada, como fundamento de las relaciones económicas, sociales y políticas, ha sido concebida a lo largo de la historia, como aquella relación existente entre el hombre y las cosas que lo rodean, que le permite a toda persona, siempre y cuando sea por medios legítimos, incorporar a su patrimonio los bienes y recursos económicos que sean necesarios para efectuar todo acto de uso, beneficio o disposición que requiera.

El concepto de propiedad no ha sido una idea estática e inamovible. En un comienzo en el derecho romano fue concebido bajo una estructura sagrada,

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Sentencia C–595 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

absoluta e inviolable², que a pesar de ser abandonada en la época feudal por razón de la restricción del comercio³, fue retomada al amparo del triunfo de las revoluciones burguesas, configurándose –en ese momento– como un derecho natural de los ciudadanos contra la opresión del monarca. De esta forma el derecho a la propiedad, aseguró a cada hombre un espacio exclusivo e imperturbable en el que no existía injerencia alguna sobre sus bienes, y que garantizaba un poder irrestricto y autónomo sobre sus posesiones.

Sin embargo, esa noción clásica de la propiedad, que se inscribe en una concepción individualista, progresivamente fue cediendo a las exigencias de justicia social y de desarrollo económico sostenible, que le imprimieron una importante variación en su concepción, pues pasó de ser considerada como un derecho absoluto para convertirse en un derecho relativo, susceptible de limitación o restricción, en aras de hacer efectivos los intereses públicos o sociales que priman en la sociedad⁴.

4. El Constituyente de 1991 no fue ajeno a esa evolución de la doctrina⁵. Como primera medida, la actual Carta reconoce al igual que lo hizo la Constitución de 1886 que el interés privado debe ceder ante el interés público o social cuando quiera que aquellos se encuentren en conflicto⁶. En concordancia con lo anterior, la Constitución prescribe que a la propiedad le corresponde cumplir funciones sociales y ecológicas que además de ser inherentes al reconocimiento del citado derecho conducen a la imposición de obligaciones que legitiman su ejercicio. En desarrollo de estas máximas, el Constituyente le otorgó al Estado la posibilidad de decretar expropiaciones por motivos de utilidad pública o de interés social previamente definidos por el legislador,

2 PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9^o Edición. Ediciones jurídicas. Buenos Aires. Pág. 229 y subsiguientes.

3 Véase, GALGANO. Francesco. Historia del Derecho Mercantil. Editorial Laia. Barcelona. 1980. ASCARELLI. Tulio. Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil. Editorial Bosch. Barcelona. 1964.

4 Así se sostuvo en sentencia T–245 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz), en los siguientes términos: *“En el derecho moderno, se reconoce a la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios”*.

5 Véase, al respecto, T–427 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T–554 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), C–595 de 1999. (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C–204 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T–746 de 2001. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C–491 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C–1172 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

6 Sobre la materia, la Constitución de 1886, en el artículo 31, disponía que: *“Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. // Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al Artículo siguiente”*.

por vía administrativa o mediante sentencia judicial, siempre que se reconozca el pago de una indemnización a la persona privada de su derecho con arreglo a la ley (C.P. art. 58). Igualmente, la Carta Política reconoce que se podrá declarar extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social (C.P. art. 34).

La propiedad privada cede también frente al interés público en caso de guerra y únicamente para atender los requerimientos propios del enfrentamiento armado, lo cual incluye la posibilidad de que la propiedad inmueble sea ocupada temporalmente de acuerdo con las necesidades del conflicto (C.P. art. 59, Ley 137 de 1994. art. 26). Del mismo modo, en reconocimiento de la función social que le confiere la Constitución, la propiedad privada también puede ser gravada por el Estado de acuerdo con los criterios de justicia y equidad (C.P. arts. 95–9 y 338), tal y como ocurre con la potestad de los municipios de imponer tributos a la propiedad inmueble prevista en el artículo 317 Superior⁷.

En este orden de ideas, la propiedad privada ha sido reconocida por esta Corporación como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho (C.P. arts 1° y 95, nums, 1 y 8)⁸. De manera que el mismo ordenamiento jurídico a la vez que se encuentra comprometido con el respeto a su núcleo esencial, debe adoptar medidas que permitan asegurar el logro de las citadas funciones, lo que conduce –en últimas– a consolidar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas en el Texto Superior.

5. Ahora bien, conforme a la normatividad civil se entiende por dominio o propiedad, el derecho real más completo que se puede tener sobre una cosa corporal o incorporeal, ya que otorga a su titular las máximas facultades que

7 Dispone la norma en cita: *“Sólo los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Lo anterior no obsta para que otras entidades impongan contribución de valorización. // las ley determinará un porcentaje de estos tributos, que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de los municipios del área de su jurisdicción”* Así, por ejemplo, en sentencia C–275 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), esta Corporación manifestó que el derecho a la propiedad privada *“no es en modo alguno de carácter absoluto y su reconocimiento constitucional no comporta la inmunidad del dueño ante la potestad del Estado de imponer tributos que tornen por base la propiedad”*.

8 Véase, sentencia T–427 de 1998.M.P. Alejandro Martínez Caballero.

se pueden predicar sobre un bien. Así se encuentra definido en los artículos 669 y 670 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Artículo 669. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente*⁹, no siendo contra ley o contra derecho ajeno. // La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.

Artículo 670. Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”.

Esta Corporación en sentencia C-595 de 1999, al pronunciarse sobre la exequibilidad del citado artículo 669 del Código Civil, declaró inexecutable la expresión “*arbitrariamente*”, por entender que la misma envuelve un marcado interés individualista reconocido por el legislador en el año de 1887, que no resulta compatible al amparo de una nueva Constitución, que se cimienta sobre el principio del Estado Social de Derecho, y que, por lo tanto, excluye una concepción absoluta, sagrada e inviolable de la propiedad privada. Textualmente, este Tribunal manifestó:

“*La Constitución de 1991 reconstituyó a Colombia como un “Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria... fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.* // Como lógico corolario, la configuración del derecho de propiedad (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social; agregó además el Constituyente que al derecho de propiedad le es inherente *una función ecológica* y creó, con el mandato de que sean protegidas, y promovidas *formas asociativas y solidarias de propiedad*. (...)”

De todo lo que anteriormente se ha expuesto se desprende con meridiana claridad que el concepto de propiedad que se consagra en la Constitución colombiana de 1991, y las consecuencias que de él hay que extraer (la doctrina de la Corte ejemplificada en las citas anteriores así lo confirma), es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887 y, por tanto, que el uso que allí se prescribe del concepto de propiedad, dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del art. 669 del Código Civil según el cual, el propietario puede ejercer las potestades implícitas en su derecho *arbitrariamente*, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia. // A más de lo anterior, es pertinente subrayar que ciertos conceptos jurídicos definidos por el legislador, cumplen una importante función simbólica, v.gr: *libertad, responsabilidad, obligación, facultad, culpa, y,*

9 La expresión resaltada y subrayada fue declarada inexecutable por esta Corporación mediante sentencia C-595 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

por tanto, suministran la clave de lo que el ordenamiento es, de la filosofía que lo informa; en este caso, queda claro que el artículo 669 no puede simbolizar de modo veraz lo que es hoy el dominio en Colombia, por mandato del Estatuto soberano.

La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la *ley* y el *derecho ajeno* pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema. // Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término *arbitrariamente* (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado”.

Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un *derecho pleno* porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un *derecho exclusivo* en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un *derecho perpetuo* en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue –en principio– por su falta de uso; (iv) Es un *derecho autónomo* al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un *derecho irrevocable*, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un *derecho real* teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.

En cuanto a sus atribuciones, las mismas persisten desde el derecho romano¹⁰ y se resumen en los actos materiales y jurídicos que permiten a su titular el aprovechamiento de su derecho, en concreto, a través de los beneficios del uso, el fruto y la disposición. En cuanto al primero, reconocido como el *ius utendi*, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de *ius fruendi o fructus*, se manifiesta

10 PETIT. Eugéne. Op.Cit. Pág. 230.

en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el tercero, que se denomina *ius abutendi*, consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.

6. De acuerdo con lo expuesto y teniendo como fundamento la Constitución Política de 1991, es claro que puede definirse a la propiedad privada como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporeal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias.

Por lo que respecta a la función ecológica de la propiedad, puede afirmarse que su consagración constitucional constituye una novedosa respuesta del Constituyente a la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (C.P. arts. 79 y 80).

En este contexto, como lo ha reconocido esta Corporación, con la introducción de la citada función ecológica se ha incorporado una concepción del ambiente como límite para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, propiciando lo que este Tribunal ha denominado como “*ecologización de la propiedad*”. Al respecto, en sentencia C-126 de 1998¹¹, la Corte señaló:

“[El] cambio de paradigma que subyace a la visión ecológica sostenida por la Carta implica que la propiedad privada no puede ser comprendida como antaño. En efecto, en el Estado liberal clásico, el derecho de propiedad es pensado como una relación individual por medio de la cual una persona se apropia, por medio de su trabajo, de los objetos naturales. Esta concepción fue legitimada, desde el punto filosófico, por autores como Locke, para quien el trabajo es necesario para que el ser humano subsista, pues sólo de esa manera puede satisfacer sus necesidades materiales, por lo cual se entiende que, por medio del trabajo productivo, la persona se apropia del bien sobre el cual ha recaído su labor, con lo cual saca ese objeto del estado originario en que todos los recursos naturales pertenecían a todos. A su vez, la economía política clásica, de autores como Adam Smith, defendió la idea de que esa apropiación individualista era socialmente benéfica ya que permitía una armonía social, gracias a los mecanismos de mercado. Sin embargo, con la instauración del Estado interventor, esa perspectiva puramente liberal e individualista de la propiedad entra en crisis, con lo cual el dominio deja de ser una relación estricta entre el propietario y el bien, ya que se reconocen derechos a todos los demás

11 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

miembros de la sociedad. Es la idea de la función social de la propiedad, que implica una importante reconceptualización de esta categoría del derecho privado, ya que posibilita que el ordenamiento jurídico imponga mayores restricciones y cargas a la propiedad, al decir de Duguit, como la propiedad reposa en la utilidad social, entonces no puede existir sino en la medida de esa utilidad social. *Ahora bien, en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios*”. (Resaltado por fuera del texto original).

En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha distinguido con el nombre de “*Constitución Ecológica*”, conformada por el “conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección”¹².

En efecto, a partir de una lectura sistemática y armónica de las normas que orientan la concepción ecologista de la Constitución Política, particularmente de los artículos 2°, 8°, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 95–8, 277–4, 289, 300–2, 313–9, 317, 331, 333, 334 y 366, es posible sostener que el Constituyente de 1991 tuvo una especial preocupación por la defensa y conservación del ambiente y la protección de los bienes y riquezas ecológicas y naturales necesarios para un desarrollo sostenible. Por lo que, hoy en día, el ambiente sano no sólo es considerado como un asunto de interés general, sino primordialmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todas las personas en cuanto representan una colectividad¹³.

En esta medida, la Constitución Política dispone que la protección del ambiente y de los recursos naturales es un asunto que corresponde en primer lugar al Estado, señalando además que los particulares son responsables del cumplimiento de los deberes relacionados con la conservación del mismo

12 Véase, sentencias T–411 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C–519 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T–046 de 1999 (M.P. Hernando Herrera Vergara), C–596 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), C–431 de 2000 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

13 Sentencia T–466 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

(C.P. art. 95–8). Así, por ejemplo, en sentencia C–430 de 2000¹⁴, la Corte reconoció el conjunto de atribuciones y deberes concurrentes que en materia de protección al ambiente le asisten al Estado y a los particulares, en los términos que a continuación se exponen:

“[Por una parte] se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas –quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación–; por la otra, se impone el Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera”.

Cabe destacar que los derechos y las obligaciones ecológicas definidas por la Constitución Política giran, como lo reconoce el artículo 80 Superior¹⁵, en torno al concepto de *desarrollo sostenible*, el cual, en palabras de esta Corporación, pretende, “superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo –indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente”¹⁶.

14 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

15 Dispone la norma en cita: “*El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. // Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. // Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situaciones en las zonas fronterizas*”.

16 Sentencia C–058 de 1994. (M.P. Alejandro Martínez Caballero). En idéntico sentido, en sentencia C–519 de 1994, esta Corporación sostuvo que: “*El concepto de desarrollo sostenible, esto es, la necesidad de compatibilizar, articular y equilibrar el desarrollo humano con el entorno ecológico, de forma tal que las necesidades de la generación presente no comprometa la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades, apareció por primera vez en el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1987, también conocido como el informe “Nuestro Futuro Común”. En dicho documento se señaló: “La satisfacción de las necesidades y aspiraciones humanas es el principal objetivo del desarrollo. En los países en desarrollo no se satisfacen las necesidades esenciales –alimento, ropa, abrigo, trabajo– de gran número de personas, que tienen además legítimas aspiraciones a una mejor calidad de vida. Un mundo en que la pobreza y la desigualdad son endémicas estará siempre propenso a crisis ecológicas o de otra índole. El desarrollo duradero requiere la satisfacción de las necesidades básicas de todos y extiende a todos la oportunidad de satisfacer sus aspiraciones a una vida mejor (...) El crecimiento y el desarrollo económicos implican evidentemente cambios en los ecosistemas físicos. No todo ecosistema se puede conservar intacto en todo lugar. Un bosque se puede agotar en una parte de la vertiente y prosperar en otra parte, cosa que no es censurable si se ha planeado la explotación y se han tenido en cuenta sus efectos sobre las tasas de erosión del suelo, régimen del*

Así las cosas, es evidente que el desarrollo social y la protección del medio ambiente imponen un tratamiento unívoco e indisoluble que permita progresivamente mejorar las condiciones de vida de las personas y el bienestar social, pero sin afectar ni disminuir irracional o desproporcionadamente la diversidad natural y biológica de nuestro ecosistema. Sobre esta particular, la Corte ha señalado que:

“El crecimiento económico, fruto de la dinámica de la libertad económica y la propiedad privada, puede tener un alto costo ecológico y proyectarse en una desenfrenada e irreversible destrucción del medio ambiente, con las secuelas negativas que ello puede aparejar para la vida social. La tensión desarrollo económico –conservación y preservación del medio ambiente, que en otro sentido corresponde a la tensión bienestar económico– calidad de vida, ha sido decidida por el Constituyente en una síntesis equilibradora que subyace a la idea de desarrollo económico sostenible consagrada de diversas maneras en el texto constitucional (CP arts. 80, 268–7, 334, 339 y 340)”¹⁷.

En otro pronunciamiento este Tribunal dispuso:

“Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatibles el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señala la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación. (...)

El particular al realizar su actividad económica tiene que adecuar su conducta al marco normativo que la orienta, la controla y la verifica, con el fin de que no cause deterioro al ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental. (...)

La autoridad ambiental, debe admitir el ejercicio de una actividad económica legítima cuando su ejercicio no comprometa los límites tolerables de la conta-

agua y las pérdidas genéticas. En general, los recursos renovables como los bosques y los bancos de peces no se agotan necesariamente si la explotación se mantiene dentro de los límites que establecen la regeneración y el crecimiento natural. Pero la mayoría de los recursos renovables forman parte de un sistema complejo e interconectado, y es preciso definir el máximo rendimiento durable después de haber considerado los efectos que la explotación tendrá sobre el conjunto del sistema (...). En suma, el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas”.

17 Sentencia T–251 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

minación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad¹⁸.

7. Para lograr precisamente el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹, que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58, se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho.

Uno de los límites que se han reconocido en el ordenamiento jurídico a través de los cuales el legislador restringe las libertades individuales de las personas, entre ellas, el derecho a la propiedad privada, en aras de lograr la conservación o preservación del medio ambiente, lo constituyen las reservas de recursos naturales renovables, previstas en el artículo 47 del Código Nacional de Recursos Naturales. Al respecto, dispone la citada norma:

“Sin perjuicio de derechos legítimamente adquiridos por terceros o de las normas especiales de este Código, podrá declararse reservada una porción determinada o la totalidad de recursos naturales renovables de una región o zona cuando sea necesario para organizar o facilitar la prestación de un servicio público, adelantar programas de restauración, conservación o preservación de esos recursos y del ambiente, o cuando el Estado resuelva explotarlos”.

Dentro del concepto general del régimen de reservas, una de sus principales manifestaciones es el Sistema de Parques Nacionales Naturales, que debido a su importancia ecológica, es considerado por el Constituyente de 1991 en el artículo 63 como un bien del Estado, frente al cual se predicen los atributos de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad propios de los bienes de uso público²⁰. Mediante el Sistema de Parques Nacionales Naturales, tal y como lo reconoce la doctrina²¹, se delimitan áreas que por

18 Sentencia T-254 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

19 Véase, sentencias C-126 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-1172 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Al respecto, en sentencia C-649 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), esta Corporación manifestó: *“Debe precisar la Corte, en primer término, cuál es el alcance de la regulación contenida en el artículo 63 de la Constitución. Con este propósito observa que esta norma distingue entre: bienes de uso público; parques naturales; tierras comunales de grupos étnicos; tierras de resguardo; patrimonio arqueológico de la Nación, así como otros bienes determinados por el legislador, que tienen la calidad de inalienables, imprescriptibles e inembargables. // Se equivoca el demandante, cuando asimila los bienes de uso público a que alude el artículo 674 del Código Civil, con los demás bienes que menciona la referida disposición constitucional, es decir, tanto los allí determinados, como otros que la ley pueda afectar con las limitaciones antes mencionadas”*.

21 Véase, VALENCIA ZEA. Arturo. Derecho Civil. Derechos Reales. Décima Edición. Tomo II. Temis. Bogotá. 2001.

los valores de conservación de sus ecosistemas, o por sus condiciones especiales de flora y fauna, representan un aporte significativo para la investigación, educación, recreación, cultura, recuperación o control, no sólo de nuestro país sino en general del patrimonio común de la humanidad.

En estos términos, se define el mencionado sistema en el artículo 327 del Código Nacional de Recursos Naturales, como: “*el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio nacional que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran*”.

Como lo ha reconocido esta Corporación, el Sistema de Parques Nacionales Naturales se convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no sólo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular²². En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques²³ y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar. Así, por ejemplo, al declararse un parque como “*santuario de flora*” solamente se pueden llevar a cabo actividades de conservación, recuperación, control, investigación y educación²⁴.

22 Véase, sentencia C-649 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

23 Dispone, al respecto, el artículo 328 del Decreto 2811 de 1974: “*Artículo 328. Las finalidades principales del sistema de parques nacionales son: a) Conservar con valores sobresalientes de fauna y flora y paisajes o reliquias históricas, culturales o arqueológicas, para darles un régimen especial de manejo fundado en una planeación integral con principios ecológicos, para que permanezcan sin deterioro; b) La de perpetuar en estado natural muestras de comunidades bióticas, regiones fisiográficas, unidades biogeográficas, recursos genéticos y especies silvestres amenazadas de extinción, y para: 1. Proveer puntos de referencia ambientales para investigaciones científicas, estudios generales y educación ambiental. 2. Mantener la diversidad biológica. 3. Asegurar la estabilidad ecológica, y c) La de proteger ejemplares de fenómenos naturales culturales, históricos y otros de interés internacional, para contribuir a la preservación del patrimonio común de la humanidad.*”

24 Sobre la materia, señalan los artículos 329, 331 y 332 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables: “*Artículo 329. El sistema de parques nacionales tendrá los siguientes tipos de áreas: a) Parque Nacional: área de extensión que permita su autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo nacional y para su protección se somete a un régimen adecuado de manejo; b) Reserva natural: área en la cual existen condiciones primitivas de flora, fauna y gea, y está destinada a la conservación, investigación y estudio de sus riquezas naturales; c) Área natural única: área que, por poseer condiciones especiales de flora o gea, es escenario natural raro; d) Santuario de flora: área dedicada a preservar especies o comunidades vegetales para conservar recursos genéticos de la flora nacional; e) Santuario de fauna: área dedicada a preservar especies o comunidades de animales silvestres, para conservar*

Lo anterior no implica que los bienes de carácter privado cambien o muten de naturaleza jurídica, por ejemplo, en cuanto a los legítimos dueños de los terrenos sometidos a reserva ambiental, sino que, por el contrario, al formar parte de un área de mayor extensión que se reconoce como bien del Estado, se someten a las limitaciones, cargas y gravámenes que se derivan de dicho reconocimiento, lo que se traduce, en tratándose de los parques naturales, en la imposibilidad de disponer dichos inmuebles por fuera de las restricciones que surgen de su incorporación al citado sistema. Precisamente, en la mencionada sentencia C-649 de 1997²⁵, esta Corporación manifestó:

“(…) Lo anterior conduce a considerar que, con fundamento en la Constitución, le corresponde al legislador establecer el marco normativo general relativo al ambiente, dentro del cual necesariamente se comprenden las regulaciones concernientes a los recursos naturales renovables. Por lo tanto, corresponde al legislador determinar las condiciones bajo las cuales se pueden constituir dichas reservas o sustraer las áreas de tales reservas, con la salvedad que mas adelante se hará.

El derecho constitucional que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano, configura indudablemente un cometido estatal, que se cumple no solamente a través de la acción legislativa, sino de la actividad administrativa. Es decir, que cuando la Constitución impone al Estado el deber de asegurar el goce del referido derecho a las personas, indudablemente hay que entender que tal deber pesa sobre todas las ramas del poder público. De este modo se explica que dentro

recursos genéticos de la fauna nacional, y f) Vía parque: faja de terreno con carretera, que posee bellezas panorámicas singulares o valores naturales o culturales, conservada para fines de educación y esparcimiento”.

“Artículo 331. Las actividades permitidas en el sistema de parques nacionales son las siguientes: a) En los parques nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura; b) En las reservas naturales las de conservación, investigación y educación; c) En las áreas naturales únicas las de conservación, investigación y educación; d) En los santuarios de flora y fauna, las de conservación, de recuperación y control, de investigación y educación, y e) En las vías parques las de conservación, educación, cultura y recreación”.

“Artículo 332. Las actividades permitidas en las áreas de sistemas de parques nacionales deberán realizarse de acuerdo con las siguientes definiciones: a) De conservación: son las actividades que contribuyen al mantenimiento en su estado propio los recursos naturales renovables y al de las bellezas panorámicas y fomentan el equilibrio biológico de los ecosistemas; b) De investigación: son las actividades que conducen al conocimiento del ecosistema y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país; c) De educación: son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas; d) De recreación: son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del sistema de parques nacionales; e) De cultura: son las actividades tendientes a promover el conocimiento de valores propios de una región, y f) De recuperación y control: son las actividades, estudios e investigaciones, para la restauración total o parcial de un ecosistema o para acumulación de elementos o materia que lo condicionan”.

de los cometidos de la administración relativos al manejo, preservación, conservación, restauración y sustitución del ambiente, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del legislador a aquélla, para constituir reservas, modificarlas o sustraer de ellas las áreas o zonas correspondientes.

La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste”.

En este orden de ideas, es claro que mediante la incorporación de terrenos de propiedad privada al Sistema de Parques Nacionales Naturales se puede limitar el ejercicio de las atribuciones que surgen del derecho a la propiedad privada, estableciendo restricciones o gravámenes que condicionan el uso, la explotación y disponibilidad de los inmuebles que lo integran. En todo caso, si bien dichas restricciones se ajustan a los pilares de la Constitución Ecológica, y por lo mismo, a la función que en materia de protección al medio ambiente establece la Carta Fundamental frente al desarrollo del mencionado derecho a la propiedad privada (C.P. art. 58), las mismas deben ser razonadas y proporcionales de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación procederá a reiterar la jurisprudencia acerca del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, para con posterioridad proceder al análisis de constitucionalidad de la disposición acusada.

Del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada

8. Este Tribunal, entre otras, en las sentencias T-427 de 1998²⁶, T-554 de 1998²⁷, C-204 de 2001²⁸, T-746 de 2001²⁹, C-491 de 2002³⁰ y C-1172 de 2004³¹, ha reconocido que el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposi-

26 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

27 M.P. Fabio Morón Díaz.

28 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

29 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

30 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

31 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

ción, que produzcan utilidad económica en su titular. Así lo sostuvo inicialmente en la citada sentencia T-427 de 1998³², al manifestar que:

“En ese orden de ideas y reivindicando el concepto de la función social, el legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, respetando sin embargo, el núcleo del derecho en sí mismo, relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”.

La misma posición jurisprudencial fue reiterada en las sentencias T-554 de 1998³³ y C-204 de 2001³⁴. En este último caso, al declarar exequible el artículo 2529 del Código Civil que exige al poseedor de un bien cuyo propietario resida en el extranjero, el doble del tiempo que se impone al poseedor cuyo dueño habita en el territorio colombiano, para adquirir por prescripción. En relación con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, la Corte señaló:

“De otro lado, sí el legislador puede imponer restricciones al derecho de dominio, también puede condicionar el acceso a él por prescripción señalando distintos periodos de tiempo para ello, sin que de ninguna manera desconozca el núcleo esencial del derecho a la propiedad, porque *el mínimo de goce y disposición de un bien se mantiene, aún cuando el titular no los ejerza*. Tampoco resultan afectados los derechos del poseedor, ya que las facultades de uso y goce con ánimo de señor y dueño se mantienen, pero nunca la de disposición, de la cual tan solo existe una mera expectativa. En estos términos, la Corte considera que la norma acusada no resulta desproporcionada en detrimento del poseedor, porque sus derechos quedan siempre a salvo, y que en cambio si permite compensar la situación del propietario ausente”³⁵.

En idéntico sentido, este Tribunal se pronunció en las sentencias T-746 de 2001³⁶ y C-491 de 2002³⁷. En esta última oportunidad, el fallo de esta Corporación se originó en una demanda ciudadana impetrada contra el artículo 217 del Decreto 1355 de 1970, que establece que los alcaldes pueden imponer una construcción de obra, cuando los muros de un antejardín o los frentes de una casa se encuentran en mal estado de conservación o de presentación.

32 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

33 M.P. Fabio Morón Díaz.

34 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

35 Subrayado por fuera del texto original.

36 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

37 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En criterio de la Corte, dichas atribuciones no vulneran el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, salvo la correspondiente al mal estado de presentación, la cual tan sólo se ajusta al Texto Constitucional, en el entendido que para su ejercicio el alcalde *“debe ceñirse exclusivamente a las normas que, en materia urbanística, o de conservación del patrimonio cultural o histórico, establezcan los parámetros estéticos o de presentación que deben cumplir dichas edificaciones”*³⁸.

38 En cuanto al alcance del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, se sostuvo que: *“4. Restricciones al derecho de propiedad en relación con la propiedad inmueble. De conformidad con los razonamientos anteriores, el derecho de dominio, que incluye la potestad de usar, gozar y disponer de un bien determinado, puede ser sometido a restricciones por parte del legislador. Aunque el ordenamiento constitucional exige que tales restricciones sean razonadas y proporcionales de modo que no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, lo cierto es que, mientras tales limitantes sean respetadas, la ley se encuentra habilitada por la Constitución para aplicarlas cuando ello resulte necesario para satisfacer los intereses sociales.(...)”*

Precisamente sobre este particular, la Corte Constitucional señaló que el carácter social del derecho de propiedad autoriza al legislador para obligar al propietario, ya no sólo a abstenerse de realizar conductas que limiten el ejercicio de su derecho, sino a desplegar acciones positivas que tiendan a efectivizarlo. En este sentido, la Corte dijo lo siguiente:

“En ese orden de ideas y reivindicando el concepto de la función social, el legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, respetando sin embargo, el núcleo del derecho en sí mismo, relativo al nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad. (...)”

Pues bien, para esta Corte es claro que la medida que se demanda está acorde con la segunda de las situaciones planteadas. (...) [El] buen estado de conservación de un bien inmueble es factor indispensable para el normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, más todavía si se habla de partes de inmuebles que podrían estar expuestas al público o que son aledaños a espacios comúnmente transitados por personas. De conformidad con el artículo 2º de la Carta Política, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, función que –en el contexto que se analiza– se ejercería a través del control a la estabilidad y consistencia de las edificaciones. Desde este punto de vista, no cabe duda que a la medida acusada le incumbe la seguridad de los individuos que se encuentran en cercanías de casas, edificios o muros de antejardines –aunque, en verdad de cualquier elevación arquitectónica– por lo que lo perseguido a través del deber asignado al alcalde local es que se reparen, mediante construcción, aquellas estructuras que puedan presentar un riesgo ajeno de tipo personal o, incluso, patrimonial.

[En efecto] la presentación exterior de las edificaciones corresponde más a un aspecto de la autonomía de la voluntad vinculado con el derecho de uso y goce de la propiedad privada, así como con la libertad de expresión y con el libre desarrollo de la personalidad, que con la seguridad exterior. En este sentido, no podría afirmarse que el alcalde está habilitado para ordenar la construcción de obra por mal estado de presentación si esta presentación no constituye factor de riesgo para la comunidad. (...)

En definitiva, podría argüirse que la norma que autoriza a los alcaldes a ordenar construcción de obra por mal estado de presentación de muros y frentes de edificaciones es exequible en la medida en que se la entienda como una atribución que se ejerce, no de acuerdo con el criterio personal del funcionario administrativo, sino conforme las disposiciones legales y reglamentarias, relativas a urbanismo o a conservación del patrimonio cultural o histórico que definen, en cada caso concreto, cuáles son los requisitos, parámetros, criterios y demás condiciones estéticas que deben cumplirse en el mantenimiento de las construcciones”. Resaltado por fuera del texto original.

Finalmente, en sentencia C-1172 de 2004³⁹, al declarar exequible el artículo 723 del Código Civil, que reconoce la extinción del derecho a la propiedad privada por la inundación de una heredad por un término superior a diez años, esta Corporación manifestó –en relación con el núcleo esencial del citado derecho– que el mismo se constituye por el mínimo espacio de libertad para que las personas puedan usar y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico⁴⁰.

9. En virtud de lo anterior, es claro que si bien los atributos del derecho a la propiedad privada pueden ser objeto de limitación o restricción, en aras de cumplir con las funciones sociales y ecológicas que reconoce la Constitución Política, no por ello puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular.

En cuanto se refiere al atributo de la libre disposición o enajenación de los bienes (*ius abutendi*), independientemente de que ya no exista en la actual Carta Política, una cláusula como la prevista en el artículo 37 de la Constitución de 1886 que establecía: “No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles”⁴¹; lo cierto es que como lo ha reconocido esta Corporación, la regla general es que dicha atribución al constituir una de las expresiones inherentes al ejercicio del derecho a la propiedad privada, no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas, que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre los mismos, tal y como se deduce de la protección de su núcleo esencial, en los términos jurisprudenciales previamente expuestos.

Por ello, esta Corporación ha admitido que no se desconoce el citado núcleo esencial cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales de enajenación sobre algunos bienes, o en ciertos casos, limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines

39 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

40 Textualmente se señaló: “Ciertamente, el contenido esencial del derecho de propiedad, entendido como aquel mínimo subjetivo o espacio de libertad para que las personas puedan ejercer y disponer libremente de sus bienes dentro del marco jurídico, no puede ser interferido por el Estado so pretexto de regular su función social y ecológica, ya que ante todo se trata de un derecho fundamental que permite el desarrollo de un ámbito de libertad personal y en este sentido debe protegerse constitucionalmente. Por ello, las limitaciones que puedan imponerse al propietario por el legislador deben tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que exigen un balance equitativo entre los intereses individuales y los intereses de la sociedad”.

41 Subrayado por fuera del texto original.

del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular –de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico– obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad. Veamos a continuación algunos ejemplos que ilustran la anterior conclusión:

– En primer lugar, el artículo 1866 del Código Civil establece el principio general en materia de enajenabilidad de bienes. De acuerdo con esta disposición, *“pueden venderse todas las cosas corporales o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por la ley”*, sopena de considerar que dicho acto está incurso en nulidad absoluta por la existencia de un objeto ilícito⁴². Dichas prohibiciones en el citado estatuto normativo, se encuentran previstas, entre otras, (i) en el artículo 424 al proscribir la cesión a cualquier título del derecho a pedir alimentos⁴³; (ii) en el artículo 1520 al excluir del comercio la venta de los derechos herenciales de persona no fallecida⁴⁴; (iii) en el artículo 1942 al impedir la cesión del derecho que nace del pacto de retroventa, ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte⁴⁵; (iv) en el artículo 878 al prohibir de manera absoluta la transmisión de los derechos de uso y habitación⁴⁶; y finalmente, (v) en el artículo 1521 al considerar que existe objeto ilícito en la enajenación: *“(a) De las cosas que están fuera del comercio; (b) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; (c) De las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”*.

Obsérvese cómo respecto de algunas de las mencionadas prohibiciones de enajenación su alcance es *intemporal*, como ocurre con la prohibición de cesión del derecho a pedir alimentos, la venta de los derechos herenciales de persona no fallecida, la transmisión de los derechos que surgen del pacto de retroventa y la cesión de los derechos de uso y habitación; mientras que otras se encuentran sujetas a *término cierto pero indefinido*, como sucede con las cosas embargadas

42 Dispone el artículo 1519 del Código Civil: *“Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación (...)”*. Por su parte, el artículo 1741, determina: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”*.

43 Al respecto, la norma en cita dispone: *“El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”*.

44 Determina el precepto legal señalado: *“El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.(...)”*.

45 Dispone la citada norma: *“El derecho que nace del pacto de retroventa no puede cederse”*.

46 En el citado precepto normativo, se señala que: *“Los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse no arrendarse. // Ni el usuarios ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho (...)”*.

por decreto judicial, pues es claro que la misma perdurará hasta tanto subsista la cautela judicial o se obtenga, en su lugar, el consentimiento del acreedor o la autorización judicial para proceder a su levantamiento.

Estas limitaciones a pesar de prohibir la enajenación de derechos que se incorporan al patrimonio de una persona a manera de derechos personales sobre los cuales se ejerce propiedad privada⁴⁷, no implican el desconocimiento del núcleo esencial del citado derecho, porque además de preservar sobre ellos los atributos de goce, uso y explotación, responden a la necesidad de asegurar un interés superior que goza de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho. Así ocurre, por ejemplo en el caso del derecho a pedir alimentos, en la medida en que se garantiza a través de su prohibición que efectivamente el titular de los mismos satisfaga su derecho al mínimo vital⁴⁸; en tratándose de la limitación de venta de derechos herenciales de persona no fallecida, al mantener con carácter de orden público la intangibilidad del patrimonio de quien se espera suceder, como uno de los atributos que integran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14)⁴⁹; en cuanto a los derechos de uso y habitación, al velar en su condición de derechos personalísimos porque se satisfagan integralmente las necesidades esenciales del usuario o del habitador, incluyendo –en algunos casos– a su familia⁵⁰; y frente

47 Código Civil, artículos 666, 669 y 670.

48 Al respecto, esta Corporación ha señalado: “*El derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. La obligación alimentaria está entonces en cabeza de la persona que, por mandato legal, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos*”. (Sentencia C–153 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

49 Sobre la materia, en sentencia T–912 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se manifestó: “*La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han considerado que las personas naturales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Este reconocimiento como derecho, surgió en nuestro país, y más especialmente en nuestra legislación reciente, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 14 plantea como objeto del mismo, el que toda persona sea protegida jurídicamente. Tal protección conlleva una serie de derechos y obligaciones, lo que eleva a nivel constitucional el reconocimiento de las personas como sujetos de derechos. A su vez, éste concepto –sujeto de derecho–, abarca elementos tan importantes que identifican a la persona y que siendo conocidos jurídicamente, como atributos de la personalidad corresponden al nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio, el estado civil y la capacidad*”. (Resaltado por fuera del texto original).

50 Dispone el artículo 874 del Código Civil: “*El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. // En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia. // La familia comprende la mujer y los hijos; tanto lo que existen al momento de la constitución, como lo que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución (...) Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador o usuario, y a costa de estos; y las personas a quienes estos deben alimentos*”.

a las cosas embargadas, con miras a afianzar la prenda general de los acreedores, como medio para lograr el cumplimiento del fin del Estado consistente en alcanzar la convivencia pacífica (C.P. art. 2).

– En segundo lugar, una de las manifestaciones del derecho a la propiedad intelectual previsto en el artículo 61 del Texto Superior, son los denominados derechos de autor. Éstos comprenden tanto derechos patrimoniales como derechos morales a favor del creador de una producción del intelecto. Mediante los *derechos patrimoniales* se conceden al inventor o a sus causahabientes los beneficios económicos derivados del aprovechamiento o explotación de la obra, los cuales se extienden durante el período de tiempo establecido en la ley. A través de los *derechos morales* se reconoce –entre otras prerrogativas– la facultad del autor de decidir sobre la divulgación de su creación, la posibilidad de reclamar en todo tiempo su paternidad y el derecho a oponerse a cualquier alteración que modifique sustancialmente su naturaleza.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano⁵¹, la normatividad comunitaria andina⁵² y los convenios internacionales sobre derechos de

51 Determina el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 que: “El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable, para: // a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley; // b) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos; // c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; // d) A modificarla, antes o después de su publicación; // e) A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.

Parágrafo 1.– Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo.

Parágrafo 2. A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los apartes a) y b) del presente artículo.– A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos, el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3.– La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público, estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

Parágrafo 4.– Los derechos mencionados en los apartes d) y e) sólo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.”

52 Artículo 11 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, mediante la cual se estableció el régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos. Al respecto, determina la norma en cita: “El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; // b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, // c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.// A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.”

autor⁵³ los derechos morales del creador de una producción del intelecto se consideran derechos perpetuos, inalienables e irrenunciables, que por encontrarse fuera del comercio, no son susceptibles de negociación.

A juicio de esta Corporación, la razón que fundamenta la existencia de la citada prohibición de enajenación, es el hecho de considerar que los derechos morales constituyen una manifestación de la personalidad de su titular, los cuales como expresión de su ser racional, son susceptibles de protección como derechos *inalienables* de rango fundamental (C.P. art. 5)⁵⁴.

53 Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de las obras artísticas y literarias, conforme al cual: “Artículo 6bis. Derechos morales:

1. *Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma;*

2. *Después de la muerte del autor;*

3. *Medios procesales*

1) *Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.*

2) *Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.*

3) *Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.”*

54 En sentencia C-053 de 2001 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), la Corte señaló: “Los derechos de autor comprenden un conjunto de prerrogativas del autor respecto de la obra, que son divisibles en dos grandes clases, los derechos morales y los patrimoniales. // 5. Los derechos morales son aquellos que nacen como consecuencia de la creación misma y no del reconocimiento administrativo, son de carácter extrapatrimonial, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Estos incluyen:– el derecho a divulgar la obra, –el derecho al reconocimiento de la paternidad intelectual, –el derecho al respeto y a la integridad de la obra, impidiendo las modificaciones no autorizadas sobre la misma,– el derecho al retracto, que le permite al autor retirarla del comercio.

Al respecto, esta Corporación ha manifestado: “a. El contenido moral del derecho que tiene el autor sobre la propiedad intelectual que es inalienable, irrenunciable e imprescriptible e independiente del contenido patrimonial del mismo, contrario a lo que ocurre con el derecho de propiedad común, que sólo tiene un contenido patrimonial, alienable, renunciable y prescriptible.” Sentencia C-334 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Más detalladamente, en otra oportunidad sostuvo: “El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral, que nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en

En este orden de ideas, es innegable que el reconocimiento de los derechos morales de autor implica la existencia de una prohibición absoluta de enajenación que no resulta contraria al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, pues además de velar por la defensa de un derecho fundamental que goza de primacía en nuestro ordenamiento constitucional (C.P. art. 5), mantiene incólume a través de su carácter netamente patrimonial el ejercicio de los atributos de uso, goce y explotación sobre dichos derechos.

– En tercer lugar, la Ley 160 de 1994 y el Acuerdo No. 023 de 1995 establecen que los predios rurales adjudicados por el INCORA con anterioridad a la vigencia de dicha ley, no pueden ser objeto de transferencia de dominio hasta tanto se cumpla un plazo de quince (15) años contados a partir de la primera adjudicación en propiedad que se haga sobre la respectiva parcela o cuota del predio, a menos que dicha transferencia se realice a favor de campesinos de escasos recursos, siempre y cuando se acompañe de la autorización previa y expresa de la Junta Directiva del citado Instituto⁵⁵. Pasado el men-

la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.” Sentencia C-276 de 1996 (M.P. Julio César Ortiz)

6. Así mismo, la Corte ha afirmado que estos derechos morales de autor son fundamentales: “18. Antes de analizar estas acusaciones, la Corte estima pertinente señalar que, los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre.”

55 Dispone, al respecto, el artículo 39 de la Ley 160 de 1994: “*Quienes hubieren adquirido del INCORA Unidades Agrícolas Familiares con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, quedan sometidos al régimen de propiedad parcelaria que en seguida se expresa:*

Por el solo hecho de la adjudicación, se obligan a sujetarse a las reglamentaciones existentes sobre uso y protección de los recursos naturales renovables, así como a las disposiciones sobre caminos y servidumbres de tránsito y de aguas que al efecto dicte el Instituto.

Hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio, su posesión o tenencia sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas. En este caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa del INCORA para enajenar, gravar o arrendar la Unidad Agrícola Familiar(...).”

A su vez, el artículo 25 del Acuerdo No. 023 de 1995, dispone: “*De conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 160 de 1994, hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación en propiedad que se hizo sobre la respectiva parcela o cuota parte del predio, los adjudicatarios de que se trate deberán solicitar autorización previa y expresa de la Junta Directiva del INCORA para transferir su dominio, posesión o tenencia, o la cesión total o parcial de los derechos que recaigan sobre aquella, y en todo caso la enajenación o traspaso sólo podrá hacerse en favor de los campesinos de escasos recursos sin tierra o de minifundistas.*

cionado término, el propietario deberá informar a la entidad su intención de enajenar el inmueble, la cual tendrá la primera opción de readquirirla dentro de los tres (3) meses siguientes a la recepción del aviso⁵⁶.

En criterio de esta Corporación, aun cuando las normas en cuestión establecen una prohibición temporal de enajenación, es claro que las mismas no resultan contrarias al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, pues no sólo mantienen intacto el ejercicio de los atributos de goce y explotación sobre los predios rurales debidamente adjudicados, sino que también propenden por la realización del principio de democratización de la propiedad a favor de trabajadores agrarios y campesinos, previsto –entre otros– en los artículos 58, 60 y 64 del Texto Superior⁵⁷. Así, al pronunciarse sobre prohibiciones de enajenación en materia de bienes baldíos, este Tribunal señaló:

“Como es sabido, atendiendo al sentido y alcance del artículo 58 de la Constitución, la adquisición y ejercicio de la propiedad privada puede ser susceptible de una serie de condicionamientos y cargas impuestos por el Estado, en razón de que la propiedad no se concibe como un derecho absoluto sino relativo, lo cual se deriva del principio constitucional solidarista de que “la propiedad es una función social que implica obligaciones”.

Ahora bien, si la relativización de la propiedad se predica del dominio privado, con mayor razón debe predicarse del que se genera cuando la Nación adjudica los bienes baldíos, si se repara que éstos indefectiblemente están destinados a contribuir al logro de fines esenciales del Estado (C.P. art. 2), en lo económico y social, particularmente en lo que concierne con la creación de las condiciones materiales que contribuyan a la dignificación de la vida de los trabajadores del

Las autorizaciones relacionadas con el gravamen o limitación del dominio serán autorizadas por el Gerente General del INCORA.

El Instituto dispone de un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la recepción de la petición, para expedir la autorización correspondiente, transcurridos los cuales, si no se pronunciare, se entenderá que consiente en la solicitud del adjudicatario.

PARAGRAFO.– El adquirente o cesionario se subrogará en todas las obligaciones contraídas por el enajenante o cedente en favor del Instituto”.

** Es importante resaltar que de acuerdo al Decreto 1292 del 21 de mayo de 2003, se ordenó la supresión y liquidación del INCORA, la cual se amplió mediante el Decreto 1492 de 2006.

56 Sobre la materia, el artículo 26 del Acuerdo No. 023 de 1995, dispone: “*Quienes hayan adquirido el dominio sobre una parcela cuya primera adjudicación se hubiere efectuado en un lapso superior a los quince (15) años, deberán informar expresa y previamente al Instituto respecto de cualquier proyecto de enajenación sobre la parcela respectiva, para que el INCORA haga uso de la primera opción de readquirirla dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de recepción del aviso. Si dentro de este plazo no hubiere pronunciamiento expreso del Instituto, o este rechazare en igual forma la opción, el adjudicatario quedará en libertad para disponer de la parcela, sin sujeción al régimen de la propiedad parcelaria. (...)*”.

57 La última de las citadas disposiciones señala: “*Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, (...), con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos*”.

campo, mediante su acceso a la propiedad y a los bienes y servicios complementarios requeridos para la explotación de ésta y para su mejoramiento social y cultural. (...)

La limitación introducida por la norma acusada sobre el tamaño transferible de la propiedad originada en una adjudicación de baldíos, no atenta contra el derecho de propiedad ni su libre enajenación. En efecto, ha sido la voluntad del legislador, amparada como se dijo en la previsión del art. 150–18 y en la persecución de los fines constitucionales de lograr el acceso de los campesinos a la propiedad rural, el de limitar la adjudicación de baldíos, salvo las excepciones que establezca la Junta Directiva del INCORA, a una unidad de explotación económica denominada UAF (ley 160/94 art. 66). Por lo tanto, este límite a la adjudicación guarda congruencia con el precepto acusado, que prohíbe a toda persona adquirir la propiedad de terrenos inicialmente adjudicados como baldíos si la respectiva extensión excede de una UAF, precepto que consulta la función social de la propiedad que comporta el ejercicio de ésta conforme al interés público social y constituye una manifestación concreta del deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios...con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos” (art. 64 C.P.).

Es evidente que si se limita la posibilidad de adquirir la propiedad de los baldíos, o la que se deriva de un título de adjudicación de baldíos a una UAF, como lo prevé el acápite normativo acusado, más posibilidades tendrá el Estado de beneficiar con dicha propiedad a un mayor número de campesinos, aparte de que se logrará el efecto benéfico de impedir la concentración de la propiedad o su fraccionamiento antieconómico”.

– En cuarto lugar, el Decreto 2007 de 2001⁵⁸, en los artículos 1 y 4, establecen que una vez el Comité Municipal, Distrital o Departamental de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, declara la inminencia de riesgo de desplazamiento o de su ocurrencia por causa de la violencia en una zona determinada del territorio sometido al ámbito de su competencia, los predios rurales afectados no podrán ser objeto de enajenación o transferencia a ningún título mientras permanezca dicha declaratoria, a menos que se obtenga la autorización correspondiente por parte del citado Comité y siempre que la enajenación no se haga a favor del INCORA⁵⁹. A juicio de la Corte, la

58 “Por el cual se reglamentan parcialmente los Artículos 7º, 17 y 19 de la Ley 387 de 1997, en lo relativo a la oportuna atención a la población rural desplazada por la violencia, en el marco del retorno voluntario a su lugar de origen o de su reasentamiento en otro lugar y se adoptan medidas tendientes a prevenir esta situación.”

59 Determinan las citadas normas: “Artículo 1º. Declaratoria de la inminencia de riesgo de desplazamiento o de desplazamiento forzado en una zona y limitaciones a la enajenación o transferencia a cualquier título de bienes rurales. // Con el objeto de proteger la población de actos arbitrarios contra su vida, integridad y bienes patrimoniales, por circunstancias que puedan originar o hayan originado un desplazamiento forzado; el Comité Municipal, Distrital o Departamental de

citada limitación de enajenación no resulta contraria al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, pues su objetivo es precisamente preservar la plena disponibilidad de los bienes patrimoniales de la población sometida a actos arbitrarios de desplazamiento contrarios a su derecho fundamental de locomoción⁶⁰.

– En quinto lugar, el patrimonio cultural de la Nación aunque pertenece al Estado admite algunas excepciones en cuanto a su apropiación por parte de los particulares. Una de ellas es la prevista en el artículo 8 de la Ley 397 de 1997, conforme a la cual se reconoce el derecho de las Iglesias y Confesiones Religiosas de ser propietarias del patrimonio cultural que hayan creado, adquirido con sus propios recursos o que esté bajo su legítima posesión. En estos casos, la posibilidad de enajenación de dicho patrimonio, se somete al convenio que se celebre entre las Iglesias y el Estado, a fin de preservar el derecho de este último de readquirirlo en los términos establecidos en el artículo 72 Superior⁶¹. Obsérvese cómo, en la citada disposición, el legislador

Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, declarará mediante acto motivado, la inminencia de riesgo de desplazamiento o de su ocurrencia por causa de la violencia, en una zona determinada del territorio de su jurisdicción, procediendo a: (...) 2. Informar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, sobre la declaratoria de zona de riesgo inminente de desplazamiento o de desplazamiento forzado, señalando a los propietarios o poseedores de predios rurales que pudieren resultar afectados por tales situaciones, y solicitándole abstenerse de inscribir actos de enajenación o transferencia a cualquier título de los bienes rurales referidos, mientras permanezca vigente esta declaratoria, salvo que se acredite el cumplimiento previo de los requisitos especiales que se establecen en el artículo 4° del presente decreto."

"Artículo 4°. Requisitos especiales para la enajenación de bienes rurales. Los propietarios de los inmuebles ubicados dentro de las zonas rurales declaradas como de riesgo inminente de desplazamiento o de desplazamiento forzado por la violencia, que deseen transferir el derecho de dominio sobre los mismos, antes de que cesen los efectos de esta medida, deberán obtener del Comité Municipal, Distrital o Departamental de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, autorización para enajenar el inmueble; o podrán transferirlo al INCORA, en aplicación de lo señalado en el inciso cuarto del numeral 1 del artículo 19 de la Ley 387 de 1997, evento en el cual, no se requiere de la autorización del Comité. // El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá inscribir el acto de enajenación o transferencia, cuando se le presente la autorización del Comité, la cual deberá incorporarse al contrato o acto de transferencia del derecho sobre el predio, o cuando la transferencia se haga a favor del INCORA."

60 Véase, entre otras, sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

61 Dispone la norma en cita: "Artículo 8. Declaratoria y manejo del patrimonio cultural de la Nación. El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Cultura y previo concepto del Consejo de Monumentos Nacionales, es el responsable de la declaratoria y del manejo de los monumentos nacionales y de los bienes de interés cultural de carácter nacional. (...) PARAGRAFO 1o. Se reconoce el derecho de las iglesias y confesiones religiosas de ser propietarias del patrimonio cultural que hayan creado, adquirido con recursos o que estén bajo su legítima posesión. Igualmente, se protegen la naturaleza y finalidad religiosa de dichos bienes, las cuales no podrán ser obstaculizadas ni impedidas por su valor cultural. Al tenor del artículo 15 de la Ley 133 de 1994, el Estado celebrará con las correspondientes iglesias y confesiones religiosas, convenios para establecer el régimen de estos bienes, incluyendo las restricciones a su enajenación y exportación y las medidas para su inventario, conservación, restauración, estudio y exposición."

consagra una limitación al derecho a la libre disponibilidad que no resulta contrario al núcleo esencial de la propiedad privada, pues mediante su establecimiento se pretende garantizar el acceso a la cultura como uno de los valores que orientan al Estado Social de Derecho, dejando a salvo los atributos de uso y goce propios del interés particular en la propiedad.

– En sexto lugar, en el derecho administrativo se reconoce la figura de la *congelación* como un instrumento jurídico mediante el cual se puede restringir la facultad de disposición de un bien de propiedad privada. En estos casos, el vendedor únicamente puede enajenar el bien a la entidad de derecho público que esté encargada de la ejecución y desarrollo de una obra de beneficio común. Así, por ejemplo, en materia de obras públicas para la generación de electricidad, acueductos y demás sistemas de regadío, la Ley 56 de 1981 establece que una vez declarada la utilidad pública de la zona, la entidad encargada del proyecto tiene la primera opción de compra de todos los bienes inmuebles en ella comprendidos durante el término de dos (2) años⁶². En idéntico sentido, la Ley 9 de 1989, aplicable a zonas urbanas y suburbanas estableció que la congelación de propiedades para la realización de una obra de beneficio común o utilidad pública tendrá una duración de tres (3) años prorrogables hasta por otros tres (3), luego de lo cual el inmueble puede ser enajenado a cualquier persona⁶³.

62 Los artículos 9 y 16 de la Ley 56 de 1981, disponen: “ARTICULO 9o. A partir de la fecha de la resolución ejecutiva que declare de utilidad pública la zona de un proyecto, corresponderá a la entidad que en ella se señale como propietaria, la primera opción de compra de todos los inmuebles comprendidos en tal zona. // Una vez ejecutoriada la mencionada resolución se fijará copia de ella junto con la lista que contenga el censo de las propiedades afectadas en las notarías, oficinas de registro de instrumentos públicos, alcaldías e inspecciones de policía de los municipios y corregimientos involucrados. // Las oficinas de registro se abstendrán de registrar las escrituras que contengan transferencias entre vivos, del dominio o limitaciones del mismo de tales propiedades, si no se acredita que la entidad propietaria en cuyo favor se establece esta opción ha renunciado a ella o no ha hecho uso oportuno de la misma. // Si la entidad propietaria no ejerce la opción de compra dentro del plazo que señale el Decreto reglamentario de esta Ley, que no podrá pasar de dos años (2), o lo hiciere en forma negativa, la opción caducará.”. “ARTICULO 16. Declárase de utilidad pública e interés social los planes, proyectos y ejecución de obras para la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, acueductos, riego, regulación de ríos y caudales, así como las zonas a ellos afectadas.”

63 Precisamente, el artículo 37 de la Ley 9 de 1989 señala: “ARTICULO 37. Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta un máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo Folio de Matrícula Inmobiliaria, so pena de inexistencia. La afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia. El Registrador deberá cancelar las inscripciones correspondientes, a solicitud de cualquier persona, previa constatación del hecho.

En el caso de las vías públicas, las afectaciones podrán tener una duración máxima de nueve (9) años.”

– Finalmente, el artículo 14 de la Ley 226 de 1995, le otorga al gobierno nacional la atribución de disponer en el programa de enajenación de participaciones en entidades estatales distintas medidas dirigidas a garantizar la realización del principio de democratización de la propiedad accionaria. Entre estas alternativas se consagra la posibilidad de *“incluir la limitación de la negociabilidad de las acciones, a los destinatarios de condiciones especiales, hasta por dos (2) años a partir de la fecha de la enajenación”*. En criterio de este Tribunal, la citada cláusula limitativa de la disponibilidad de las acciones se enmarca dentro del principio de democratización de la propiedad y, por lo mismo, no resulta lesiva del citado derecho, en cuanto pretende hacer efectivo los mandatos de la democracia participativa en el campo económico⁶⁴.

10. En conclusión, es compatible con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada que el legislador establezca prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen a salvo el ejercicio de los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad.

11. Conforme a los argumentos anteriormente expuestos, esta Corporación procederá al análisis de constitucionalidad de la disposición acusada, a fin de determinar su exequibilidad o no.

Análisis de la disposición acusada

12. De acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2ª de 1959, con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales, en el Sistema de Parques

64 En sus propias palabras, la Corte manifestó: *“(...) si bien se mira el precepto legal, su sentido consiste en preservar el espíritu auténtico del artículo 60 de la Constitución, que lleva a un traslado efectivo y real de la propiedad accionaria, de las empresas estatales que se enajenen, a los trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores y a las cooperativas, pues, al establecer un término mínimo dentro del cual la participación accionaria por ellos adquirida permanecerá en sus manos, evita las prácticas encaminadas a obtener que beneficiarios reales ajenos a esos sectores se valgan de las condiciones especiales que la Constitución les otorga para utilizarlos como “testaferros” o adquirentes transitorios que, una vez surtido el proceso correspondiente, les traspasen las acciones adquiridas.*

Se da entonces la justificación del trato diferente, a raíz de la necesidad de previsiones razonables, que deben ser previamente conocidas por los eventuales compradores de acciones, según las cuales, si se goza de las condiciones especiales previstas en la Constitución, precisamente para salvaguardar la garantía en ella consagrada, se deberá entender desde el principio que conservarán la propiedad de ellas por un tiempo definido en la ley”.

Nacionales Naturales, quedará prohibida “*la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona*”⁶⁵.

Para el accionante, la disposición acusada es contraria al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, pues en la medida en que se establece una prohibición general de “*ventas de tierras*”, se está incluyendo dentro de la misma a los *inmuebles privados* que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, lo que conduce al desconocimiento de la regla establecida por esta Corporación en la citada sentencia C-649 de 1997⁶⁶, conforme a la cual la declaratoria de áreas sometidas a reserva ecológica, no puede afectar la titularidad del derecho de dominio, sino tan sólo el uso de los bienes ubicados en la correspondiente zona de conservación.

Para los intervinientes y la Vista Fiscal, el precepto legal demandado no alude a una prohibición de enajenación de inmuebles privados, sino tan sólo a una restricción para la venta de bienes baldíos, ya que para el caso de la propiedad privada se previó el mecanismo indemnizatorio derivado de la expropiación, señalado en el artículo 14 de la Ley 2ª de 1959⁶⁷.

13. Si bien por regla general la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que no le corresponde a la Corte determinar cuál es la interpretación vinculante de una norma legal⁶⁸, excepcionalmente se ha permitido el ejercicio de dicha atribución, para poder realizar adecuadamente el juicio de constitucionalidad, cuando una o varias de las interpretaciones de la norma demandada tengan la virtualidad de desconocer el ordenamiento Superior. Precisamente, en sentencia C-1071 de 2003⁶⁹, este Tribunal señaló:

“Recuérdese que, en principio, como lo ha sostenido en múltiples oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación, no le corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido normativo de las disposiciones acusadas. A pesar de ello, la interpretación de un texto legal adquiere relevancia constitucional cuando éste es susceptible de más de una interpretación, y al menos uno de sus sentidos normativos aparece como contrario a la Carta. En tales casos, la Corte debe determinar el sentido del texto legal demandado, para poder realizar el examen de

65 Se subraya el aparte normativo objeto de acusación.

66 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

67 Al respecto, dispone la norma en cita: “*Artículo 14. Decláranse de utilidad pública las zonas establecidas como “Parques Nacionales Naturales”. El Gobierno podrá expropiar las tierras o mejoras de particulares que en ellas existan*”.

68 Sentencias C-239 de 1994 y C-568 de 2000.

69 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

constitucionalidad. Sin embargo, si del análisis hecho por la Corte resulta que la interpretación presuntamente inconstitucional no es razonable, la Corte debe descartarla, sin que ello afecte la constitucionalidad de la disposición demandada. En los otros casos, cuando una interpretación razonable de la disposición resulte contraria a la Constitución, y otras se ajusten a ella, la Corte debe declarar su constitucionalidad, siempre y cuando se interprete de conformidad con la Carta”.

En el presente caso, observa la Corte que frente a la disposición acusada existen acercamientos hermenéuticos disímiles. Por una parte, el accionante considera que la prohibición de “*ventas de tierras*” se refiere tanto a los inmuebles de propiedad pública como de propiedad privada que se incorporan al Sistema de Parques Nacionales Naturales, desconociendo con ello el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada; mientras que, por la otra, para los intervinientes y la Vista Fiscal, dicha prohibición resulta exclusivamente aplicable para los bienes baldíos, pues frente a los inmuebles de naturaleza privada se prevé el mecanismo de la expropiación en el artículo 14 de la misma Ley 2ª de 1959.

En virtud de lo anterior, en primer lugar, debe esta Corporación establecer cuál de los sentidos normativos que se dan del texto demandado resulta predicable del mismo, para con posterioridad, determinar si se aviene o no a la Constitución Política.

14. Acudiendo inicialmente a una interpretación exclusivamente gramatical o literal sobre el aparte normativo acusado, la Corte encuentra que el artículo 13 de la Ley 2ª de 1959, establece claramente dos tipos distintos de actos jurídicos objeto de prohibición, por una parte, se refiere a la *adjudicación de baldíos*, y por la otra, a las *ventas de tierras*.

Como puede advertirse, se trata de conceptos jurídicos disímiles pues mientras que la *adjudicación de baldíos*, como lo ha reconocido esta Corporación⁷⁰, supone la existencia de un bien fiscal adjudicable por la Nación a través del INCORA, una vez se cumplan las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico⁷¹; las *ventas de tierras* corresponden a un típico acto traslati-

70 Sentencias T-566 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-572 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-595 de 1995 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

71 Las mismas se encuentran previstas entre los artículos 65 a 78 de la Ley 160 de 1994, “*Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*”, y se concretan en: (i) Haber ocupado el terreno por espacio no inferior a cinco (5) años; (ii) Haberlo explotado económicamente por un término igual al anterior; (iii) Dicha explotación debe haberse adelantado de acuerdo con la aptitud del suelo, establecida por el INCORA en la inspección ocular; y (iv) Que el solicitante no sea propietario o poseedor a cualquier título de otros predios rurales en el territorio nacional.

cio de dominio sobre todo tipo de bienes, siempre que su enajenación no se encuentre prohibida por la ley⁷².

Así no queda duda que las *ventas de tierras* se refieren a un concepto genérico en el que tan sólo se excluyen las enajenaciones prohibidas por la ley, a diferencia de lo que sucede con la *adjudicación de baldíos*, que supone la existencia de un tipo especial de propiedad inmueble cuya titularidad le corresponde a la Nación, y cuyos bienes son objeto de adquisición por parte de los beneficiarios previstos en el ordenamiento jurídico a través de un modo complejo de transmisión del derecho de dominio, propio del derecho administrativo, que precisamente se denomina “*adjudicación*”⁷³. Los bienes que son objeto de esta figura se conocen con el nombre de “*bienes baldíos*”, y se definen en el Código Civil, en el artículo 675, como: “*las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales [de la Unión] carecen de otro dueño*”.

Por consiguiente, un criterio de interpretación gramatical demuestra que en la disposición acusada existen dos actos jurídicos distintos objeto de prohibición, en primer lugar, la adjudicación de tierras baldías que se encuentran incorporadas en las áreas reconocidas como Sistema de Parques Nacionales Naturales, y en segundo término, las ventas de tierras que se sometan a la misma reserva ecológica, sin importar su carácter público o privado, en la medida en que la ley no realiza ningún tipo distinción⁷⁴.

15. De acuerdo con una interpretación lógica del aparte normativo acusado, encuentra esta Corporación que los bienes baldíos, conforme se señaló anteriormente, no son susceptibles de venta, como título traslativo de dominio que permita su adquisición, sino exclusivamente de adjudicación.

72 Dispone el artículo 1866 del Código Civil: “*Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorpóreas, cuya enajenación no esté prohibida por la ley*”. A su vez el artículo 1521 del mismo Estatuto Civil, señala: “*Hay un objeto ilícito en la enajenación: 1) De las cosas que no están en el comercio, 2) De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona, 3) De las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consiente en ello*”.

73 En cuanto a las personas que pueden beneficiarse con la adjudicación de baldíos, el artículo 65 de la Ley 160 de 1994, dispone: “*(...) No podrá hacerse adjudicación de baldíos sino por ocupación previa, en tierras con aptitud agropecuaria que se estén explotando conforme a las normas sobre protección y utilización racional de los recursos naturales renovables, en favor de personas naturales, empresas comunitarias y cooperativas campesinas, en las extensiones y condiciones que para cada municipio o región del país señale la Junta Directiva*”.

74 La Ley 160 de 1994, en el párrafo del artículo 67, también prohíbe la adjudicación de baldíos que sean aledaños al Sistema de Parques Nacionales. Precisamente, el siguiente es el tenor literal de la citada disposición: “*No serán adjudicables los terrenos baldíos dentro de un radio de 5 Kilómetros alrededor de las zonas donde se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, las aledaños a Parques Nacionales Naturales y las seleccionadas por entidades públicas para adelantar planes viales u otros de igual significación cuya construcción pueda incrementar el precio de las tierras por factores distintos a su explotación económica*”.

Por ello, cuando la norma demandada señala que quedan prohibidas las *ventas de tierras*, bajo ninguna hipótesis puede estar haciendo referencia a las tierras baldías, pues éstas en razón a su naturaleza especial de derecho público, no pueden adquirirse mediante el título de la compraventa. Al respecto, dispone el encabezado del artículo 65 de la Ley 160 de 1994: *“la propiedad de los terrenos baldíos adjudicables, sólo puede adquirirse mediante título traslativo de dominio otorgado por el Estado a través del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, o por las entidades en las que delegue esta facultad”*⁷⁵.

16. Teniendo como fundamento una interpretación armónica y sistemática del precepto legal demandado, para la Corte es claro que la Ley 2ª de 1959, no se limita a incorporar limitaciones o restricciones exclusivamente a cargo de los bienes baldíos que hacen parte de las zonas de reserva ambiental, sino que, por el contrario, introduce todo tipo de condicionamientos para las distintas clases de bienes que delimitan dichas áreas ecológicas, incluyendo los inmuebles de propiedad privada.

Así, a manera de ejemplo, el artículo 9º de la citada Ley, le confiere al gobierno nacional la posibilidad de regular la utilización de los terrenos de propiedad privada que se encuentran localizados en las zonas de reserva forestal⁷⁶. El artículo 14, por su parte, admite que al declararse una zona como Parque Nacional Natural, el mismo gobierno podrá expropiar las *“tierras o mejoras de particulares que en ellas existan”*⁷⁷. Finalmente, el parágrafo del artículo 17, reconoce que los títulos de dominio expedidos conforme a la ley, no serán objeto de desconocimiento por el simple hecho de declararse determinadas áreas geográficas como objeto de especial protección ambiental y ecológica⁷⁸.

De donde resulta, que en sentido contrario de lo expuesto por los intervinientes y la Vista Fiscal, la disposición acusada al incluir dentro del catálogo de prohibiciones las *“ventas de tierras”* se orientó a impedir cualquier acto de enajenación de toda clase de bienes que formen parte del Sistema de Par-

75 Subrayado por fuera del texto original.

76 Dispone la norma en cita: *“Artículo 9. Con el fin de conservar sus suelos, corrientes de agua y asegurar su adecuada utilización, el Gobierno reglamentará la utilización de los terrenos de propiedad privada que se encuentren localizados dentro de los límites de las Zonas de Reserva Forestal o de Bosques Nacionales”*.

77 Señala la cita disposición: *“Artículo 14. Decláranse de utilidad pública las zonas establecidas como “Parques Nacionales Naturales”. El Gobierno podrá expropiar las tierras o mejoras de particulares que en ellas existan”*.

78 Determina la norma en referencia: *“Parágrafo. Los títulos de dominio expedidos por el Instituto de Colonización e Inmigración a favor de los colonos establecidos dentro de las zonas a que se refiere esta Ley, conservan toda su eficiencia legal, y los colonos que aún no hayan obtenido el correspondiente título de adjudicación de su parcela, podrán solicitarlo del Ministerio de Agricultura, conforme a las disposiciones legales vigentes y al artículo 7 de la presente Ley”*.

ques Nacionales Naturales, comprendiendo –entre ellos– a los inmuebles de propiedad privada. Sin limitarse exclusivamente a restringir la adjudicación de baldíos, frente a los cuales existe –como ya se vio– una disposición expresa en el mismo precepto legal demandado.

17. Por último, una interpretación teleológica o finalista de la disposición acusada, revela que a través de la misma se pretenden preservar las reservas ambientales frente a los distintos actos materiales o jurídicos del hombre que tengan la virtualidad de generar una amenaza a las riquezas que en materia de flora y fauna habitan en dichos espacios ecológicos. Por eso, se prohíben comportamientos como la caza, la pesca y la actividad ganadera, agrícola o industrial, al tiempo que se impide la adjudicación de baldíos y las ventas de tierras.

Fue precisamente en la colonización desmedida y ausente de vigilancia y control, en donde el legislador de 1959 encontró el fundamento para impedir la realización de los citados actos, incluyendo *las ventas de tierras* entre particulares, pues aún las mismas podían generar graves problemas para la preservación, conservación y perpetuación de los recursos ambientales, derivados –entre otros– de la explotación económica y del parcelamiento o desglose indiscriminado de dichos inmuebles. Textualmente, en los antecedentes legislativos que sirvieron de origen a la Ley 2ª de 1959, se afirmó:

“La colonización agrícola sin reglamento o sin vigilancia, amenaza destruir gran parte de la flora y de la fauna colombiana si no se toman medidas adecuadas de protección.(...) Persuadidos de que el país no cuenta con recursos suficientes para vigilar debidamente la caza, la pesca y la explotación de bosques, nos ha parecido que remedio inmediato consiste en escoger zonas en los distintos climas de Colombia, cerrándolas totalmente para la colonización, la explotación, la caza y la pesca. Esas zonas servirán primero como refugios intocables y se convertirán más tarde, a medida que las posibilidades del fisco lo permitan, en parques nacionales del pueblo colombiano”.

Y más adelante, se señaló:

“El Ministro Espinosa Valderrama informa que este proyecto fue elaborado por los técnicos del Ministerio en colaboración con los expertos extranjeros y presentado al Congreso por su antecesor en esta Cartera. Sin embargo dice que luego tuvo la oportunidad de estudiarlo, una vez hecha la fusión de los cuatro proyectos que se habían redactado y se le introdujeron excelentes modificaciones. Declara que lo fundamental de esta iniciativa consiste en reservar buena parte de las tierras que tiene capas forestales, *sustrayéndolas del comercio o de la adquisición por particulares*, a fin de que esas reservas sean administradas por el Gobierno con un nuevo sentido de la propiedad y de la mayor convivencia pública”⁷⁹.

79 Historia de las leyes. Legislatura de 1959. Tomo IV. Segunda etapa. Págs. 119 y 149. (Subrayado por fuera del texto original).

Por consiguiente, concluye esta Corporación a la luz de los distintos métodos de interpretación, que al disponer la norma acusada la prohibición de “ventas de tierras”, no está consagrando como lo sostienen los intervinientes y la Vista Fiscal, una limitación que se predique de las tierras baldías, pues en realidad, como se demostró, lo que establece es una restricción para llevar a cabo la enajenación a través del instituto de la compraventa, de todo tipo de bienes que se encuentren ubicados en las zonas correspondientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales, en la medida en que la ley no distingue la clase de propiedad frente a la cual procede dicha prohibición.

18. Al establecerse entonces en la norma acusada que queda prohibida las “ventas de tierras” no sólo frente a los terrenos de propiedad pública, sino también en relación con los inmuebles de propiedad privada, es claro que frente a los titulares de esta última, es indispensable precisar si en razón de esta prohibición se vulnera o no el núcleo esencial de su derecho a la propiedad privada (C.P. art. 58), que se constituye a partir del “nivel mínimo de goce y disposición de un bien que permita a su titular obtener utilidad económica en términos de valor de uso o de valor de cambio que justifiquen la presencia de un interés privado en la propiedad”⁸⁰.

En el asunto bajo examen, encuentra la Corte que la disposición demandada no viola el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada, por las siguientes razones:

– En primer lugar, como previamente se señaló, esta Corporación ha reconocido que no se desconoce el citado núcleo esencial cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad. Así se demostró, entre otras, en tratándose de las prohibiciones de enajenación sobre: (i) el derecho a pedir alimentos; (iii) los derechos herenciales de persona no fallecida; (iii) el derecho que nace del pacto de retroventa; (iv) los derechos de uso y habitación; (v) los derechos morales de autor; (vi) los predios rurales adjudicados por el INCORA; (vii) los bienes situados en zonas en las que se haya declarado la inminencia de riesgo de desplazamiento; (viii) los inmue-

80 Sentencias T-427 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-554 de 1998 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-204 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-746 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), C-491 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-1172 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

bles sometidos a la aplicación de la figura de la congelación administrativa, y finalmente, (ix) las acciones adquiridas a partir del desarrollo de procesos de democratización accionaria en empresas públicas.

Para la Corte mediante la limitación o restricción al atributo de la libre enajenación prevista en la norma demandada, consistente en prohibir “*las ventas de tierras*” particulares que se encuentran en zonas declaradas como Parques Nacionales Naturales, se pretende garantizar como interés superior del Estado Social de Derecho (C.P. art. 8), el cumplimiento de la *función ecológica* que le es inherente al derecho de dominio (C.P. arts. 58, 79 y 80).

En criterio de esta Corporación, es innegable que en virtud de lo previsto en el artículo 79 de la Constitución Política, es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica, como lo son, los denominados Parques Nacionales Naturales. Dentro de las atribuciones reconocidas para cumplir con dicha obligación constitucional, se le confiere al legislador en el artículo 80 Superior, la posibilidad de establecer *medidas de protección* dirigidas a velar por la conservación, restauración o sustitución de los recursos naturales, con el propósito de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental que puedan causar daño a los ecosistemas de especial importancia ecológica. Por lo que bien puede el legislador como *medida de protección* de los recursos naturales prohibir “*las ventas de tierras*”, sin que por ello se desconozca – *ipso facto*– el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada.

En el presente caso, es claro que a través de la prohibición de enajenación prevista en la norma demandada, se pretende preservar, salvaguardar y perpetuar los recursos ambientales presentes en el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Así se reconoció en los antecedentes legislativos de la Ley 2ª de 1959, al consagrar que la sustracción del comercio de los inmuebles de propiedad privada que se encuentran en las citadas zonas de reserva ecológica, apunta a impedir su explotación económica indiscriminada derivada de la colonización agrícola que amenaza destruir gran parte de la diversidad de la flora y fauna colombiana⁸¹.

Por consiguiente, es evidente que a través de la citada limitación, se exterioriza el carácter relativo del derecho a la propiedad privada, en la medida en que se sujeta su realización al cumplimiento de los fines ecológicos previstos en la Constitución (C.P. arts. 8, 58, 79 y 80). Lo que a su vez se convierte en una clara manifestación del principio de primacía del interés público o

81 Historia de las leyes. Legislatura de 1959. Tomo IV. Segunda etapa. Págs. 119 y 149.

social sobre el interés privado del propietario, en los términos consagrados en el artículo 58 de la Carta Política.

– En segundo término, el artículo 63 de la Constitución de 1991, le otorga al legislador la posibilidad de ampliar los atributos de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, a bienes distintos de los expresamente mencionados en dicha disposición, entre los cuales, se destacan los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación.

Precisamente, en sentencia C-474 de 2003⁸², esta Corporación señaló que:

La Constitución colombiana radica en el Congreso la cláusula general de competencia, tal y como esta Corte lo ha señalado en numerosas ocasiones (CP arts 150 ords 1 y 2). Esto significa que en principio las reglas a las cuales se sujeta la sociedad son expedidas por el Congreso, mientras que el Presidente ejerce su potestad reglamentaria para asegurar la debida ejecución de las leyes (CP art. 189 ord. 11). (...)

Un examen de las competencias atribuidas expresamente al Gobierno y a otras autoridades constitucionales muestra que la Carta no atribuye a ninguna de ellas la regulación específica de la protección del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación, por lo cual, por cláusula general de competencia, dicha regulación corresponde al Congreso. Pero eso no es todo; esa conclusión se ve reforzada por numerosas disposiciones constitucionales que indican que la regulación del tema de la propiedad y del patrimonio arqueológico de la Nación corresponde primariamente a la ley. Así, no sólo los artículos 58, 60, 61, 63 y 150 ordinales 18 y 24 atribuyen un papel esencial al Legislador en la regulación de las distintas formas de propiedad sino que, además, *el artículo 63 atribuye a la ley la determinación de los bienes que son inembargables, inalienables*, mientras que el artículo 72 especifica que corresponde al Legislador establecer los mecanismos que permitan readquirir los bienes que integran el patrimonio arqueológico y cultural, cuando éstos se encuentren en manos de los particulares”. (Subrayado por fuera del texto original)⁸³.

En este contexto, en aras de garantizar la realización de la función ecológica inherente al derecho de dominio, el legislador puede extender frente a los terrenos de propiedad privada que se incorporan al Sistema de Parques Nacionales Naturales, la prohibición de realizar actos que impliquen la transferencia de dicho dominio, a fin de controlar el proceso de colonización sobre las mencionadas zonas ambientales de gran riqueza ecológica. Con todo, si bien

82 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

83 En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia C-649 de 1997, en donde se hace referencia a la extensión de los atributos de protección previstos en el artículo 63 del Texto Superior a las zonas de reserva forestal.

la limitación prevista en la norma demandada es legítima, ello no excluye la posibilidad del Estado de adquirir los citados inmuebles mediante el procedimiento de compra o a través de la declaratoria de expropiación. Dichas alternativas se encuentran reconocidas, entre otros, en los artículos 14 de la misma Ley 2ª de 1959⁸⁴ y 335 del Código Nacional de Recursos Naturales⁸⁵.

– En tercer lugar, la limitación impuesta a la disposición de los bienes que se incorporan al Sistema de Parques Nacionales Naturales a fin de realizar la función ecológica prevista a la propiedad privada en la Constitución, no implica un desconocimiento de los atributos de uso, goce y explotación sobre los mismos. En efecto, aun cuando la declaratoria de una zona de reserva ecológica conduce a la imposición de gravámenes para la utilización y disfrute de los bienes de propiedad particular que se incorporan al citado sistema de protección ecológica de mayor extensión, es claro que dentro de los precisos límites normativos –propios del reconocimiento de un derecho de carácter relativo– los titulares de dicha modalidad de dominio, pueden proceder a su correspondiente explotación económica, por ejemplo, en actividades investigativas, educativas y recreativas⁸⁶.

– Finalmente, si bien esta Corporación en sentencia C–649 de 1997⁸⁷, señaló que el Sistema de Parques Nacionales Naturales se integra tanto por terrenos de propiedad pública como de propiedad privada; la *ratio decidendi* de dicha providencia no consistió –como lo sostiene el demandante– en sostener que se desconoce el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada por el establecimiento de restricciones o limitaciones al atributo de la libre enajenación de los bienes⁸⁸, sino que, por el contrario, la misma apuntó a re-

84 Señala la cita disposición: “Artículo 14. Decláranse de utilidad pública las zonas establecidas como “Parques Nacionales Naturales”. El Gobierno podrá expropiar las tierras o mejoras de particulares que en ellas existan”.

85 Dispone la norma en cita: “Cuando sea necesario incorporar tierras o mejoras de propiedad privada en el Sistema de Parques nacionales se podrá decretar la expropiación conforme a la ley”.

86 Sobre la materia, señala el artículo 332 del Código Nacional de Recursos Naturales: “Las actividades permitidas en las áreas de Sistemas de Parques Nacionales deberán realizarse de acuerdo con las siguientes definiciones: (...) b) *De investigación*: Son las actividades que conducen al conocimiento de ecosistemas y de aspectos arqueológicos y culturales, para aplicarlo al manejo y uso de los valores naturales e históricos del país; c) *De educación*: Son las actividades permitidas para enseñar lo relativo al manejo, utilización y conservación de valores existentes y las dirigidas a promover el conocimiento de las riquezas naturales e históricas del país y de la necesidad de conservarlas; d) *De recreación*: Son las actividades de esparcimiento permitidas a los visitantes de áreas del sistema de parques nacionales (...)”

87 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

88 Al respecto, cita el siguiente aparte jurisprudencial: “En necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella esta afectada a la finalidad de interés público

conocer que las áreas que integran una de las mencionadas zonas de reserva ecológica no pueden ser sustraídas ni por el legislador ni por la Administración de su expresa destinación como mecanismo de protección al medio ambiente, en los términos consagrados en los artículos 63, 79 y 80 del Texto Superior. Ello es así, entre otras, por las siguientes razones:

– En primer lugar, porque el párrafo que se cita por el accionante se deriva del acápite destinado al estudio acerca de la posibilidad de atribuir al Ministerio del Medio Ambiente la función de sustraer las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Así se deduce de la lectura del problema jurídico planteado y del encabezamiento de las consideraciones expuestas sobre dicha materia por este Tribunal. En cuanto al problema jurídico, se precisó que: “Según los antecedentes que se han relatado le corresponde a la Corte resolver los siguientes interrogantes: (...) – La función de sustraer, total o parcialmente, las áreas que integran el Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales puede asignarse a la Administración o, es un competencia privativa del legislador. Es decir, sólo a éste corresponde realizar dicha actividad?”⁸⁹. En relación con el encabezado, se señaló: “2.2. La sustracción de áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales y de zonas de reserva”. Así las cosas, es claro que en ningún momento la Corte procedió al análisis de la vulneración del núcleo esencial del derecho a la propiedad privada por la existencia de límites al atributo de la libre enajenación de los bienes de naturaleza privada que se incorporan a reservas ecológicas de mayor extensión, pues como se precisó, el pronunciamiento de esta Corporación con carácter vinculante se limitó a la definición de la autoridad competente para sustraer áreas de las citadas zonas de reserva⁹⁰.

o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación al respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación”. (Resaltados que corresponden al texto de la demanda).

89 La disposición objeto de demanda en aquella ocasión determinaba que: “Artículo 5 de la Ley 99 de 1993. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente: (...) 18. Reservar, alinear y sustraer las áreas que integran el Sistema nacional de Parques Nacionales Naturales y las reservas forestales nacionales, y reglamentar su uso y funcionamiento”. En opinión del accionante, el precepto legal demandando desconocía la Constitución Política, en cuanto que permitía a la autoridad administrativa ambiental efectuar la “sustracción” de las áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, desconociendo que dicha atribución es propia del legislador.

90 Precisamente, en palabras de este Tribunal, se sostuvo que: “2.2.5. El artículo 327 del Código de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Ambiente define los parques nacionales, así: “Se denomina sistema de parques nacionales el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio que, en beneficio de los habitantes de la Nación y debido a sus características na-

naturales, culturales, o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran”.

De dicha definición se concluye que los parques nacionales configuran un tipo específico de reserva, la cual a su vez, está constituida por diferentes clases de áreas que tienen diversas destinaciones, según se desprende del art. 329 de dicho Código (...)

Es necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella está afectada a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad con la referida afectación el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación.

2.2.6. Observa la Corte que con anterioridad a la Constitución de 1991, siempre se consideró que la regulación en materia de reservas correspondía al legislador, quien determinaba la competencia, y los requisitos y condiciones para su constitución. Salvo en algunos casos en que directamente se estableció por el legislador la reserva (vgr. la de la Sierra de la Macarena), otras, fueron establecidas por la administración con arreglo a las directrices trazadas por el legislador. Así, específicamente la ley señaló competencia al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– para constituir reservas sobre terrenos baldíos para colonización y otras finalidades (art. 30. ley 135/61) y al INDERENA para constituir reservas sobre recursos naturales renovables (art. 38, letra b) del decreto 133/76).

Igualmente, le correspondía al legislador regular lo relativo a la extinción, modificación o sustracción de las áreas de reserva.

2.2.7. Como se ha explicado la constitución de reservas tiene fundamento en el sistema normativo del ambiente en la Constitución Política, pues ellas constituyen mecanismos para el manejo, la protección, la preservación, restauración y sustitución de los recursos naturales renovables.

Lo anterior conduce a considerar que, con fundamento en la Constitución, le corresponde al legislador establecer el marco normativo general relativo al ambiente, dentro del cual necesariamente se comprenden las regulaciones concernientes a los recursos naturales renovables. Por lo tanto, corresponde al legislador determinar las condiciones bajo las cuales se pueden constituir dichas reservas o sustraer las áreas de tales reservas, con la salvedad que mas adelante se hará.

El derecho constitucional que tienen todas las personas a gozar de un ambiente sano, configura indudablemente un cometido estatal, que se cumple no solamente a través de la acción legislativa, sino de la actividad administrativa. Es decir, que cuando la Constitución impone al Estado el deber de asegurar el goce del referido derecho a las personas, indudablemente hay que entender que tal deber pesa sobre todas las ramas del poder público. De este modo se explica que dentro de los cometidos de la administración relativos al manejo, preservación, conservación, restauración y sustitución del ambiente, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del legislador a aquélla, para constituir reservas, modificarlas o sustraer de ellas las áreas o zonas correspondientes.

La protección que el art. 63 de la Constitución establece al determinar que los bienes allí mencionados son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, con respecto a los parques naturales, en el sentido de que dichas limitaciones las estableció el Constituyente con el propósito de que las áreas alindadas o delimitadas como parques, dada su especial importancia ecológica (art. 79), se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración, habilitada por éste.

El sistema ambiental que ha configurado la Constitución fue una respuesta del Constituyente al preocupante y progresivo deterioro del ambiente y de los recursos naturales renovables. Ello explica la necesidad de salvaguardar para las generaciones presentes y futuras los elementos básicos que constituyen el sustrato necesario para garantizar un ambiente sano, mediante la preservación y restauración de los ecosistemas que aún perviven. En tal virtud, entiende la Corte que la voluntad del Constituyente fue que las áreas integradas al sistema de parques nacionales se mantuvieran afectadas a las finalidades que le son propias; por consiguiente, la calidad de inalienables de los parques naturales, reconocida en el art. 63 debe entenderse, en armonía con

– En segundo término, porque es claro, que aun, del análisis del aparte jurisprudencial citado por el accionante, no se deriva que necesariamente exista una vulneración al núcleo esencial del derecho a la propiedad privada por el establecimiento de limitaciones al atributo de la libre enajenación, pues si bien inicialmente se alude al carácter dispositivo de dicho tipo de propiedad, con posterioridad se hace referencia a la imposición de cargas para legitimar su ejercicio. Obsérvese cómo, a juicio de esta Corporación, la posible afectación del núcleo esencial no se deriva de las restricciones que se impongan en cuanto a su enajenabilidad, sino de las cargas que limiten el uso, goce y explotación del citado derecho. De suerte que, si éstas desconocen dicho núcleo esencial, es obligación del Estado adquirir el respectivo inmueble mediante compra o expropiación. Textualmente, la Corte manifestó:

“Es necesario precisar, que dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad privada. Si bien en estos casos subsiste la propiedad privada, que es enajenable, ella esta *afectada* a la finalidad de interés público o social propia del sistema de parques nacionales, *afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho*,_acordes con dicha finalidad. No obstante, debe aclararse, que en cuanto se afecte el núcleo esencial del derecho de propiedad *con la referida afectación* el respectivo inmueble debe ser adquirido mediante compra o expropiación”⁹¹.

En consecuencia, al no constituir las referencias acerca de la enajenabilidad de los bienes de propiedad privada la *ratio decidendi* de la sentencia C-649 de 1997⁹², como previamente se demostró, es pertinente reconocer que dichas referencias jurisprudenciales corresponden al concepto de “*obiter dicta*”, o lo que es lo mismo, alude a todas aquellas reflexiones u opiniones más o menos incidentales propuestas por el juez al momento de motivar o argumentar

los arts. 79 y 80, en el sentido indicado antes, esto es, que las áreas o zonas que los integran no pueden ser objeto de sustracción o cambio de destinación. En tales condiciones, se repite, ni el legislador ni la administración facultada por éste, pueden sustraer, por cualquier medio las áreas pertenecientes al referido sistema.

Finalmente estima la Corte que debe precisar lo siguiente: Con respecto a otros bienes a los cuales el legislador le pueda atribuir, según el art. 63, las mencionadas restricciones, hay que entender que si él tiene la voluntad para crearlas, igualmente tiene la potestad para eliminarlas, según lo demanden los intereses públicos o sociales. De este modo, las zonas de reservas forestales, que no formen parte del sistema de parques naturales, sí pueden ser objeto de sustracción por el Ministerio del Medio Ambiente.

En razón de lo anterior, la Corte estima que es inconstitucional la expresión “y sustraer” incluida en el numeral 18 del art. 5 de la ley 99 de 1993, referida a las áreas integrantes de parques nacionales, mas no cuando se trate de zonas de reserva forestal”. (Subrayado y resaltado por fuera del texto original).

91 Subrayado por fuera del texto original.

92 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

su fallo, que carecen de carácter vinculante, en cuanto no constituyen el principio, la regla o la razón general que sirven de soporte a la decisión judicial⁹³.

19. Con fundamento en las razones anteriormente expuestas, esta Corporación encuentra que la disposición acusada se ajusta integralmente al Texto Constitucional, en cuanto permite realizar la *función ecológica* que le asiste a la propiedad privada, en aras de garantizar el principio de primacía del interés general sobre el interés privado del propietario. [...]

93 Véase, al respecto, la sentencia SU-047 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

LOS SUBSIDIOS DE ADECUACIÓN DE TIERRAS

Los subsidios de adecuación de tierras

Corte Constitucional

Sentencia No. C-205/95

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

Bogotá, mayo 11 de 1995

I. Texto de la norma demandada

El tenor literal de las normas acusadas es el siguiente:

Ley 41 de 1993

[...] Artículo 25. Subsidios. Créase un subsidio del 50% en las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos, con destino a los pequeños productores, usuarios de los Distritos de Adecuación de Tierras que reúnan las condiciones socioeconómicas que determine el Consejo Superior de Adecuación de Tierras. Este subsidio puede ser complementado con aportes de otros organismos públicos o privados en cuantía no menor al 5% ni mayor al 20% del costo en cuyo caso, el subsidio se incrementará en dicho porcentaje. [...]

III. Fundamentos

E.– Quinto cargo: Prohibición de decretar auxilios o donaciones (CP arts. 355 y 368)

Sustentación del Cargo

La Ley 41 de 1993, en su artículo 25, concede a los pequeños productores, usuarios de los distritos de adecuación de tierras, un subsidio equivalente al

50% de las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos, que viola el artículo 355 de la CP, por tener el carácter de auxilio no permitido. En efecto, los beneficiarios no son usuarios de un servicio público domiciliario, cuya tarifa puede excepcionalmente ser objeto de subsidio (CP art. 368). Por otra parte, el subsidio se ordena en una “ley ordinaria” y no en el “respectivo presupuesto” de la entidad que lo concede (CP art. 368). Adicionalmente, los pequeños productores no son “personas de menores ingresos”. [...]

Consideraciones de la Corte Constitucional

1. Según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la prohibición de decretar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, sólo tiene las excepciones que la misma Constitución establece o que se derivan de sus normas. Todo subsidio estatal a usuarios de un servicio público o beneficiarios de una inversión pública, necesariamente posee un componente de transferencia de recursos del Estado a un particular, que deja de tener una inmediata contraprestación, total o parcial, a cargo de éste. A la luz del artículo 355 de la CP, puede afirmarse que los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley, se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado.

2. El demandante estima que la única excepción a la prohibición de decretar auxilios o donaciones, es la contemplada en el artículo 368 de la CP, en el campo de los servicios públicos domiciliarios que, a su juicio, no es el que corresponde a las obras de adecuación de tierras. Por su parte, los defensores de la ley, señalan que los subsidios a los pequeños productores se gobiernan por los contratos que tienen por objeto impulsar programas de interés público acordes con el plan nacional de desarrollo (CP art. 355, inc. 2), o, simplemente, por referirse a la conducción de agua potable y satisfacer una necesidad básica, encuentran amparo en el artículo 368 de la CP.

3. La Corte en su sentencia No C-506 del 10 de Noviembre de 1994 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), consideró que la política estatal de fomento de la investigación y la transferencia de tecnología (CP art. 65), podía traducirse en apoyos no compensados de orden económico a entes y personas privadas. El servicio público de la salud y de la educación –para sólo mencionar dos actividades estatales que pueden ser fuente de subsidios–, puede realizarse bajo condiciones de gratuidad, esto es, de subsidio total o parcial (CP art. 49 y 67). No es cierta, por lo tanto, la afirmación del demandante de que la única hipótesis de subsidio estatal se presenta en los servicios públicos

domiciliarios destinados a cubrir necesidades básicas. La Corte analizará, en este caso, si la constitución, excepcionalmente, permite la concesión de subsidios en favor de los pequeños productores sobre las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos públicos de adecuación de tierras.

4. La tesis de los defensores de la ley tampoco es de recibo para la Corte. Las asociaciones de usuarios (Ley 41 de 1993, arts. 29 y ss), se organizan con el fin de representar, manejar y administrar el respectivo distrito de adecuación de tierras. No obstante, “cada inmueble dentro del área de un distrito deberá responder por una cuota parte de las inversiones realizadas en proporción a los beneficios recibidos, cuyos componentes básicos se desagregan teniendo en cuenta su origen en obras de riego, drenaje, o protección contra inundaciones” (Ley 41 de 1993, art. 24). Por lo tanto, el subsidio del 50 % en las cuotas de recuperación de inversiones de los proyectos, beneficia al dueño o poseedor del predio. En estricto rigor, la transferencia estatal –equivalente al 50 % del valor de la inversión que se deja de recaudar–, se hace directamente al usuario, y no a la asociación de usuarios. Luego, no puede sostenerse que la hipótesis de la ley se sustenta en la disposición del segundo inciso del artículo 355 de la CP. Aparte del compromiso de pagar la cuota que le corresponde, el usuario no suscribe con el Gobierno ningún contrato adicional con el objeto de impulsar un programa acorde con el plan de desarrollo; se limita, por cierto, a sufragar la mitad del costo que se le liquida por concepto de una obra pública que lo beneficia.

De otro lado, asimilar a servicio público domiciliario, la realización de obras de riego, drenaje y protección contra inundaciones, desvirtúa aquella categoría. La Corte ha señalado que por servicios públicos domiciliarios se deben entender aquellos servicios públicos “que se prestan a través de sistemas de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas” (Corte Constitucional, sentencia T-578 de noviembre 3 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido la sentencia T-306 de 1994).

5. La Corte, sin embargo, encuentra en la Constitución suficientes elementos para sostener la constitucionalidad de un subsidio como el que es objeto de análisis. El subsidio, en este caso, cumple diversos fines, todos ellos vinculados a deberes que la Constitución asigna al Estado, cuya inobservancia contradiría el designio constitucional de la actividad pública y profundizaría la desigualdad real existente en el país: (1) la realización de obras de adecuación de tierras, drenaje y protección de inundaciones, tiene para el Estado el carácter de deber constitucional, que se satisface mediante la organización del respectivo servicio público (CP art. 65 y Ley 41 de 1993, art. 3); (2) pro-

mueve el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (CP art. 64); (3) mejora el ingreso y calidad de vida de los campesinos (CP art. 64); (4) promueve la producción de alimentos (CP art. 65); (5) remueve barreras para que la igualdad sea real y efectiva, de suerte que el pequeño productor no quede frente al mediano y al grande definitivamente rezagado (CP art. 13). En los apartes siguientes, se desarrollarán las ideas anteriores.

5.1 En el documento intitulado “La Revolución Pacífica. Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social 1990–1994”, se exponen las razones que explican porqué en la Constitución la adecuación de tierras se menciona entre las actividades a las que el Estado debe otorgar tratamiento “prioritario” (CP art. 65), con vista a garantizar la producción de alimentos.

El riego, contribuye, a expandir el área arable y, por consiguiente, determina la ampliación de la frontera agrícola (i); da lugar a una utilización intensiva y más eficiente de la superficie (ii); estimula la diversificación de cultivos y la incorporación de nuevas variedades (iii); genera empleos directos e indirectos (iv); incide en la reducción de la inestabilidad de precios para productor y consumidor (v) (cfr, *ibid*, pág. 372).

Colombia es un país pobre en suelos con vocación agropecuaria. En el documento citado se destaca que “según la FAO, únicamente el 3.6 % del territorio nacional es mecanizable, comparado con un promedio de 6.5% en Latinoamérica” (*Ibid*, pág. 374). La relación tierra–trabajo es, pues, una de las más bajas del continente. Se impone, por tanto, invertir en el mejoramiento y adecuación de tierras. A lo anterior se suma, la variabilidad de las condiciones climáticas y de las cantidades de precipitación, lo que hace necesario darle un manejo técnico al recurso hídrico de modo que soporte la evolución de los diferentes cultivos.

El territorio nacional, de otra parte, tiene un enorme potencial para desarrollar una agricultura bajo riego. De acuerdo con el “balance hídrico mundial y recursos hidráulicos en la tierra”, elaborado por la UNESCO en 1979, Colombia ocupa el cuarto lugar en el mundo en rendimientos específicos de agua superficial (*ibid*, pág. 377–378). Finalmente, en el documento se afirma que “el costo por hectárea de nuevos sistemas de riego en nuestro país se encuentra por debajo del de países con limitada expansión potencial del área irrigable”.

5.2 Promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra para los pequeños productores, no puede entenderse circunscrito al derecho de dominio sobre este factor de la producción, el cual no es aprovechable sin asistencia técnica, crédito, comercialización, comunicaciones, adecuación de tierras etc. En este sentido, particularmente, la adecuación de tierras repercute en una más eficiente utilización de las parcelas de los trabajadores agrarios y,

por esta vía, mejora su ingreso y calidad de vida (CP art. 64). El artículo 64 de la CP, vincula la propiedad de la tierra al trabajo agrario. Las obras públicas de riego y avenamiento, tornan más productivos ambos factores y, por tanto, se proyectan positivamente en la relación tierra-trabajo.

5.3 Las obras de adecuación de tierras potencian los suelos con vocación agropecuaria y generan una mayor y más estable oferta de alimentos (CP art. 65). Dos efectos conexos, deben tomarse en consideración. El primero, se relaciona con el aumento de oportunidades de empleo (CP arts. 25 y 334) y, el segundo, con el más racional aprovechamiento de la actual frontera agrícola sin necesidad de incorporar nuevas zonas, dentro del propósito de promover un desarrollo económico sostenible que preserve el ambiente (CP arts. 80 y 334).

5.4 Las obras públicas de adecuación de tierras, en buena parte, requieren del apoyo financiero de los dueños o poseedores de los predios beneficiados, quienes deben – también por razones de equidad – asumir el pago de las cuotas de recuperación de las inversiones efectuadas. Dado el interés social que envuelve su desarrollo, su programación y ejecución, no es concebible que se paralice o deje de realizarse por la falta de suficiente capacidad de pago de algún grupo de potenciales beneficiarios.

En este caso, luego de identificada la imperiosa necesidad de hacerlo –la Constitución le otorga prioridad a este tipo de tareas– (CP art. 65), la obra se podría teóricamente adelantar y gravaría a todos los predios de acuerdo con el beneficio que cada uno reciba. Sin embargo, los pequeños productores, carentes de recursos, se expondrían a que el derecho de dominio sobre sus predios fuese objeto de las medidas de embargo, secuestro y remate judicial (Ley 41 de 1993, arts. 30, 31 y 33), si no cancelan las cuotas de recuperación que se liquidan a su cargo.

Sería paradójico que el cumplimiento del deber del Estado de construir obras de infraestructura física y adecuación de tierras (CP art. 65), pudiera significar, para los pequeños productores rurales, la pérdida de la tierra, cuya consolidación en cabeza de los trabajadores agrarios, responde a otro deber estatal (CP art. 64), que aquí se dejaría de observar. De otro lado, la extinción de la propiedad agraria de pequeña extensión, aumentaría el control de la tierra en pocas manos. Los grandes propietarios y, a lo sumo, los medianos, concentrarían las oportunidades y beneficios del desarrollo y, en su sólo beneficio, redundaría la acción del Estado (CP art. 334).

El Congreso ha intentado resolver la situación planteada recurriendo a la consagración de un subsidio parcial del costo de recuperación de esta suerte de inversiones públicas, que beneficia a los pequeños productores. Pre-

tende, de esta manera, promover la igualdad real y efectiva, habilitando a los pequeños productores como eventuales usuarios y beneficiarios de las obras públicas de adecuación de tierras (CP art. 13) y evitar, como se ha visto, que el cumplimiento de un deber estatal no se traduzca en la práctica en el incumplimiento de otro. Los pequeños productores se encuentran en condiciones socioeconómicas diferentes respecto de los medianos y grandes productores y arriesgan perder sus parcelas si se someten a una misma metodología y sistema de cobro. El tratamiento diferente y favorable que se les prodiga, en consecuencia, se justifica pues sólo así –gracias al subsidio– pueden mantenerse como categoría social y recibir el beneficio de la acción estatal como los restantes productores agrarios.

Desde luego, el Consejo Superior de Adecuación de Tierras, al cual se asigna la función de determinar las condiciones socioeconómicas que deban reunir los usuarios sujetos de los subsidios (Ley 41 de 1993, art. 10–7), so pena de violar la Constitución y la ley, debe asegurarse que los beneficiarios efectivamente sean personas cuyas condiciones materiales no les permitan sufragar la cuota integral que deben satisfacer los restantes titulares o poseedores de predios, pues, de lo contrario, se estaría configurando una inequidad de trato y un asistencialismo no congruente con el designio de promover la igualdad real y efectiva, la que en modo alguno puede confundirse con la dilapidadora y venal concesión de privilegios.

Las consideraciones anteriores son suficientes para despachar negativamente el cargo planteado.

LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE TIERRAS

La protección de los usuarios de tierras y la realización del derecho a la alimentación

Secretario General de las Naciones Unidas
Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación
Agosto 11 de 2010

[...] III. Protección de los usuarios de tierras

10. La demanda apremiante de tierras a que se ha hecho referencia agrava los conflictos relativos a las tierras y llevan a una criminalización inquietante de los movimientos sociales cuyo objetivo es llevar a cabo la reforma agraria “desde abajo”, por ejemplo al reclamar tierras que no se utilizan y que, en su opinión, deberían distribuirse más equitativamente. Como resultado de ello, se cometen violaciones graves de una serie de derechos humanos, incluidos asesinatos de campesinos vinculados a dichas actividades, que el Relator Especial ha documentado en varias comunicaciones transmitidas a los Estados. Sin embargo, ese aumento de la demanda apremiante también es motivo de preocupación debido a la escasa protección de los que más dependen de la tierra para su supervivencia: los pequeños agricultores, pescadores tradicionales, pequeños ganaderos y pueblos (incluidos los pueblos indígenas y tribales) que dependen de los productos forestales. El presente informe se ocupa primero de la situación de los pueblos indígenas, que es específica en el sentido de que el derecho de esos pueblos a tener sus tierras demarcadas y protegidas está reconocido en el derecho internacional. Luego examina la situación de los pequeños agricultores, que cultivan la tierra en condiciones que a menudo son insuficientemente seguras, y la de otros usuarios de tierras, como los pescadores, pequeños ganaderos y pastores,

que dependen particularmente de las tierras comunales. El mensaje esencial es que, si bien la seguridad de la tenencia es importante y debe considerarse crucial para la realización del derecho a la alimentación, la adjudicación de títulos individuales y la creación de un mercado de derechos a la tierra quizá no sea la forma más adecuada para lograrla.

A. Pueblos indígenas

11. Los pueblos indígenas son cada vez más víctimas de la explotación de los recursos naturales de sus tierras, que a menudo se considera que pertenecen al Estado. La demarcación de sus tierras y territorios es un proceso largo y con muchos obstáculos. En general no hay ninguna participación. Sin embargo, el Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor en 1991, prevé varias garantías relativas a las tierras. Aunque el Convenio no se ha ratificado suficientemente²⁶, esto se ha compensado en parte con la aprobación, el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General, en su resolución 61/295, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que contribuye a la formación del derecho consuetudinario internacional en ese asunto²⁷. La Declaración establece, en su artículo 8 2) b), que los Estados deben prohibir, respecto de los pueblos indígenas, “todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”, requisito que se corresponde con el artículo 18 del Convenio núm. 169 de la OIT. También prohíbe, en su artículo 10, todo desplazamiento por la fuerza de los pueblos indígenas de sus tierras o territorios, e impone requisitos de consentimiento libre, previo e informado, un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso (en casos de traslado).

12. Además, el derecho de todos los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales –como se prevé en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966 y en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966²⁸–, implica la protección de los pueblos indígenas frente a ciertas formas de desposesión de sus territorios o de los

26 Solo 20 Estados habían ratificado el Convenio en el momento de preparar el presente informe.

27 Resolución 61/295 de la Asamblea General, anexo.

28 Véase la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, anexo. Véase también Comité de Derechos Humanos, *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelanda* (Comunicación núm. 547/1993, CCPR/C/70/D/547/1993, 2000), párr. 9.7.

recursos de que dependen. El artículo 5 d) v) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial también protege el derecho que tienen las comunidades indígenas a sus tierras²⁹. Y el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento y el registro oficiales de sus territorios se ha reafirmado en los instrumentos regionales pertinentes de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideran que la posesión tradicional de los pueblos indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado: por lo tanto, cuando los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras como resultado de una transferencia legítima a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad³⁰. El derecho de las comunidades indígenas a sus tierras incluye el derecho a los recursos naturales que estas contienen³¹. Se considera que la propiedad, protegida en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye un derecho colectivo de los pueblos indígenas, ya que la propiedad de la tierra a menudo no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad³². Por consiguiente, los Estados tal vez tengan que reconocer los sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra que protegen los derechos de propiedad comunal –por ejemplo, concediendo a la comunidad el derecho de veto con respecto a la enajenación de sus tierras por uno de sus miembros constituyentes, ya sea una persona o un clan, aldea o tribu.

13. El derecho internacional relativo a los derechos humanos protege la relación entre las comunidades indígenas y sus tierras, territorios y recursos al exigir a los Estados que demarquen esa tierra, la protejan contra la invasión y respeten el derecho de las comunidades de que se trate a gestionarla con-

29 Véase CERD/C/GUY/CO/14 (Guyana) y CERD/C/KHM/CO/8-13 (Camboya).

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006), párr. 128; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya* (Comunicación núm. 276/2003, 2009), párr. 209; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001), párrs. 151 y 164.

31 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria* (Comunicación 155/96, 2001), párrs. 42, 54 y 55.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001), párr. 148; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006), párr. 120. Esta opinión la comparten varias cortes nacionales: véase Corte Suprema del Canadá, *Delgamuukw v. British Columbia* (sentencia de 11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201; Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Alexkor Ltd. and Another v. Richtersveld Community and Others* (sentencia de 14 de octubre de 2003), párr. 62.

forme a sus modos internos de organización. Si bien parece que a veces esas garantías en su mayoría no se respetan, la jurisprudencia demuestra que los derechos de uso derivados de la tenencia consuetudinaria pueden ser reconocidos y protegidos por el sistema jurídico; también demuestra que el derecho a la propiedad comunal –un derecho comunitario y no individual– es una alternativa a los derechos de propiedad individual. En ambos casos, puede servir de fuente de inspiración, para mejorar la protección de los derechos de otros usuarios de los recursos naturales.

B. Los pequeños agricultores que cultivan la tierra

14. El acceso a la tierra y la seguridad de la tenencia también son esenciales para que los pequeños agricultores puedan lograr un nivel de vida digno. Como se señaló anteriormente, el derecho a la alimentación impone a los Estados la obligación de no privar a los particulares del acceso a los recursos productivos de los que dependen. Cuando una comunidad se ha establecido en un terreno y depende de este para sus medios de vida, la obligación de respetar el derecho a la alimentación por lo tanto exige que se prohíba desalojar a la comunidad de ese terreno a menos que se cumplan ciertas condiciones. No debe llevarse a cabo ningún desalojo que no se ajuste a los criterios establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su observación general núm. 7, sobre el derecho a una vivienda adecuada: desalojos forzosos³³, y en los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo³⁴. Esas directrices proporcionan un instrumento práctico para ayudar a los Estados y organismos a elaborar políticas, leyes, procedimientos y medidas preventivas para asegurar que no ocurran desalojos forzosos o, si la prevención no diera resultado, proporcionar recursos eficaces a las personas cuyos derechos humanos han sido violados.

15. De conformidad con el derecho de propiedad, los usuarios de la tierra también están protegidos contra desalojos, en determinadas circunstancias, según se establece en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 1 del primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien las condiciones en que puede efectuarse un desalojo varían de un instrumento

33 E/1998/22-E/C.12/1997/10, anexo IV.

34 A/HRC/4/18, anexo I.

a otro, los requisitos más comunes son los siguientes: todo desalojo debe tener un propósito público válido (o legítimo) (condición que debe excluir los desalojos llevados a cabo para promover intereses puramente privados); no puede ser discriminatorio; debe satisfacer las exigencias del procedimiento reglamentario; y debe ir acompañado de una indemnización justa. Aunque esa protección contra la expropiación arbitraria en principio no es aplicable a todas las formas de ocupación ilegal³⁵, en general se aplica a las formas de ocupación de la tierra que no están reconocidas oficialmente mediante un título legal (“extralegal”) o que se basan únicamente en la tenencia consuetudinaria.

16. Se ha argumentado que la mejora de la seguridad de la tenencia anima a los pequeños agricultores a invertir en la tierra³⁶ y en principio podría reducir el costo del crédito al aumentar el uso de la tierra como garantía. También podría fomentar una agricultura más sostenible, en particular mediante la plantación de árboles y el uso más responsable del suelo y los recursos hídricos. Sin embargo, la verdadera cuestión no es si debe mejorarse la seguridad de la tenencia, sino cómo. El enfoque clásico ha consistido en adjudicación de títulos individuales, combinada con el establecimiento de sistemas de catastro o registros de tierras, para facilitar y asegurar las transacciones relacionadas con la tierra. Ese enfoque está vinculado a la idea de que la seguridad de la tenencia es principalmente un medio para promover la integración en el mercado: una vez que la propiedad ha sido reconocida jurídicamente, esta puede enajenarse o hipotecarse de modo que los beneficiarios pueden abandonar la agricultura u obtener efectivo para realizar las inversiones necesarias en tierras. A finales del decenio de 1970 y durante el de 1980 –y más recientemente, bajo la influencia de la obra de Hernando de Soto³⁷– las instituciones financieras internacionales promovieron el registro y la adjudicación de títulos como parte de sus programas de ajuste estructural, con la esperanza de que los mercados de tierras satisfactorios asegurarían una asignación eficaz de las tierras y estimularían el crecimiento económico, lo

35 Sin embargo, incluso cuando una persona se ha establecido ilegalmente en una zona determinada, puede, según el contexto y, en particular, según las alternativas disponibles, ser protegida contra la expulsión por la fuerza: véase Tribunal Constitucional de Sudáfrica, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (sentencia de 4 de octubre de 2000) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Öneryıldız v. Turkey* (sentencia de 30 de noviembre de 2004).

36 Klaus Deininger, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction* (Banco Mundial, 2003); págs. 115 y 116; Klaus Deininger y Songqing Jin, “Tenure security and land-related investment: evidence from Ethiopia”, *European Economic Review*, vol. 50(5) (2006), págs. 1245 a 1277; Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

37 Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (Basic Books, 2000).

que a su vez se consideraba fundamental para hacer frente al problema de la pobreza rural y la inseguridad alimentaria³⁸.

17. Sin embargo, el intento de transplantar el concepto occidental de los derechos de propiedad ha causado una serie de problemas. A menos que sea transparente y se vigile atentamente, el propio proceso de adjudicación de títulos puede pasar a manos de las élites locales o de inversionistas extranjeros, con la complicidad de funcionarios corruptos. Además, si se basa en el reconocimiento de la propiedad oficial, y no en los derechos de los usuarios de tierras, el proceso de adjudicación de títulos podrá confirmar la distribución desigual de las tierras y en la práctica dar como resultado una contrarreforma agraria. En particular, esto ocurrirá en países donde una pequeña élite terrateniente posee la mayor parte de las tierras disponibles, habiéndose beneficiado de la estructura agraria desigual de la época colonial. También existe el riesgo de que la adjudicación de títulos favorezca a los hombres. Toda medida encaminada a mejorar la seguridad de la tenencia debe más bien tratar de corregir los desequilibrios existentes, como lo hace el Proyecto de ordenación y administración de tierras de Camboya.

18. La adjudicación de títulos individuales también puede convertirse en una fuente de conflicto e inseguridad jurídica si contraviene las normas consuetudinarias relativas a la tenencia, por ejemplo, en materia de propiedad comunal de la tierra. De hecho, la adjudicación de títulos individuales, combinada con la comerciabilidad de la tierra, tal vez no sea compatible con el reconocimiento de las formas consuetudinarias de tenencia en materia de tierras comunales y los recursos de propiedad común, lo que coloca en una situación particularmente desventajosa a los grupos que no utilizan la tierra de manera intensiva o que no la ocupan permanentemente.

19. Por último, la creación de un mercado de derechos de propiedad puede en sí misma dar lugar a una serie de consecuencias indeseables. La justificación principal para crear dicho mercado es que este facilita la reasignación de tierras a los usuarios más eficientes, proporcionando así una salida a los residentes rurales para que puedan abandonar la agricultura cuando esta no es lo suficientemente rentable. Por consiguiente, el Banco Mundial señala: “los derechos de propiedad seguros y no ambiguos ... permiten la aparición de mercados para transferir la tierra a usos y usuarios más productivos”³⁹.

38 Manpreet Sethi, “Land reform in India: issues and challenges”, en *Promised Land: Competing Visions of Agrarian Reform* (Food First Books, 2006), pág. 77.

39 Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

Sin embargo, en muchos casos no han quedado claros los efectos de la adjudicación de títulos en la productividad agrícola cuando esta no se ha complementado con planes que ofrezcan a los productores niveles adecuados de apoyo⁴⁰. Las ventas de tierras suelen favorecer no a los que pueden utilizarlas con la mayor eficacia, sino a los que tienen acceso al capital y mayor capacidad para comprar tierras⁴¹. De hecho, la creación de un mercado de derechos a la tierra puede hacer que los especuladores dejen las tierras sin producir para mantenerlas como inversión, lo que hace que la productividad disminuya y también que aumente la carencia de tierras entre los pobres de las zonas rurales⁴². Los agricultores más pobres fácilmente podrían verse obligados a vender las tierras y luego quedar excluidos del mercado por los precios inasequibles, en particular si han adquirido deudas como resultado de una mala cosecha o de otras circunstancias. Por lo tanto, considerada aisladamente de otras políticas, la adjudicación de títulos individuales puede ser contraproducente, al aumentar la vulnerabilidad de los pobres⁴³. De hecho, la idea de que la adjudicación de títulos individuales contribuye a la reducción de la pobreza a medida que la tierra se transforma en capital⁴⁴ presupone que la propiedad se convierta en garantía, la garantía en crédito y el crédito en ingresos⁴⁵. Sin embargo, los pobres, para quienes la tierra es un factor esencial de protección social cuando no se dispone de ningún otro, de hecho pueden ser reacios a hipotecar sus tierras para tener acceso al crédito. Y la adjudicación de títulos tampoco da como resultado necesariamente un acceso significativamente mayor a los créditos que ofrecen las instituciones financieras privadas.

20. Al parecer, a los pobres les importa menos la adjudicación de títulos individuales que la seguridad de la tenencia, lo que refleja el hecho de que cuando los ingresos son bajos y no existen otros mecanismos de seguridad social, la tierra sirve de red de protección social para los pobres de las zonas rurales

40 Véase Frank Place y S. E. Migot-Adholla, "The economic effects of land registration on smallholder farms in Kenya; evidence from Nyeri and Kakamega districts", *Land Economics*, vol. 74, núm. 3 (1998), págs. 360 a 373.

41 Celestine Nyamu Musembi, "De Soto and land relations in Africa: breathing life into dead theories about property rights", en *Market-Led Agrarian Reform: Critical Perspectives on Neoliberal Land Policies and the Rural Poor*, Saturnino M. Borras Jr. y otros, eds. (Routledge, 2008).

42 Véase Rebeca Leonard y Kinkorn Narintarakul Na Ayutthaya, "Thailand's land titling programme: securing land for the poor?", págs. 139 a 141.

43 Ana Palacio, *Legal Empowerment of the Poor: An Action Agenda for the World Bank* (2006), pág. 18.

44 Véase de Soto, *The Mystery of Capital*.

45 Christopher Woodruff, "Review of De Soto's *The Mystery of Capital*", *Journal of Economic Literature*, vol. 39 (2001), pág. 1218.

y les proporciona los medios de vida básicos⁴⁶. En otras palabras, si bien la seguridad de la tenencia de la tierra y el reconocimiento de los derechos a la tierra pueden corresponder a una fuerte demanda, como demuestran las experiencias de algunos países, no puede decirse lo mismo de la adjudicación de títulos individuales y la alienabilidad de la tierra. Por el contrario, la limitación de la venta de tierras puede proteger a los pequeños agricultores para que no se vean presionados a ceder sus tierras; también puede proteger los derechos de uso de las tierras comunales y preservar las formas comunales de gestión de la tierra⁴⁷. Cada vez se tiene más experiencia con el uso de instrumentos accesibles y de bajo costo para el registro de derechos locales a la tierra, o por lo menos de transacciones de tierras, a fin de garantizar la seguridad de la tenencia mediante el reconocimiento de los derechos de uso en lugar de la plena propiedad. Entre los ejemplos figuran el “Plan foncier rural”, aplicado en Benin y puesto a prueba en Burkina Faso, y el proceso de registro de 1 dólar que da lugar a la expedición de certificados en algunos estados de Etiopía. Una muestra interesante de la gestión descentralizada de los derechos a la tierra es la Ley 2005-019 de Madagascar, que establece el estatuto de la tierra⁴⁸.

21. Esto indica que existe una oposición fundamental entre dos conceptos de seguridad de la tenencia: uno orientado hacia la promoción de la comerciabilidad de la tierra mediante la adjudicación de títulos, y el otro orientado hacia la ampliación de los derechos de los grupos pertinentes a fin de garantizar medios de vida más seguros.

22. Varios países, especialmente en África, han ampliado el reconocimiento jurídico oficial de los derechos consuetudinarios vigentes, incluidos los derechos colectivos, como alternativa a la adjudicación de títulos individuales. Por lo general, ni los miembros particulares de los hogares ni las comunidades, mediante sus representantes, pueden disponer de sus tierras, por ejemplo, vendiéndolas. Sin embargo, el reconocimiento jurídico oficial de los derechos consuetudinarios proporciona una seguridad eficaz. Favorece las inversiones a largo plazo en las tierras. También es posible que facilite el acceso al crédito, puesto que los acreedores (a pesar de que no podrán tomar posesión de la tierra en caso de impago) pueden estar seguros de la viabilidad a largo plazo de las inversiones que ayudan a financiar. Y permite

46 Palacio, *Legal Empowerment of the Poor*, pág. 16.

47 John W. Bruce y otros, *Land Law Reform: Achieving Development Policy Objectives* (Banco Mundial, 2008), págs. 126 a 128.

48 André Teyssier, *Perspective núm. 4 - Decentralising Land Management: The Experience of Madagascar* (CIRAD, 2010).

la creación de mercados de arrendamiento, que pueden mejorar el acceso a la tierra, en particular para las familias con poca educación y mano de obra abundante que no tienen muchas tierras⁴⁹. Al mismo tiempo, existe un alto riesgo de que las formas patriarcales tradicionales de distribución de la tierra se legitimen más mediante el reconocimiento de las formas consuetudinarias de tenencia, en violación de los derechos de la mujer. Esos riesgos deben evitarse mediante la inclusión de salvaguardias estrictas en el proceso de reconocimiento.

23. A medida que se reconocen las formas consuetudinarias de tenencia, es posible que varíe la relación entre los derechos individuales y los comunales. Por ejemplo, se pueden formalizar los derechos comunales relativos a la tierra como un conjunto de derechos individuales. En Camboya, aunque la tierra puede estar en manos de las comunidades indígenas en su conjunto, la Ley de tierras de 2001 permite a miembros particulares de las comunidades retirarse y recibir su parte de la tierra comunal, con sujeción al acuerdo de toda la comunidad⁵⁰. Otro enfoque consiste en permitir a las autoridades de las comunidades locales administrar los derechos⁵¹. En Estados latinoamericanos donde se han concedido a los grupos indígenas tanto derechos políticos como derechos a la tierra, esos grupos han podido lograr cierto grado de autonomía en la gestión de la tierra, al tiempo que han obtenido seguridad de la tenencia⁵².

24. Por consiguiente, debe considerarse que el verdadero empoderamiento jurídico de los pobres incluye: a) protección contra el desalojo; b) dotación de instrumentos (asistencia jurídica, capacitación jurídica básica, servicios de asistentes de abogados) para asegurar la defensa efectiva de los derechos reconocidos oficialmente⁵³; c) apoyo a los usuarios de tierras en cuanto a la utilización de las mismas; y d) fortalecimiento de la capacidad de los organismos encargados de la administración de tierras y medidas para luchar contra la corrupción en dichos organismos. Los planes de adjudicación de títulos individuales solo deben fomentarse cuando puedan combinarse con

49 Véase Klaus Deininger y otros, "Efficiency and equity impacts of rural land market restrictions: evidence from India", *World Bank Policy Research Working Paper Series* 3013 (2006).

50 Centro de Derechos de Vivienda y Desahucios, "Untitled: Tenure insecurity and inequality in the Cambodian land sector" (2009).

51 Klaus Deininger, "Land policies for growth and poverty reduction: key issues and challenges ahead" (2004).

52 Ruth Meinzen-Dick y otros, "Decentralization, pro-poor land policies and democratic governance", *CAPRI Working Paper* núm. 80 (2008); pág. 20.

53 Lorenzo Cotula y Paul Mathieu, eds., *Legal Empowerment in Practice: Using Legal Tools to Secure Land Rights in Africa* (FAO e Instituto Internacional para el Medio Ambiente y el Desarrollo, 2008).

la codificación de los derechos de los usuarios en base a las costumbres, y cuando se hayan establecido las condiciones para asegurar que la creación de un mercado de derechos a la tierra no dará lugar a una mayor concentración de la misma. Deben reconocerse las formas consuetudinarias de tenencia, que a menudo se perciben como sumamente legítimas⁵⁴, aunque es importante que dichos sistemas se examinen cuidadosamente y, de ser necesario, se modifiquen para tener en cuenta los derechos de la mujer, los derechos de uso de los que dependen de tierras comunales y los derechos de los miembros más vulnerables de la comunidad.

C. Pastores, pequeños ganaderos y pescadores

25. La protección de los derechos de los usuarios de tierras no debería limitarse a mejorar la seguridad de la tenencia de los agricultores. Los pescadores necesitan tener acceso a los caladeros y pueden verse gravemente afectados por el cercado de tierras que proporcionan acceso al mar o a los ríos. Los pequeños ganaderos necesitan pastizales para los animales que crían. Para esos grupos, como también para los que practican la agricultura itinerante, la formalización de los derechos de propiedad y el establecimiento de registros de tierras pueden constituir el problema, no la solución, al impedirles tener acceso a los recursos de los que dependen y hacerlos víctimas del establecimiento de vastos cercados que puede ser resultado de la adjudicación de títulos⁵⁵. En Kenya, los pequeños agricultores cuyos derechos se pasaron por alto en el proceso de formalización, presuntamente han sido víctimas de apropiaciones violentas de tierras por parte de hacendados y otros en busca de recursos escasos. Puesto que no tienen ningún derecho jurídico sobre la tierra, no pueden exigir reparación⁵⁶. En la República Unida de Tanzania, cinco años después de haber comenzado en serio la adjudicación de títulos, los pequeños agricultores informaron de que habían sido desalojados de varios pastizales comunes y habían sido amenazados con perder otros pastizales porque esas tierras se habían clasificado como “no utilizadas”⁵⁷.

54 Unión Africana, Comisión Económica para África y Banco Africano de Desarrollo, *Land Policy in Africa: A Framework to Strengthen Land Rights, Enhance Productivity and Secure Livelihoods* (2009), párr. 3.1.3.

55 Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2008*, pág. 119.

56 Declaración del Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías en el 41o período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Examination of State Party Report on Kenya, 3 de noviembre de 2008.

57 Chambi Chachage, *Prospects and Pitfalls of Legal Empowerment of the Poor in Tanzania: Some Key Observations* (2006), pág. 10.

26. Para estos grupos, la existencia de tierras comunales es vital. Como lo señaló la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, en algunas culturas jurídicas, la propiedad comunitaria de los recursos naturales como los terrenos para pastoreo, los bosques, los cursos de agua, las áreas pesqueras y los minerales superficiales constituyen formas tradicionales y eficaces de ceder el control y brindar derechos de propiedad a personas que tienen pocas o ninguna propiedad. Estos sistemas deben ser reconocidos e íntegramente protegidos contra el apoderamiento arbitrario⁵⁸. En efecto, conforme al derecho internacional vigente, los requisitos aplicables a los pueblos indígenas tal vez tengan que ampliarse para incluir por lo menos a ciertas comunidades tradicionales que tienen una relación similar con sus tierras ancestrales, centrada no en el individuo sino en la comunidad como un todo⁵⁹. Esto fomentaría la gestión de recursos mancomunados a nivel local por las comunidades directamente interesadas, no mediante instrucciones impuestas desde arriba o la privatización de las tierras comunales. Cuando tales acuerdos se institucionalizan⁶⁰, la gestión descentralizada de los recursos mancomunados, que reconozca su función como bienes colectivos, se considera muy eficaz. Los que negocian las modalidades de la utilización de las tierras comunales tienen la mejor información acerca de su capacidad de sustentación, y por lo tanto acerca de los usos que son sostenibles, y los usuarios tienen fuertes incentivos para supervisar el uso de las tierras comunales y dar parte de las infracciones⁶¹.

IV. Reforma agraria⁶²

27. Ante una distribución de tierras a veces sumamente desigual en las zonas rurales, tal vez no sea suficiente el fortalecimiento de la seguridad de

58 Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres, “La ley: clave para el desarrollo sin exclusiones”, *Informe de la Comisión para el Empoderamiento Legal de los Pobres* (2008), vol. I, págs. 73 y 74.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Moiwana v. Suriname* (sentencia de 15 de junio de 2005), párrs. 132 y 133; y *Caso del Pueblo Saramaka v. Suriname* (sentencia de 28 de noviembre de 2007), párr. 86.

60 Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Cambridge University Press, 1990), cap. 5.

61 Véase Ashwini Chhatre y Arun Agrawal, “Trade-offs and synergies between carbon storage and livelihood benefits from forest commons”, *Proceedings of the National Academy of Science*, vol. 106 (2009), págs. 17667 a 17670.

62 Las expresiones “reforma de la tenencia de la tierra” y “reforma agraria” a menudo se usan indistintamente en las publicaciones. En el presente informe, “reforma agraria” se refiere a las políticas de redistribución de tierras (cambio sistemático de la distribución de los derechos sobre la tierra) y las políticas de desarrollo rural que son esenciales para que dicha redistribución tenga éxito.

la tenencia; es posible que se necesite una redistribución de tierras. En el artículo 11, párrafo 2 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce el vínculo que existe entre el derecho a la alimentación y el uso de los recursos naturales, y obliga a los Estados a llevar a cabo “el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales”. Esto debe entenderse como un fomento de una reforma agraria que conduzca a una distribución más equitativa de la tierra en beneficio de los pequeños agricultores, primero porque existe una relación inversa entre el tamaño y la productividad de la explotación agrícola, y segundo porque la agricultura de pequeña escala (que vincula a los agricultores más estrechamente a la tierra) podría redundar en un uso más responsable del suelo⁶³. Las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, aprobadas en 2004 por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), también promueven la reforma agraria (directriz 8.1).

A. ¿Por qué una reforma agraria?

28. Una reforma agraria que dé como resultado granjas familiares utilizadas por sus propietarios es deseable por varias razones. A medida que las tierras se transfieren a las granjas familiares, las tierras en barbecho de los latifundios se utilizan para la producción, aumentando así los niveles de productividad⁶⁴. Un análisis del Banco Mundial de 2003 de las políticas agrarias de 73 países entre 1960 y 2000 revela que los países donde la distribución de la tierra era más equitativa inicialmente registraron tasas de crecimiento entre dos y tres veces superiores a las de los países donde la distribución de la tierra era menos equitativa inicialmente⁶⁵. [...]

63 A/57/356, párr. 30.

64 David Palmer y otros, “Hacia una mejor gobernanza de la tierra”, Documento de trabajo sobre la tenencia de la tierra 11 (FAO y Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, 2009), pág. 36. Respecto de la relación inversa entre el tamaño y la productividad de la explotación agrícola y los efectos de escala en la agricultura, véase Abhijit Banerjee, “Land reforms: prospects and strategies” (Massachusetts Institute of Technology, Department of Economics Working Paper Series, Working Paper 99-24, 1999), págs. 1 a 5; Saturnino Borrás Jr. y otros, “Agrarian reform and rural development: historical overview and current issues”, Institute of Social Studies/UNDP Land, Poverty and Public Action Policy paper No. 1 (2007), pág. 1.

65 Deininger, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction*; 2003. Keith Griffin y otros, “Poverty and the distribution of land”, *Journal of Agrarian Change*, 2(3), 2002, pág. 315.

29. El potencial de reducción de la pobreza que entraña una distribución más equitativa de la tierra se ilustra más en los análisis estadísticos que revelan que una disminución de un tercio en el índice de desigualdad de la distribución de la tierra reduce a la mitad el nivel de pobreza en un período de 12 a 14 años aproximadamente. El mismo nivel de reducción de la pobreza puede obtenerse en 60 años mediante el crecimiento agrícola sostenido de un promedio anual del 3% y sin cambiar la desigualdad de la distribución de la tierra⁶⁶. Las reformas de la tenencia de la tierra posteriores a la Segunda Guerra Mundial en Asia hicieron aumentar en un 30% los ingresos del 80% de los hogares del nivel más bajo, y disminuir en un 80% los ingresos del 4% de los hogares del nivel más alto⁶⁷.

30. Además de sus funciones económicas de estimular el crecimiento y reducir la pobreza rural, un acceso más equitativo a la tierra para los pobres de las zonas rurales contribuye a la inclusión social y al empoderamiento económico⁶⁸. El acceso a la tierra también mejora la seguridad alimentaria, ya que facilita la obtención de alimentos a un buen precio, atenuando así las sacudidas externas⁶⁹. Los hechos observados resultantes de la redistribución de la tierra en China indican que el acceso a la tierra, si bien protege los ingresos de los hogares solo moderadamente contra las sacudidas, garantiza una protección casi total contra la malnutrición⁷⁰. Así pues, una distribución más equitativa de la tierra y el establecimiento de explotaciones agrícolas familiares utilizadas por sus propietarios es conveniente por razones tanto de eficiencia como de equidad⁷¹. Las pequeñas explotaciones agrícolas familiares pueden usar la tierra de una manera más sostenible, ya que la agricultura sostenible suele exigir mayor densidad de mano de obra y requiere que exista un vínculo entre los agricultores y la tierra. Por otra parte, cuando las zonas rurales afrontan un desempleo y un subempleo elevados y una relativa escasez de tierras, es más razonable, tanto desde una perspectiva económica como desde una perspectiva de justicia social, aumentar la productividad de la tierra que tratar de aumentar la productividad laboral.

66 M. R. El-Ghonemy, "Land reform development challenges of 1963-2003 continue into the twenty-first century", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, 2003/2, pág. 40.

67 Veronika Penciakova, "Market-led agrarian reform: a beneficiary perspective of Cédula da Terra", London School of Economics Working Paper Series No. 10-100 (2010), pág. 8.

68 Julian Quan, "Land access in the 21st century: issues, trends, linkages and policy options", Livelihood Support Programme Working Paper 24 (FAO, 2006), pág. 3.

69 M. R. Carter, "Designing land and property rights reform for poverty alleviation and food security", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, FAO, 2003/2.

70 Klaus Deininger y Hans Binswanger, "The evolution of the World Bank's land policy: principles, experience and future challenges", *World Bank Research Observer* 14(2) (1999), pág. 256.

71 *Ibid.*, pág. 248.

31. Por último, la reforma de la tenencia de la tierra puede verse como una oportunidad para fortalecer el acceso a la tierra por parte de las mujeres, en particular las solteras y las viudas. En el artículo 14, párrafo 2 g) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se garantiza el derecho de la mujer a recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y reasentamiento. Sin embargo, siguen existiendo leyes y costumbres sociales como las que garantizan que la tierra que pertenece a un esposo fallecido pertenece a sus hijos y no a la viuda, a pesar de la violación manifiesta de los derechos de la mujer que esto implica. [...]

32. La reforma de la tenencia de la tierra puede verse como una oportunidad para remediar ese desequilibrio, ya sea dando prioridad a las necesidades de los hogares encabezados por mujeres solteras o viudas, o asegurando sistemáticamente la titularidad conjunta en el proceso de reforma.

B. Contribución de la reforma de la tenencia de la tierra a la realización del derecho a una alimentación adecuada

33. Las promesas más recientes de llevar a cabo la reforma de la tenencia de la tierra se hicieron en la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural de la FAO⁷², celebrada en Porto Alegre (Brasil) en marzo de 2006. La Declaración Final adoptada en la Conferencia alienta a que se sostengan diálogos nacionales e incluyentes para garantizar un progreso significativo en la reforma agraria y en el desarrollo rural, y la aplicación de una reforma agraria adecuada “principalmente en las áreas con fuertes disparidades sociales, pobreza e inseguridad alimentaria, como medio para ampliar el acceso sostenible a la tierra, al agua y a los demás recursos naturales”⁷³. Los Gobiernos representados en la Conferencia también recomendaron que el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de la FAO adoptara un conjunto de directrices para la presentación de informes a fin de dar seguimiento a la implementación de la Declaración⁷⁴.

34. La preparación de las directrices voluntarias de gobernanza responsable de la tenencia de la tierra y otros recursos naturales, dirigida por la FAO, es la iniciativa más importante de seguimiento de los compromisos contraídos en la Conferencia⁷⁵, y la Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad

72 Recopiladas por el autor utilizando la base de datos Género y Derecho a la Tierra de la FAO en <http://www.fao.org/gender/landrights> (visitada el 19 de mayo de 2010).

73 Declaración Final de la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural (CIRADR 2006/3), párr. 29.

74 *Ibíd.*, párr. 30.

75 FAO, *Towards Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure of Land and other Natural Resources* (2008), pág. 4.

Alimentaria, celebrada en 2009, destaca esa conexión⁷⁶. Es demasiado pronto para evaluar las directrices a la luz de lo que prometen lograr. Sin embargo, a nivel regional, el marco y las directrices de la política agraria en África de la Unión Africana son un paso importante en ese sentido y el proyecto latinoamericano de seguimiento de la Conferencia, iniciado en agosto de 2009, incluye un gran número de países en la puesta en práctica de los compromisos establecidos en la Declaración. Pero el panorama general sigue siendo desigual entre las regiones.

35. Puede argumentarse que esa disparidad de los resultados se debe en parte a los matices fuertemente ideológicos del debate sobre cómo aplicar la reforma de la tenencia de la tierra. En la generación pasada, el desacuerdo principal consistía en la oposición entre la reforma agraria centralizada o dirigida por el Estado, efectuada mediante adquisiciones de tierras del Estado compensadas a precios por debajo del mercado, y la reforma agraria descentralizada, basada en criterios de mercado y en el principio de un comprador voluntario y un vendedor voluntario. Si bien la reforma agraria dirigida por el Estado es ahora menos común, la FAO sigue recibiendo solicitudes de asistencia relativas a ese tipo de reforma⁷⁷, y algunos países siguen redistribuyendo la tierra o se han comprometido a hacerlo. Sin embargo, desde el decenio de 1990, se ha observado una tendencia hacia la reforma agraria basada en el mercado, como lo demuestran programas como el proyecto Cédula da Terra, puesto en marcha en el Brasil durante el período 1996-2001 y renovado desde entonces; el programa colombiano elaborado conforme a la Ley 160 de 1994 sobre la reforma agraria; el Programa de Reconstrucción y Desarrollo de Sudáfrica, puesto en marcha en 1994; el proyecto de desarrollo de tierras rurales de base comunitaria en Malawi; y el plan de transferencia voluntaria de tierras en Filipinas.

36. Lamentablemente, a pesar de que varios movimientos sociales están tratando de presionar más a los gobiernos (incluso mediante la ocupación de tierras) para que hagan frente a esa cuestión, la urgencia de la redistribución de la tierra ha disminuido, debido al fin de la guerra fría y porque muchos responsables de políticas están convencidos de que las mejoras de la productividad impulsadas por la tecnología podrían ser una alternativa menos polémica a la reforma agraria⁷⁸.

76 Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Seguridad Alimentaria (WSFS 2009/2), párr. 18.

77 Maximiliano Cox y otros, "FAO in agrarian reform", *Land Reform, Land Settlement and Cooperatives*, 2003/2, pág. 25.

78 Véase Cox y otros, "La FAO en el ámbito de la reforma agraria", pág. 2 de la versión en inglés, y Borrás y otros, "Agrarian reform and rural development", pág. 11.

37. Sin embargo, existen argumentos de peso a favor de la reforma de la tenencia de la tierra como una contribución a la realización progresiva del derecho humano a la alimentación, por lo menos en contextos caracterizados por a) un alto grado de concentración de la propiedad de la tierra (como por ejemplo, un nivel de desigualdad superior a un coeficiente de Gini de 0,65), combinado con b) un nivel significativo de pobreza rural atribuible a la carencia de tierras o al cultivo por pequeños agricultores de parcelas excesivamente reducidas. Esto implica que los Estados deben vigilar las desigualdades existentes en lo referente al acceso a la tierra y, cuando ambas circunstancias estén presentes, asignar el máximo de recursos disponibles a los planes de reforma agraria y ejecutar esos programas de conformidad con los principios de participación, transparencia y rendición de cuentas, para proteger tales recursos y evitar que las élites locales se apropien de ellos. Los Estados que no establezcan planes de redistribución de la tierra deberían justificar la decisión de no hacerlo.

38. Si bien las reformas agrarias dirigidas por el Estado en general pueden ser sumamente eficaces para resolver desigualdades de acceso a la tierra profundamente arraigadas siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, las reformas agrarias basadas en el mercado han tenido menos éxito en ese sentido, y a veces incluso han conducido a una nueva concentración de tierras, por razones similares a las que explican los límites de la adjudicación de títulos como medio para asegurar la tenencia de la tierra⁷⁹. Se pueden obtener enseñanzas importantes de experiencias pasadas: el éxito de los programas de reforma de la tenencia de la tierra dirigida por el Estado depende no solo de las leyes eficaces de límite de tierras y otras salvaguardias apropiadas, como los marcos jurídicos que definen claramente a los beneficiarios y la tierra exenta, sino también de la movilización social continua por parte de organizaciones de campesinos, que pueden ser socios vitales en la aplicación de políticas para brindar apoyo a los nuevos beneficiarios⁸⁰. Sin embargo, para que la redistribución de la tierra sea sostenible, los beneficiarios también deben ser respaldados mediante políticas amplias de desarrollo

79 Esta conclusión se basa en un análisis exhaustivo del gran volumen de publicaciones sobre las respectivas ventajas y desventajas de los modelos de reforma agraria dirigida por el Estado y basada en el mercado en los últimos tres decenios, que no puede resumirse aquí. Entre las referencias importantes figuran: Saturnino M. Borras Jr. y Terry McKinley, "The unresolved land reform debate: beyond State-led or market-led models", Policy Research Brief No. 2 (UNDP, 2006); Palmer y otros, "Hacia una mejor gobernanza de la tierra", pág. 36; Quan, "Land access in the 21st century", pág. 12; P. Rosset y otros, *Promised Land: Competing visions of agrarian reform*; Borras y otros, "Agrarian reform and rural development", págs. 4 a 8; y Cox y otros, "FAO in agrarian reform", pág. 13.

80 Borras y McKinley, "The unresolved land reform debate", pág. 3; Cox y otros, "FAO in agrarian reform", pág. 21.

rural. Se ha estimado que la mejora del acceso al crédito y a los mercados, así como a la extensión rural, puede representar entre el 60% y el 70% de los costos totales de una reforma de la tenencia de la tierra, lo que supera los costos de adquisición y transferencia de tierras⁸¹. El fracaso de las reformas en Latinoamérica comparadas con las reformas en Asia se ha atribuido al hecho de que en Latinoamérica las reformas se han centrado tradicionalmente solo en el acceso a la tierra, dejando de lado las políticas de desarrollo rural⁸². Para que tenga éxito, la redistribución de tierras debe ir acompañada de políticas más amplias de reforma agraria que apoyen a los pequeños agricultores y mejoren su capacidad de competir con explotaciones agrícolas más grandes; de lo contrario, habrá fuertes incentivos para que los beneficiarios de la reforma de la tenencia de la tierra vendan sus tierras a los grandes terratenientes⁸³. Se debe dar prioridad a las mujeres en esas iniciativas, como se hizo en el Programa de formación de jóvenes agricultoras en la provincia canadiense de Manitoba o en la estrategia que están aplicando actualmente en Noruega el sector agropecuario y el Ministerio de Agricultura y Alimentación, con el objetivo de lograr un nivel de participación del 40% de las mujeres en la agricultura⁸⁴. También pueden ser eficaces las leyes de límite de tierras. Aunque a menudo los grandes terratenientes eluden esas leyes –por ejemplo, registrando tierras a nombre de sus representantes– su aplicación puede aumentar la tierra disponible para redistribuirla a los hogares más pobres y limitar así el riesgo de una nueva concentración de tierras tras la reforma⁸⁵. Se puede obtener un resultado similar sometiendo las transacciones en materia de tierras a una autorización administrativa, lo que permite a la administración oponerse a transacciones que pudieran dar lugar a una concentración inaceptable de tierras, como ocurre en Alemania de conformidad con el artículo 91) de la Ley de transacciones de tierras. [...]

81 Palmer y otros, “Hacia una mejor gobernanza de la tierra”, pág. 36.

82 Banco Mundial, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction* (Banco Mundial y Oxford University Press, 2003), pág. 146.

83 Las 22 recomendaciones formuladas en la evaluación internacional de la ciencia y la tecnología agrícolas para el desarrollo de 2008 resumen bien lo que esas políticas amplias deben incluir; se puede consultar en <http://www.agassessment.org/>.

84 En Noruega, si bien se ha abolido la discriminación contra la mujer en el acceso a las tierras agrícolas, solo el 14,3% de los agricultores son mujeres.

85 El-Ghonemy, “Land reform development challenges of 1963-2003 continue into the twenty-first century”, pág. 37.

LA INVASIÓN DE TIERRAS

La sanción a la invasión de tierras y a las urbanizaciones ilegales y el derecho de propiedad

Corte Constitucional

Sentencia C-157/97

Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Bogotá, marzo 19 de 1997

[...] II. Texto

El texto acusado es del siguiente tenor literal:

“LEY 308 DE 1996

(agosto 5)

por la cual se modifica parcialmente el artículo 367 del Código Penal
y se tipifica como conducta delictiva la del Urbanizador Ilegal.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°. Modifícase el artículo 367 del Código Penal, el cual quedará así:

“Artículo 367. Invasión de tierras o edificaciones. El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena establecida en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.

El mismo incremento de la pena se aplicará cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Parágrafo. Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes cuando, antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos”.

“Artículo 2°. Adiciónase el Capítulo VII del Título XIV del Código Penal con el siguiente artículo, el cual quedará inserto a continuación del artículo 367 de la obra citada.

“Artículo 367A. Del Urbanizador Ilegal. El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción sin el lleno de los requisitos de ley, incurrirá por este solo hecho en prisión de tres (3) a siete (7) años y en multa de doscientos (200) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales vigentes.

La pena señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o en zonas rurales.

Parágrafo. El servidor público o trabajador oficial que dentro del territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con su acción u omisión diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en el inciso 1° de este artículo, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta”. [...]

[...] VI. Consideraciones de la Corte Constitucional [...]

2. La normatividad examinada. Los mecanismos legales para prevenir y controlar la invasión de inmuebles. Diferencia entre las conductas delictivas contra la propiedad y la función social de la misma. El derecho de acceso a la propiedad. La urbanización ilegal.

Los artículos impugnados, que, como se ha dicho, reforman y adicionan las disposiciones que había consagrado al respecto el Código Penal, tienen por objeto la sanción de las conductas consistentes en invadir edificaciones y tierras ajenas con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho ilícito (art. 1) y en adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir la división, parcelación y urba-

nización de inmuebles, o su construcción, sin haber cumplido los requisitos que la ley exige.

El análisis constitucional de tales preceptos ha de partir de la idea, más ampliamente desarrollada en el siguiente acápite, según la cual corresponde al legislador la responsabilidad y la competencia de erigir en delictivas ciertas conductas y de señalar las penas que a los infractores habrán de ser aplicadas.

En cuanto a su contenido material, la Corte considera que las disposiciones demandadas no quebrantan principio ni precepto alguno de la Constitución Política.

A. En efecto, el invasor atenta contra el derecho de propiedad reconocido en el artículo 58 de la Carta, pues irrumpe en tierras o edificaciones ajenas, haciendo imposible al propietario el goce y uso del bien, la percepción de sus frutos y su disposición.

Como lo ha sostenido la Corte en numerosas sentencias, el derecho de propiedad no es absoluto y en la Constitución se consagran restricciones y limitaciones en cuya virtud, sobre el interés particular del dueño, prevalece el interés social (arts. 1 y 58 C.P.).

Además, desde 1936, la Constitución colombiana modificó el antiguo concepto de los derechos subjetivos –en especial el de dominio–, acogiendo la teoría de su función social, que implica obligaciones.

La Carta de 1991, al reproducir con mayor énfasis los términos en que fue concebida la propiedad–función social en las normas precedentes, zanjó definitivamente la polémica propiciada por quienes, no obstante las expresiones del antiguo artículo 30 de la Constitución, sostenían que no debería leerse en el sentido de *ser* la propiedad una función social sino de *tenerla*, con lo cual, de haber sido aceptado, se desdibujaba por completo el alcance jurídico que a dicho concepto quiso dar el Constituyente desde la reforma del año 36.

Hoy, por tanto, habiendo declarado el artículo 58 de la Carta, después de largos debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, que “la propiedad es (resalta la Corte) una función social que implica obligaciones” y que, “como tal, le es inherente una función ecológica”, no cabe duda de que, a la luz del Estatuto Fundamental, el derecho de propiedad, en sí mismo relativo y sometido a restricciones, únicamente se reconoce y protege en la medida en que revierta, a favor de la sociedad y en beneficio del interés colectivo, que prevalece.

Al respecto, no sobra reiterar que las obligaciones derivadas de la preceptiva constitucional, a cargo de todo propietario, pueden ser definidas por la ley y concretadas por los jueces a través de mecanismos tales como la

expropiación o la extinción del dominio, según lo ha destacado la Corte (Cfr. sentencias C-066 del 24 de febrero y C-216 del 9 de junio de 1993), de lo cual resulta que el sistema jurídico tiene contemplados los mecanismos y procedimientos con arreglo a los cuales, sin desconocer los derechos del dueño, se puede deducir en la práctica la relatividad de los mismos y su sometimiento a la prevalencia del interés público, así como el cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que supone la función social.

Así las cosas, no se puede alegar la función social o las restricciones constitucionales al derecho de propiedad como justificación para quebrantarlo de hecho, o mediante la violencia o el uso de la fuerza física, como ocurre cuando se comete cualquiera de los delitos contemplados en la legislación que tienen precisamente a la propiedad como valor jurídico protegido. Uno de ellos es el de la invasión de tierras o inmuebles, cuya ilicitud, en los términos definidos por la disposición acusada, debe conducir a la imposición de sanciones proporcionales a la agresión, indispensables para la efectiva garantía que consagra el artículo 58 C.P.

Compete al legislador graduar las penas correspondientes, por lo cual, no apareciendo en este caso como irrazonables o desproporcionadas, las de 2 a 5 años de prisión y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, estimadas por la ley como adecuadas para el fin propuesto, no configuran una violación de la Carta Política.

Tampoco se admite transgresión de los preceptos fundamentales por las circunstancias de que el legislador haya previsto el aumento de la pena hasta en la mitad, con el objeto de castigar al promotor, organizador o director de la invasión, ya que éste, en su condición de autor intelectual del ilícito, obra generalmente con mayor premeditación y conocimiento de causa y no necesariamente con la misma premura y necesidad que pudieran alegar en su defensa los invasores despojados de todo recurso.

No ignora la Corte que en muchos casos las invasiones y ocupaciones de hecho sobre tierras urbanas o rurales tienen por causa las circunstancias de extrema necesidad y aun de indigencia de los invasores, elemento de naturaleza social que el Estado colombiano debe atender, evaluar y ponderar, con miras a dar soluciones globales que garanticen la realización de postulados constitucionales que tienen por objeto el respeto a la dignidad humana y a los derechos elementales de personas pobres.

En el plano de la aplicación concreta de la disposición acusada, es imperativo que en los procesos penales tampoco se desconozcan los fenómenos sociales existentes ni las circunstancias que en cada caso rodeen al inculpado del delito en cuestión. Será tarea del juez competente la de definir si, respec-

to de cada sindicado, se configuran causales de justificación o exculpación, en los términos de ley.

No es lo mismo ni puede ser tratada igual la situación de la persona que se encuentra en estado de necesidad impostergable, en especial cuando debe dar abrigo y protección a niños o a personas de la tercera edad, que la de quien establece como negocio, para sí o para otros, la invasión de tierras, utilizando muchas veces la misma necesidad de personas y familias.

Para la Corte resulta definitiva la característica del tipo penal que expresamente califica el hecho de la invasión refiriéndose al propósito de obtener provecho ilícito, pues ella elimina la posibilidad de aplicarlo para sancionar a quien obra de buena fe.

En todo caso, justamente esa calificación, que define el delito, hace compatible su consagración con las reglas del Estado Social de Derecho.

De otro lado, no se estima que el Congreso haya vulnerado la Constitución al prever el incremento de pena cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural, si se tienen en cuenta las mayores dificultades del propietario y de las propias autoridades de policía en el cuidado y defensa de los bienes que aquél pueda poseer en zonas alejadas de los centros urbanos, particularmente si se trata de áreas asoladas por la violencia o el terrorismo, y, por tanto, la correlativa facilidad que tales circunstancias implican para perpetrar los actos de invasión u ocupación.

No menos razonable resulta el párrafo de la norma atacada, que contempla la rebaja de la pena hasta en dos terceras partes cuando, antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos, toda vez que, en la hipótesis normativa de que se trata, no obstante el daño ya causado y la clara situación ilícita en que se ubicaron los invasores, al momento de imponer la sanción, el juez ha de reconocer como desaparecidos los motivos actuales de perturbación a la propiedad, posesión y uso del bien.

Ahora bien, la Corte no acepta los argumentos del actor según los cuales el precepto impugnado es contrario a los artículos 51, 58, 60 y 64 de la Constitución.

La primera de tales normas señala que todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna, pero a renglón seguido subraya que el Estado fijará las condiciones necesarias para hacerlo efectivo y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de programas habitacionales. Tales instrumentos,

propios del Estado Social de Derecho y susceptibles de ser operados con base en planes de índole socioeconómico y merced a la intervención del Estado en la economía (art. 334 C.P.), entre cuyos objetivos están el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, y canalizando recursos públicos al gasto e inversión sociales con carácter prioritario (art. 366 C.P.), resultan bien distintos de favorecer la invasión de tierras con propósitos ilícitos y el desconocimiento del orden jurídico.

La segunda y la tercera de las disposiciones invocadas obligan al Estado a “promover, *de acuerdo con la ley* (resalta la Corte), el acceso a la propiedad” (art. 60 C.P.) y a fomentar “el acceso *progresivo* (se resalta) a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”, y a la vivienda, entre otros servicios, “con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”.

Por su parte, el artículo 58 de la Carta insiste en que el Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Se trata de normas-programa, esto es, de aquellas cuya cristalización a nivel macroeconómico y con plena cobertura social no puede lograrse de un día para otro sino de manera progresiva, como el mismo mandato constitucional lo establece, y sobre el supuesto necesario de que el acceso a la tierra y a la propiedad, así como a los servicios que la Constitución contempla, se produzca con arreglo al sistema jurídico y no mediante su quebrantamiento, que no otra cosa significaría que se prohiciera la invasión indiscriminada y masiva de tierras en sectores urbanos y rurales, con olvido de que la propiedad protegida por la Constitución (art. 58 C.P.) es aquella adquirida “con arreglo a las leyes civiles”.

B. En lo que concierne al otro delito consagrado, el de urbanización ilegal, encuentra su fundamento en la necesidad de protección de la comunidad, que puede ser afectada, como en incontables ocasiones lo ha sido, por personas inescrupulosas que, so pretexto de adelantar programas de vivienda o construcción en poblados y ciudades, recaudan, sin ningún control y de manera masiva, grandes sumas de dinero, generalmente aportadas por personas de escasos recursos que pretenden, de buena fe, solucionar así sus necesidades de habitación.

En no pocas oportunidades, los aportantes de cuotas para los expresados fines resultan defraudados y se encuentran impotentes para reclamar cumplimiento o para obtener la devolución de sus recursos económicos, dada la inexistencia de registros oficiales sobre las personas responsables de la actividad urbanizadora prometida y las inmensas dificultades para su

localización, precisamente por no haber cumplido ellas los requisitos de ley, que habrían hecho posible la vigilancia y el control estatal sobre su gestión y responsabilidades.

Las penas previstas en estos casos –3 a 7 años de prisión y multas de 200 a 400 salarios mínimos legales vigentes–, aplicables por el sólo hecho de no acogerse el urbanizador al cumplimiento de la ley, guardan proporción con la magnitud del daño social que la urbanización ilícita ocasiona y con la amenaza que su extensión representa para los habitantes del territorio.

Por otra parte, como la Constitución establece la obligación estatal de velar por el mantenimiento del equilibrio ambiental y por la preservación de los recursos naturales (arts. 49, 79 y 80 C.P., entre otros) y tiene a su cargo, además, la responsabilidad de proteger la vida, la salud y la integridad de las personas residentes en Colombia, no menos que la de velar por la prevalencia del interés general y las obligaciones sociales del Estado y de los particulares (art. 2 C.P.), no es descabellado que la ley sancione con mayor rigor a quien, fuera de llevar a cabo planes de urbanización no autorizados legalmente, los adelanta en terrenos o zonas de reserva ecológica, o en áreas de alto riesgo, o señaladas por el Estado para la construcción de obras públicas.

Lo propio puede afirmarse del servidor público o trabajador oficial que, aprovechando su cargo y el ejercicio de funciones públicas en una determinada jurisdicción, o por sus omisiones, propicie la perpetración de los indicados actos delictivos, cuya pena, según la norma demandada, incluye, además de las privativas de la libertad y de las pecuniarias, la interdicción de derechos y funciones públicas entre 3 y 5 años, pues la posibilidad de prever castigos más drásticos para los servidores públicos se acomoda sin dificultad, en tanto la ejerza el legislador, a las reglas de responsabilidad diferencial contempladas por el artículo 6 de la Constitución Política. [...]

LA ADQUISICIÓN O ARRENDAMIENTO DE TIERRAS

Principios mínimos en materia de derechos humanos aplicables a las adquisiciones o arrendamientos de tierras en gran escala

Consejo de Derechos Humanos

Anexo al Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación,
Diciembre 28 de 2009

Principio 1. Las negociaciones de los acuerdos de inversión deberían realizarse de manera plenamente transparente y con la participación de las comunidades locales cuyo acceso a la tierra y demás recursos productivos pueda verse afectado como resultado del acuerdo de inversión. Al considerar si procede o no concertar un acuerdo con un inversionista, el Gobierno del país receptor debería siempre sopesar las ventajas de concertar tal acuerdo con los costos de oportunidad que ello entrañaría, en particular cuando la tierra disponible pueda destinarse a otros usos que puedan ser más favorables a la satisfacción de las necesidades a largo plazo de la población local afectada y a la plena realización de sus derechos humanos.

Principio 2. En general, cualquier cambio del uso de la tierra solo debería tener lugar con el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades locales afectadas. Esto reviste especial importancia en el caso de las comunidades indígenas, habida cuenta de la discriminación y la marginación a la que históricamente han sido sometidas. Los desalojos forzados solo deberían permitirse en las circunstancias más excepcionales. Conforme al derecho internacional, solo son admisibles cuando se ajusten a la legislación local aplicable, cuando estén justificados en aras del bienestar general y cuando vayan acompañados de una indemnización apropiada y del reasentamiento o el acceso a nuevas tierras productivas. Antes de proceder a

cualesquiera desalojos o cambios del uso de la tierra que puedan hacer que se prive a algunas personas del acceso a sus recursos productivos, los Estados deberían cerciorarse de que, en consulta con las personas afectadas, se han explorado todas las alternativas factibles, con miras a evitar, o al menos minimizar, la necesidad de recurrir a desalojos. En todos los casos, se deberían proporcionar recursos o procedimientos legales efectivos a las personas afectadas por las órdenes de desalojo.

Principio 3. A fin de velar por que los derechos de las comunidades locales queden salvaguardados en todo momento, los Estados deberían promulgar leyes que protejan esos derechos y en las que se especifique detalladamente en qué condiciones podrán permitirse el cambio del uso de la tierra o los desalojos, así como los procedimientos que hayan de seguirse en esos casos. Además, los Estados deberían prestar ayuda a las personas y a las comunidades locales para obtener títulos individuales o el registro colectivo de las tierras que utilizan, a fin de que sus derechos gocen de plena protección judicial. Esas leyes deberían elaborarse de conformidad con lo dispuesto en los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento originados por el desarrollo presentados en 2007 por el anterior Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado⁴⁷, así como con la Observación general N° 7 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acerca del derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1): desalojos forzosos.

Principio 4. La población local debería beneficiarse de los ingresos generados por el acuerdo de inversión. En los contratos sobre la inversión se debería dar prioridad a las necesidades de desarrollo de la población local y se debería tratar de llegar a soluciones que representen un equilibrio adecuado entre los intereses de todas las partes. Según las circunstancias, los acuerdos en virtud de los cuales el inversionista extranjero ofrece acceso al crédito y a mejores tecnologías para las cosechas producidas bajo contrato o mediante los que se evita la posibilidad de comprar a precios previamente establecidos parte de las cosechas producidas pueden ser preferibles a las adquisiciones o arrendamientos de tierras a largo plazo, aunque la propia agricultura por contrato debería cumplir las condiciones expuestas en el informe del Relator Especial sobre la agroindustria y el derecho a la alimentación (A/HRC/13/33, párrs. 43 a 45).

47 A/HRC/4/18, anexo I.

Principio 5. En los países en que hay elevados niveles de pobreza rural y en que no existen oportunidades de empleo en otros sectores, los Estados receptores y los inversionistas deberían establecer y promover sistemas agrícolas que sean suficientemente intensivos en mano de obra para contribuir a la creación de empleo. Las modalidades de producción intensivas en mano de obra pueden ser sumamente productivas por hectárea. Los acuerdos de inversión deberían contribuir en toda la medida de lo posible a reforzar las posibilidades de obtener medios de vida localmente y en particular proporcionar a la población local afectada un salario mínimo vital, que es un componente clave del derecho humano a la alimentación.

Principio 6. Los Estados receptores y los inversionistas deberían cooperar para encontrar la forma de velar por que los modelos de producción agrícola sean respetuosos con el medio ambiente y no aceleren el cambio climático ni el agotamiento del suelo y de las reservas de agua dulce. Según las condiciones locales, tal vez tengan que explorar las prácticas agrícolas con pocos insumos externos, como medio de hacer frente a ese problema.

Principio 7. Cualquiera que sea el contenido del acuerdo, es esencial que las obligaciones del inversionista queden claramente definidas y sean exigibles, por ejemplo mediante la inclusión de sanciones previamente establecidas en caso de incumplimiento. Para que ese mecanismo sea eficaz, independiente y participativo, se deberían evaluar a posteriori, a intervalos predeterminados, sus efectos. Las obligaciones del inversionista no deberían limitarse al pago del alquiler o, en el caso de la compra de tierras, al pago de una suma monetaria. Deberían incluir unos compromisos claros y verificables sobre una serie de cuestiones relacionadas con la sostenibilidad a largo plazo de la inversión y con el respeto de los derechos humanos. En particular, tales compromisos pueden estar relacionados con la creación de empleo local; con el respeto de los derechos laborales, incluyendo un salario mínimo vital en la medida en que haya empleo asalariado; con la inclusión de los pequeños agricultores mediante programas de producción por contrata, empresas conjuntas u otras formas de colaboración en la producción debidamente negociados, y con la necesidad de hacer inversiones para que las comunidades locales conserven una mayor proporción de la cadena de valor, por ejemplo construyendo instalaciones locales de elaboración.

Principio 8. Para que los acuerdos de inversión no hagan que aumente la inseguridad alimentaria de la población local, especialmente como resultado del aumento de la dependencia con respecto a los mercados internacionales o a la ayuda alimentaria en un contexto de precios más elevados de los productos básicos agrícolas, los acuerdos de esa índole que se concierten con países que sean importadores netos de alimentos deberían incluir una

cláusula en virtud de la cual cierto porcentaje mínimo de las cosechas producidas haya de venderse en los mercados locales y ese porcentaje pueda incrementarse, en proporciones acordadas por adelantado, si los precios de los productos alimenticios en los mercados internacionales alcanzan ciertos niveles. También puede ser necesario instituir planes de ayuda apropiados para aumentar la productividad de los agricultores locales, a fin de que estos no sufran pérdidas de ingresos cuando lleguen a los mercados locales productos de bajo precio producidos en condiciones más competitivas en las plantaciones en gran escala establecidas por los inversionistas extranjeros.

Principio 9. A fin de poner de relieve las repercusiones de la inversión sobre el disfrute del derecho a la alimentación, antes de concluir las negociaciones deberían realizarse evaluaciones del impacto en: a) el empleo y los ingresos locales, desglosados por sexo y, en su caso, por grupo étnico; b) el acceso de las comunidades locales, incluidos los agricultores itinerantes o que se dedican al pastoreo, a los recursos productivos; c) la llegada de nuevas tecnologías e inversiones en infraestructura; d) el medio ambiente, incluido el agotamiento del suelo, el uso de los recursos hídricos y la erosión genética, y e) la accesibilidad, la disponibilidad y la idoneidad de los alimentos. Solo procediendo a tales evaluaciones del impacto, que deberían incluir una dimensión participativa, se podrá lograr que los contratos de arrendamiento o venta de tierras permitan que las ventajas que reporten se distribuyan equitativamente entre las comunidades locales, el Estado receptor y el inversionista.

Principio 10. Con arreglo al derecho internacional, los pueblos indígenas gozan de formas específicas de protección de sus derechos sobre la tierra. Los Estados deberán consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas afectados a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y demás recursos, especialmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de los recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Principio 11. Debería proporcionarse a los trabajadores agrícolas asalariados una protección adecuada, y sus derechos humanos y laborales deberían recogerse en la legislación y respetarse en la práctica, en consonancia con los instrumentos aplicables de la Organización Internacional del Trabajo. Una mayor protección de esa categoría de trabajadores contribuiría a reforzar su capacidad, así como la capacidad de sus familias, para tener acceso a una alimentación suficiente y adecuada.

EL DERECHO A LA RESTITUCIÓN DE LA TIERRA DE LOS DESPLAZADOS FORZADOS

El riesgo del despojo y el acceso a la propiedad de la tierra por las mujeres desplazadas

Corte Constitucional

Auto 092/08 en el marco de la superación del estado de cosas
inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, abril 14 de 2008

[...] III. Impacto diferencial y agudizado del conflicto armado sobre las mujeres. Riesgos de género y cargas extraordinarias para las mujeres en el marco del conflicto armado. Enfoque diferencial estricto de prevención del desplazamiento forzado de las mujeres. [...]

III.1.8. Riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales

Las estructuras sociales históricamente establecidas en Colombia también han puesto a la mayoría de las mujeres del país, especialmente las de zonas rurales y marginales, en una posición de desventaja y asimetría frente a la propiedad, y en particular la propiedad de la tierra.

Una proporción significativa de las mujeres desplazadas que han sido incluidas en el RUPD han reportado que antes del desplazamiento eran propietarias de tierras. Sin embargo, es claro que las mujeres del país históricamente acceden a la propiedad de la tierra y de bienes inmuebles a través de sus

compañeros de sexo masculino. Como consecuencia de este rasgo estructural, las mujeres enfrentan diversos obstáculos para acreditar la propiedad de la tierra, para conocer sus derechos reales o la extensión de su patrimonio, para contar con los títulos necesarios o con las pruebas de posesión requeridas, incluso para acreditar la relación de pareja con su proveedor, etc. Tal y como se explica a la Corte, *“dado que la relación entre las mujeres y su derecho a la propiedad, especialmente en el ámbito rural, ha estado mediada por su compañero, cuando el desplazamiento forzado está acompañado de la pérdida de su pareja, las mayores dificultades son evidentes: las mujeres no conocen los linderos, no saben de la existencia de títulos, no tienen información sobre la modalidad de la propiedad, no tienen pruebas de posesión, y en muchos casos, no están en capacidad de dimensionar lo que la tierra y sus productos derivados pueden representar en términos económicos”*.

Esta situación de indefensión jurídica en sí misma ubica a las mujeres en mucho mayor riesgo de ser despojadas de su propiedad por los actores armados al margen de la ley, con mayor facilidad que a los hombres, a través de amenazas de hecho y maniobras jurídicas fraudulentas que las mujeres están mal posicionadas para resistir o contrarrestar efectivamente. En igual medida, cuando se produce la pérdida de su proveedor económico –usualmente titular y conocedor de los derechos sobre la tierra y bienes inmuebles– por causa del conflicto armado, el desconocimiento de las mujeres respecto de sus derechos y su mayor vulnerabilidad terminan por facilitar el despojo a manos de los grupos armados en conflicto. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la propiedad o posesión de la tierra constituyen ventajas estratégicas de los grupos enfrentados en el conflicto armado colombiano, por lo cual la débil posición de las mujeres propietarias o poseedoras en el país incrementa los peligros para su seguridad y las transforma en presa fácil de los grupos armados ilegales del país.

La propiedad sobre bienes inmuebles ejercida en estas condiciones aumenta el riesgo de las mujeres propietarias o poseedoras de ser despojadas de su patrimonio por los grupos armados con gran facilidad, principalmente a través de coacciones y amenazas que generan su desplazamiento forzado, o de ventas forzadas en condiciones inequitativas y otras maniobras delictivas que, al generar despojo patrimonial, causan a su turno el desplazamiento de las mujeres afectadas. En tal medida, la precariedad de la posición de la mujer colombiana frente a la propiedad constituye un factor causal del impacto de género manifiestamente desproporcionado del desplazamiento forzado en el país.

Las distintas autoridades que integran el SNAIPD han presentado, como estrategia de prevención del desplazamiento forzado, el redoblamiento de esfuer-

zos para proteger la propiedad y posesión sobre bienes inmuebles rurales, a través de procesos tales como la clarificación de los derechos reales individuales y colectivos, el saneamiento de la propiedad, y el establecimiento de restricciones a la comercialización de bienes inmuebles, en tanto factores que desincentivan el despojo de la tierra por parte de los grupos armados ilegales y favorecen el arraigo territorial de la población. Sin embargo, tal y como se explica a la Corte, *“esta política desconoce que la profunda desigualdad entre varones y mujeres en la distribución de la propiedad de la tierra se debe a preferencias masculinas en la herencia, privilegios masculinos en el matrimonio, sesgos masculinos en los programas estatales de distribución de la tierra y sesgos de sexo/género en la participación en el mercado de tierras, donde es menos probable que las mujeres participen como compradoras. En este sentido, no se definen estrategias de igualdad de oportunidades y de acción afirmativa para las mujeres en las medidas legales, institucionales y comunitarias de protección del patrimonio de la población en situación de desplazamiento forzado o en riesgo de ser desplazada”*. [...]

IV. Impacto desproporcionado y diferencial del desplazamiento forzado sobre las mujeres. Facetas de género del desplazamiento forzado. [...]

IV.B. Desproporción cualitativa en el impacto de género del desplazamiento forzado: facetas de género del desplazamiento.[...]

IV.B.1. Patrones estructurales de violencia y discriminación de género presentes en la sociedad colombiana e intensificados por el desplazamiento. [...]

IV.B.1.8. Obstáculos agravados en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación

La posición asimétrica de las mujeres colombianas frente a la propiedad de la tierra, además de ser uno de los riesgos de género específicos a los que están expuestas en el marco del conflicto armado, constituye un patrón estructural de discriminación preexistente en la sociedad colombiana, y agravado en el caso de las mujeres desplazadas por la violencia, por cuanto la política pública de atención a la población desplazada carece de acciones afirmativas orientadas a subsanar dicha inequidad a través de medidas que reconozcan la discriminación de hecho que las aqueja y promuevan una real igualdad de oportunidades, tanto en los planes de retorno y reubicación,

como en las medidas de protección del patrimonio inmueble hacia el futuro. En esta medida, la falta de acciones afirmativas estatales constituye un factor que perpetúa la situación inequitativa de la mujer desplazada frente a la propiedad inmueble.

Estudios especializados en el tema han identificado una serie de vulnerabilidades específicas de las mujeres desplazadas que se traducen en obstáculos en la realización efectiva de su derecho al acceso a la propiedad de la tierra dentro de los planes de reubicación y retorno y las medidas protectivas de la propiedad inmueble. Entre éstas, la Corte resalta las siguientes, que han de ser objeto de medidas correctivas enérgicas por parte de las autoridades que integran el SNAIPD:

- “(i) las mujeres jefas de familia, particularmente las viudas, tienen mayor vulnerabilidad frente a la incertidumbre de la tenencia y la capacidad de pago de las deudas contraídas por menor posibilidad de movilizar fuerza de trabajo familiar, escasa capacitación técnica en los procesos de producción y manejo de créditos: ‘En términos del derecho efectivo de la tierra, la sola asignación o adjudicación de tierra, sin capacitación y acompañamiento, no cumple con los objetivos de equidad que debe perseguir la acción positiva consignada en la ley’¹.*
- (ii) Al ser la categoría de ‘mujeres jefas de hogar’ la única condición de vulnerabilidad que da derecho a un trato especial, supone que la vulnerabilidad desaparece con la presencia del hombre; con ello se desconocen a las mujeres como sujetas de derechos, creando además desigualdades entre ellas por el derecho a la tierra y otros recursos;*
- (iii) la titulación a nombre de la pareja desconoce la importancia de fortalecer la autonomía de las mujeres en sus comunidades y en las instituciones, pues éstas suelen pedir autorización a los maridos o compañeros para decisiones productivas y no al contrario;*
- (iv) en las adjudicaciones de tierra a mujeres desplazadas por la violencia no se toma en cuenta la relación (mediante propiedad, posesión, ocupación o tenencia) que ellas y sus parejas tenían con la tierra antes del desplazamiento.*

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 INCORA/INCODER 2005. Tomado de: Meertens, Donny. UNIFEM 2005. ‘Tierra, Derechos y Género. Leyes, políticas y prácticas en contextos de guerra y paz’. Informe final de la Consultoría sobre Derechos de las Mujeres a la Tierra –Programa de Paz y Seguridad– Colombia. Noviembre de 2005. Pag. 53.’

(v) *Las permutas contempladas en el Decreto 2007 de 2001, no se han desarrollado en la práctica. Así mismo, ‘al convertirse las mujeres desplazadas en beneficiarias de reforma agraria sin ningún reconocimiento por las pérdidas que hayan sufrido, y al tener que asumir luego una deuda por la tierra, se les desconoce el derecho a la reparación’* [...]

IV.B.4. Valoración constitucional de las facetas de género del desplazamiento interno y de la respuesta estatal a las mismas. [...]

IV.B.4.2.8. Los obstáculos agravados que deben afrontar las mujeres desplazadas en el acceso a la propiedad de la tierra y en la protección de su patrimonio hacia el futuro, especialmente en los planes de retorno y reubicación, constituyen un desconocimiento de las obligaciones estatales codificadas en el Principio Rector No. 29, de conformidad con el cual *“las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.”* Esta disposición, leída a la luz de lo dispuesto en el Principio 4 sobre el trato especial del que han de ser objeto las mujeres desplazadas dadas sus especiales condiciones de vulnerabilidad, en particular frente a la propiedad inmueble, se traduce en un deber particularmente apremiante en cabeza del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las mujeres desplazadas sean objeto de protección de su patrimonio inmueble hacia el futuro, garantizando su acceso a la propiedad en condiciones de igualdad con los hombres dentro de los planes de retorno y reubicación mediante acciones afirmativas que combatan los obstáculos de fondo que les impiden acceder a tal igualdad. [...]

V. Medidas de carácter general a adoptar para proteger los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas de Colombia

V.B. Los trece Programas cuya adopción se ordena en la presente providencia: elementos mínimos necesarios que deben cumplir. [...]

V.B.7. El Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas

V.B.7.1. Ambito de cobertura necesario y obligatorio

Las autoridades que conforman el SNAIPD deberán diseñar e implementar en un término breve un Programa específico para facilitar el acceso a la propiedad de la tierra por las mujeres desplazadas.

La realidad fáctica a la que debe responder este programa es la que se ha descrito con todo detalle en la Sección IV.B.1.8. del presente Auto.

V.B.7.2. Derechos a garantizar mediante el programa y parámetros jurídicos de obligatorio cumplimiento

El objetivo de este programa deberá ser el de garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales seriamente violados por esta faceta de género del desplazamiento.

La indicación de estos derechos y los parámetros jurídicos mínimos a los que ha de acoplarse necesariamente este programa en su diseño e implementación, son los descritos en el acápite IV.B.4.2.8. de la presente providencia.

Por lo mismo, tales derechos y parámetros jurídicos constituyen el marco de referencia necesario al que se habrá de aludir durante el proceso de verificación del cumplimiento de las órdenes aquí impartidas.

Adicionalmente, resalta la Sala que el diseño e implementación de este Programa deberán necesariamente incorporar un enfoque sub-diferencial complementario de etnia, edad y discapacidad dentro del enfoque diferencial de género; es decir, el Programa deberá ser sensible a las significativas diferencias que existen entre las mujeres desplazadas en cuanto a su acceso a la tierra dependiendo de su edad, de su pertenencia a una comunidad indígena o afrodescendiente, o de la presencia de una discapacidad.

V.B.7.3. Elementos mínimos de racionalidad del Programa en tanto componente de una política pública

La gravedad de la situación descrita en el presente Auto en cuanto a los obstáculos de las mujeres desplazadas en el acceso a la propiedad de la tierra, ameritan la adopción de programas que, al formar parte de una política pública esencialmente orientada a garantizar el disfrute de derechos constitucionales fundamentales, cumplan con ciertos elementos mínimos de racionalidad que, por lo tanto, serán exigidos por la Corte Constitucional en el proceso de diseño e implementación del Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas.

Estos elementos mínimos de racionalidad, cuyo estricto cumplimiento e implementación serán verificados de manera detallada y cercana por la Sala Segunda de Revisión, son en total *quince*, y reflejan tanto los elementos mínimos de la política pública de atención al desplazamiento forzado exigidos en el Auto 178 de 2005, como elementos derivados de los mandatos constitucionales e internacionales que se han reseñado en el presente Auto. Son los siguientes:

V.B.7.3.1. Especificidad individual del Programa. Es indispensable que éste programa sea creado en forma específica, individual y autónoma en el marco de la política pública de atención a la población desplazada. No se admitirá que, en cumplimiento de la orden de creación de este Programa, se subsuman los objetivos que mediante él se pretenden cumplir en el marco de otros programas desarrollados por el Gobierno Nacional para atender las necesidades de la población vulnerable, ni de otros componentes o programas ya existentes en el marco del SNAIPD. Deberá crearse un nuevo Programa específicamente diseñado para atender a la orden impartida en esta providencia, con los elementos mínimos de racionalidad que se aquí describen.

V.B.7.3.2. Definición de metas puntuales a corto, mediano y largo plazo, basadas en el goce efectivo de los derechos fundamentales a garantizar.

V.B.7.3.3. Cronograma acelerado de implementación.

V.B.7.3.4. Presupuesto suficiente y oportunamente disponible. La Sala advierte que la inexistencia de apropiaciones presupuestales o la no disponibilidad inmediata de presupuesto no será admitida bajo ninguna circunstancia por la Corte Constitucional como justificación válida para el incumplimiento de las órdenes impartidas en la presente providencia.

V.B.7.3.5. Cobertura material suficiente, de conformidad con el espectro fáctico de violación de los derechos fundamentales descrito en la presente providencia.

V.B.7.3.6. *Garantías de continuidad hacia el futuro*, en el marco de la política pública de atención e indiferentemente a los cambios coyunturales o políticos.

V.B.7.3.7. *Adopción e implementación de indicadores de resultado, basados en el criterio del goce efectivo de los derechos fundamentales* quebrantados por esta faceta de género del desplazamiento. Estos indicadores de resultado, que habrán de ser específicos para el Programa en cuestión, podrán armonizarse con las baterías de indicadores que ya han sido adoptadas por la Corte Constitucional y por el Gobierno Nacional.

V.B.7.3.8. *Diseño e implementación de mecanismos e instrumentos específicos de coordinación interinstitucional*, tanto entre las entidades del SNAIPD, como en las entidades públicas externas con las cuales se establezcan vínculos de colaboración al interior del programa, y entre el nivel nacional y las entidades territoriales.

V.B.7.3.9. *Desarrollo e implementación de mecanismos de evaluación y seguimiento* que permitan medir de manera permanente el avance, el estancamiento, el rezago o el retroceso del programa, así como el goce efectivo de los derechos fundamentales que se busca proteger, y que faciliten la participación de las organizaciones de población desplazada y que protegen los derechos de las mujeres desplazadas en el proceso de seguimiento y evaluación del logro de las metas del programa y de su funcionamiento en general.

V.B.7.3.10. *Diseño e implementación de instrumentos de corrección oportuna* frente a estancamientos o retrocesos en el cumplimiento de las metas del Programa.

V.B.7.3.11. *Diseño e implementación de mecanismos internos de respuesta ágil y oportuna a las quejas o solicitudes puntuales de atención presentadas por la población desplazada*.

V.B.7.3.12. *Diseño e implementación de mecanismos de divulgación periódica de información para la población desplazada*, y específicamente para las mujeres desplazadas, sobre los procedimientos, las responsabilidades institucionales, y las metas institucionales en el marco de este programa.

V.B.7.3.13. *Armonización con los demás elementos de la política pública e integración formal a la misma*, a cargo de Acción Social, mediante los procedimientos administrativos a los que haya lugar.

V.B.7.3.14. *Apropiación nacional y autonomía*. Es indispensable que el diseño e implementación de este Programa no dependan en su integridad de la cooperación internacional, sino que sea un programa de base nacional,

establecido por las autoridades colombianas que conforman el SNAIPD. Si bien la cooperación internacional es un elemento deseable, importante y bienvenido para efectos de crear e implementar este programa, es necesario, para garantizar su estabilidad a mediano y largo plazo en el marco de la política pública de atención al desplazamiento forzoso, que sea un proyecto basado en los esfuerzos del gobierno nacional, que debe proveer el impulso primordial para su materialización.

V.B.7.3.15. Armonización con otros procesos y programas que se adelantan por el Gobierno Nacional o por otras autoridades, tales como el proceso de la Ley de Justicia y Paz, u otros que sean relevantes, pero siempre manteniendo su autonomía propia.

V.B.7.4. Coordinación unitaria y centralizada por el Director de Acción Social

La coordinación del diseño, adopción e implementación de este Programa es un deber del Director de Acción Social. Para efectos de materializar cada una de estas etapas, podrá acudir a las distintas herramientas con las que cuenta en su rol de coordinador de las distintas entidades que conforman el SNAIPD, e igualmente solicitar el concurso de las demás entidades públicas que considere pertinente involucrar.

V.B.7.5. Adopción inmediata por la gravedad del problema y la profundidad de la afectación de los derechos fundamentales involucrados

El diseño de este programa deberá iniciarse dentro de las dos (2) semanas siguientes a la notificación de la presente providencia, y deberá haberse finalizado dos (2) meses después de tal fecha de notificación. Una vez haya sido finalizado dicho diseño, el proceso de adopción del mismo no podrá tardar más de un (1) mes. De esta forma, el Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas deberá iniciar su etapa de implementación, involucrando activamente a las primeras beneficiarias, a más tardar tres (3) meses después de que se haya notificado la presente providencia.

V.B.7.6. Participación obligatoria de las organizaciones de población desplazada y promotoras de derechos humanos que protegen a la mujer desplazada por la violencia

El Director de Acción Social deberá garantizar la participación activa de las organizaciones que promueven los derechos de las mujeres desplazadas por la violencia dentro del proceso de diseño, adopción e implementación de este Programa. Como mínimo, deberán ser involucradas activamente en el proceso de diseño e implementación de este Programa, las organizaciones nacionales e internacionales a las cuales se les comunica la presente providencia en la parte resolutive. Adicionalmente, el señor Director de Acción Social podrá involucrar en estos procesos a las otras organizaciones que considere apropiado invitar. Para el logro de este propósito, al inicio del proceso de diseño y adopción de este programa, el Director de Acción Social deberá convocar a una sesión pública participativa, con participación de las referidas organizaciones, en la que se habrá de determinar la ruta a seguir para el cumplimiento del presente Auto.

Para efectos de asegurar que la participación de estas organizaciones sea material y efectiva, el señor Director de Acción Social deberá enviar un informe detallado a la Corte Constitucional, al momento en el cual se de inicio al proceso de implementación del Programa –es decir, a más tardar tres (3) meses después de la notificación de este Auto–, sobre los siguientes puntos: (a) cuáles organizaciones fueron involucradas en los procesos de diseño e implementación del Programa, cómo se les invitó a participar, y cuál fue el alcance de su participación; (b) cuáles propuestas formales presentadas por estas organizaciones fueron aceptadas por Acción Social e incorporadas en el diseño del programa, cuáles fueron rechazadas, y las razones que sustentaron dicha decisión.

V.B.7.7. La Corte advierte sobre la existencia de títulos jurídicos constitucionales concretos en cabeza de las mujeres beneficiarias de órdenes específicas de protección impartidas en el presente Auto, para exigir la implementación pronta de este programa y su acceso inmediato al mismo, dentro de los términos establecidos en cada una de las órdenes individuales de protección. Ello no implica que éstas mujeres hayan de ser las únicas beneficiarias del Programa; por el contrario, según se indicó anteriormene, uno de sus elementos mínimos de racionalidad es que cuente con una cobertura apropiada de conformidad con la magnitud fáctica del problema al que busca responder. [...]

El derecho a la restitución de la tierra de los desplazados forzados

Corte Constitucional

Sentencia T-821/07

Magistrada Ponente (e) Catalina Botero Marino

Bogotá, octubre 5 de 2007

[...] II. Consideraciones de la corte

[...] Problema jurídico

2. La Corte debe resolver, en primer lugar, si en el presente caso, la acción de tutela es procedente para garantizar los derechos de la señora Rosmira Serrano Quintero. Para resolver esta cuestión, la Corte recordará la doctrina constitucional vigente sobre procedibilidad de la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales de la población en situación de desplazamiento. Adicionalmente, deberá establecer si procede la acción de tutela para solicitar la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada (RUPD), cuando la persona interesada ha dejado de utilizar los recursos administrativos y judiciales a su alcance para tales efectos.

En segundo lugar, la Corte deberá estudiar si la señora Rosmira Serrano Quintero y sus dos menores hijas tienen derecho a ser reconocidas como personas en situación de desplazamiento por la violencia y, en consecuencia, a ser incluidas en el Registro Único de Población Desplazada y a los derechos que de ello se derivan. Para resolver esta cuestión la Corte deberá indagar si la decisión de Acción Social de no incluir a la actora en el RUPD tiene fundamento constitucional suficiente según la doctrina constitucional vigente.

[...] El derecho a la restitución de la tierra de las personas en situación de desplazamiento forzado

60. Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la

propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado* 1.

Ciertamente, si el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, es un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas en situación de desplazamiento han sido despojadas, es también un derecho fundamental. Como bien se sabe, el derecho a la restitución es uno de los derechos que surgen del derecho a la reparación integral. En este sentido es necesario recordar que el artículo 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949² y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, consagrados en el Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el Tema de los Desplazamientos Internos de Personas³ (los llamados principios Deng), y entre ellos, los Principios 21, 28 y 29⁴ y los Princi-

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

- 1 En este sentido la Corte ya ha afirmado lo siguiente: “5.3.3. Finalmente, no observa la Corte que se haya demostrado que el diseño de la política de atención a los desplazados tenga en cuenta su condición de víctimas del conflicto armado, la cual les confiere derechos específicos, como lo son los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras – componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el SNAIPD”. (Auto 218 de 2006). En idéntico sentido en la Sentencia T-1037 de 2006, dijo la Corte: “Con todo, esta Corporación considera que el hecho de que el señor Quintero Durán se haya visto obligado a abandonar los inmuebles de su propiedad, víctima de la violencia, le confiere el derecho a que los mismos sean amparados hasta tanto él se halle en condiciones de hacerse cargo, a fin de evitar actos que recaigan sobre estos. Por tal razón, estima que al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– y a la Alcaldía del municipio de Ocaña les corresponde adelantar las gestiones tendentes a garantizar la protección referida”. En consecuencia, la Corte decidió Ordenar: “TERCERO.– ORDENAR al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, inicie las gestiones necesarias a fin de inscribir los predios rurales de propiedad del ciudadano Fernando Quintero Durán en el Registro Único de Predios Rurales Abandonados –RUP–. Dicha inscripción deberá realizarse dentro de un término máximo de cinco (5) días, a partir de la efectuación de los trámites necesarios.”.
- 2 “Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados. 1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación. 2. No se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto”.
- 3 Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.
- 4 Los Principios 21, 28 y 29 de los principios rectores mencionados señalan:
Principio 21.– 1. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones. 2. La propiedad y las posesiones de los desplazados internos disfrutarán de protección en toda circunstancia, en particular, contra los actos siguientes: a) expolio; b) ataques directos o indiscriminados u otros

pios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas, hacen parte del Bloque de constitucionalidad en sentido lato, en tanto son desarrollos adoptados por la doctrina internacional, del derecho fundamental a la reparación integral por el daño causado⁵ (C.P. art. 93.2).

actos de violencia; c) utilización como escudos de operaciones u objetos militares; d) actos de represalia; y e) destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo. 3. La propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos serán objeto de protección contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales.

Principio 28. – 1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte. 2. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.

Principio 29. – 1. Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos. 2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan.

- 5 Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas en su numeral 2 establece: 2.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial. 2.2. Los Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación en los casos de desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva. El derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el regreso de los refugiados y desplazados a quienes les asista ese derecho. 10.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a regresar voluntariamente a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual en condiciones de seguridad y dignidad. El regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad debe fundarse en una elección libre, informada e individual. Se debe proporcionar a los refugiados y desplazados información completa, objetiva, actualizada y exacta, en particular sobre las cuestiones relativas a la seguridad física, material y jurídica en sus países o lugares de origen. (...) 13. Accesibilidad de los procedimientos de reclamación de restitución. 13.1. Toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su vivienda, sus tierras o su patrimonio debe tener la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante. Los Estados no deben establecer condiciones previas para la presentación de una reclamación de restitución. 13.2. Los Estados deben velar por que todos los aspectos de los procedimientos de reclamación de restitución, incluidos los trámites de apelación, sean justos, oportunos, accesibles y gratuitos, y que en ellos se tengan en cuenta las cuestiones de edad y de género. Los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las mujeres puedan participar en condiciones de plena igualdad en estos procedimientos. 13.3. Los Estados deben garantizar que los niños separados o no acompañados puedan participar en los procedimientos de reclamación de restitución y estén plenamente representados en él, así como que cualquier decisión relativa a las reclamaciones de restitución presentadas por niños separados no acompañados se adopte de conformidad con el principio general del “interés superior del niño”.

13.4. Los Estados deben garantizar que todos los refugiados y desplazados, cualquiera sea el lugar en que residan durante el período de desplazamiento, puedan acceder a los procedimientos de reclamación de la restitución ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido. Los Estados deben garantizar que todas las personas afectadas tengan conocimiento de los procedimientos de reclamación de la restitución y que la información sobre dichos procedimientos se ponga fácilmente a su disposición, ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido. 13.5. Los Estados deben procurar establecer centros y oficinas de tramitación de las reclamaciones de restitución en todas las zonas afectadas en que residen personas con derecho a presentar esas reclamaciones. Para facilitar al máximo el acceso a los procedimientos de reclamación, las personas afectadas deben tener la posibilidad de presentar sus reclamaciones por correo, por medio de un representante legal o en persona. Los Estados también deben considerar la posibilidad de establecer unidades móviles para garantizar que todos los reclamantes potenciales puedan acceder a los procedimientos de reclamación. 13.6. Los Estados deben velar por que los usuarios de las viviendas, las tierras o el patrimonio, incluidos los arrendatarios, tengan derecho a participar en los procedimientos de reclamación de la restitución, incluso mediante la presentación de reclamaciones conjuntas. 13.7. Los Estados deben elaborar formularios de reclamación de la restitución que sean sencillos y fáciles de entender y utilizar, y que estén redactados en el idioma o los idiomas principales de los grupos afectados. Se debe prestar a las personas asistencia adecuada para rellenar y presentar todos los formularios de reclamación necesarios, teniendo en cuenta la edad y el género de los reclamantes. 13.8. Cuando no sea posible simplificar suficientemente los formularios de reclamación debido a la complejidad inherente a esos procedimientos, los Estados deben contratar a personas calificadas para que se entrevisten con los reclamantes potenciales y, respetando el principio de confidencialidad y teniendo en cuenta su edad y su género, recaben la información necesaria para completar los formularios de reclamación en su nombre. 13.9. Los Estados deben establecer plazos precisos para la presentación de reclamaciones de restitución. Esos plazos, que deben divulgarse ampliamente y ser suficientemente extensos para que todos los afectados puedan presentar sus reclamaciones, han de establecerse teniendo en cuenta el número de reclamantes potenciales, las posibles dificultades para obtener y recopilar la información, el alcance del desplazamiento, la accesibilidad de los procedimientos para grupos potencialmente desfavorecidos e individuos vulnerables, y la situación política en el país o la región de origen. 13.10. Los Estados deben velar por que se proporcione a las personas que lo necesiten, incluidos los analfabetos y los discapacitados, una asistencia especial para garantizar que no se les niegue el acceso a los procedimientos de reclamación de restitución. 13.11. Los Estados deben garantizar la prestación de una asistencia jurídica adecuada y, de ser posible, gratuita a quienes deseen presentar una reclamación de restitución. Esta asistencia jurídica, cuya prestación podrá correr a cargo de instituciones gubernamentales o no gubernamentales (nacionales o internacionales), deberá estar exenta de discriminación y satisfacer normas adecuadas de calidad, equidad e imparcialidad, a fin de que los procedimientos de reclamación no se vean menoscabados. 13.12. Los Estados deben velar por que nadie sea procesado o castigado por presentar una reclamación de restitución. 15. Registros y documentación de las viviendas, las tierras y el patrimonio. 15.1. Los Estados deben establecer o restablecer sistemas catastrales nacionales con fines múltiples u otros sistemas apropiados para el registro de los derechos sobre las viviendas, las tierras y el patrimonio como componente integrante de cualquier programa de restitución, respetando los derechos de los refugiados y desplazados. 15.2. Los Estados deben velar por que toda declaración judicial, cuasijudicial, administrativa o consuetudinaria relativa a la propiedad legítima de las viviendas, las tierras o el patrimonio, o a los derechos correspondientes, vaya acompañada de medidas encaminadas a hacer efectivos el registro o la delimitación de dichos bienes, como requisito para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia. Estas medidas se ajustarán a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación. 15.3. Los Estados deben garantizar, cuando proceda, que en los sistemas de registro se inscriban o se reconozcan los derechos de propiedad de las comunidades tradicionales e indígenas sobre tierras colectivas. 15.4. Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables deben velar por que los sistemas de registro existentes no se destruyan durante los conflictos o los períodos posteriores a ellos. Entre las medidas para prevenir la destrucción de los registros de las viviendas, las tierras y el patrimonio cabría incluir su protección in situ o, si fuera necesario, su traslado temporal a un lugar seguro o el establecimiento de un dispositivo de custodia adecuado. En caso de traslado, los registros se deben

61. En el mismo sentido se expresa la legislación nacional. En efecto, la Ley 387 de 1997, en su artículo 19 señala que las instituciones con responsabilidad en la Atención Integral de la Población Desplazada deberán adoptar, entre otras, las siguientes medidas:

“1. El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, adoptará programas y procedimientos especiales para la enajenación, adjudicación y titulación de tierras, en las zonas de expulsión y de recepción de la población afectada por el desplazamiento forzado, así como líneas especiales de crédito, dando prelación a la población desplazada.

“El Incora llevará un registro de los predios rurales abandonados por los desplazados por la violencia e informará a las autoridades competentes para que procedan a impedir cualquier acción de enajenación o transferencia de títulos de propiedad de estos bienes, cuando tal acción se adelante contra la voluntad de los titulares de los derechos respectivos – modificada por las leyes 1151 y 1152 de 2007–.

“En los procesos de retorno y reubicación de desplazados por la violencia, el Gobierno Nacional dará prioridad a éstos en las zonas de reserva campesina y/o en aquellos predios rurales que hayan sido objeto de la acción de extinción de dominio mediante sentencia administrativa o judicial.

“El Instituto Agropecuario de la Reforma Agraria establecerá un programa que permita recibir la tierra de personas desplazadas a cambio de la adjudicación de otros predios de similares características en otras zonas del país.”

restituir a su lugar de origen lo antes posible tras el fin de las hostilidades. Los Estados y las demás autoridades responsables también pueden considerar la posibilidad de establecer procedimientos para copiar los registros (por ejemplo, en formato digital), trasladar los originales a un lugar seguro y acreditar la autenticidad de las copias. 15.5. Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables deben facilitar, a instancia de un reclamante o de su representante legal, copias de cualquier prueba documental que obre en su poder y que sea necesaria para presentar o fundamentar una reclamación de restitución. Dichas pruebas documentales deben proporcionarse gratuitamente o por una tasa módica. 15.6. Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables que lleven a cabo el registro de refugiados o desplazados deben esforzarse por recopilar la información pertinente para facilitar el proceso de restitución, por ejemplo incluyendo en el formulario de registro preguntas relativas a la ubicación y las características de las viviendas, las tierras, el patrimonio o el lugar de residencia habitual de que se vio privado cada refugiado o desplazado. Dicha información debe solicitarse siempre que se recaben datos de los refugiados y desplazados, incluso durante la huida. 15.7. En casos de desplazamiento masivo en que existan pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad, los Estados pueden adoptar la presunción de pleno derecho de que las personas que hayan huido de sus hogares durante un determinado período marcado por la violencia o el desastre lo hicieron por motivos relacionados con la violencia o el desastre y que, por tanto, tienen derecho a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio. En dichos casos, las propias autoridades administrativas y judiciales pueden encargarse de determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de restitución que no vayan acompañadas de la documentación necesaria. 15.8. Los Estados no considerarán válida ninguna transacción de viviendas, tierras o patrimonio, incluida cualquier transferencia que se haya efectuado bajo presión o bajo cualquier otro tipo de coacción o fuerza directa o indirecta, o en la que se hayan respetado las normas internacionales de derechos humanos”.

62. En el mismo sentido, la ley 1152 de 2007, que adopta como parte integral del Plan Nacional las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010, se define el enfoque restitutivo de la política de atención a la población desplazada, así: “Enfoque restitutivo: La política buscará que las personas vuelvan a gozar, por lo menos, de las condiciones y derechos en que se encontraban antes del desplazamiento. En esta medida, se buscará la consolidación de los mecanismos de protección y restitución de los bienes abandonados por la PD [población desplazada] y la articulación de las acciones con los programas de reparación que sean diseñados”.

63. Igualmente, en el Decreto 250 de 2005, que define la política pública de atención a la población desplazada se indica que son Principios rectores del Plan Nacional:

“(…) Enfoque restitutivo: Se entiende como la reposición equitativa de las pérdidas o daños materiales acaecidos por el desplazamiento, con el fin de que las personas y los hogares puedan volver a disfrutar de la situación en que se encontraban antes del mismo. Las medidas de restitución contribuyen al proceso de reconstrucción y estabilización de los hogares afectados por el desplazamiento. Enfoque de derechos: El Plan se sustenta en el aseguramiento del ejercicio y goce de los derechos humanos. (...)”

“F. Protección de bienes

Con el propósito de proteger los bienes patrimoniales de la población rural desplazada o en riesgo de desplazamiento, mediante el aseguramiento jurídico e institucional de los bienes afectados y el fortalecimiento del tejido social comunitario, se desplegarán las siguientes acciones:

1. Consolidar la red institucional de protección de bienes patrimoniales, con el fin de articular los procedimientos, mecanismos e instructivos que pongan en práctica lo preceptuado en el Decreto 2007 de 2001.

2. Como medida de protección de los bienes rurales abandonados por la violencia, estos serán inscritos en el Registro Único de Predios con el objeto de que las autoridades competentes procedan a impedir cualquier acción de enajenación o transferencia de títulos de propiedad de estos bienes.

3. Asegurar la protección individual de predios a quienes acrediten la propiedad, aplicando los instrumentos desarrollados para tal efecto.

(...)

5. Proceder administrativa y jurídicamente a la protección de los bienes abandonados o en riesgo de serlo, acatando las directrices impartidas por la Superintendencia de Notariado y Registro.

(...)

7. Continuar implementando acciones de capacitación dirigidas a los Procuradores Judiciales Ambientales y Agrarios, los Procuradores Regionales y Provinciales, acerca de los procedimientos generales y competencias institucionales para la protección de los bienes inmuebles de la población desplazada.

(...)

10. Desplegar acciones dirigidas a operar las herramientas y mecanismos de protección de bienes patrimoniales, con el fin de fortalecer las condiciones de arraigo de la población en riesgo y mitigar el efecto del desplazamiento sobre la pérdida y abandono de los bienes de los desplazados.

Serán responsables de esta línea de acción el Incóder, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Superintendencia de Notariado y Registro, Red de Solidaridad Social, con la participación de los Comités de Atención a la Población Desplazada”.

5.2.1.1 Orientación a la población desplazada

Orientación inicial en la emergencia para desarrollar acciones de divulgación de manera personalizada y/o colectiva, acerca de los derechos de la población que se encuentra en situación de desplazamiento, los beneficios que la ley le otorga y los procedimientos para acceder a la oferta institucional en esta etapa y utilizar los programas y servicios establecidos.

Divulgación por parte del SNAIPD y los Comités de Atención Integral a la Población Desplazada de la Derechos Mínimos Vitales de la población desplazada contenidos en la Carta de Derechos Básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno.

Serán responsables de la ejecución de esta línea estratégica todas las entidades del SNAIPD y los Comités de Atención Integral a la Población Desplazada.”

El derecho fundamental a la propiedad y a la posesión de la tierra. El derecho de la señora Rosmira Serrano y su familia

64. Como puede verificarse, en el presente caso la señora Rosmira Serrano anexó al recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1432 del 21 de noviembre de 2006 de Acción Social, la escritura pública de la finca Peñita (Recurso de reposición del 7 de enero de 2007), finca que tuvo que abandonar debido a graves amenazas de grupos al margen de la ley. En diferentes declaraciones resulta claro que tanto la señora Serrano como su familia se dedicaban fundamentalmente a la agricultura y dependían de los cultivos de la finca. Incluso, luego del primer desplazamiento forzado a Bogotá, la familia regresó a la vereda El Limoncito, a tres horas de Aguachica, Cesar, porque según declaración de la actora “no teníamos trabajo lo único que sabemos (sic) era cosechar, era fríjol, plátano (sic), maíz y yuca” (folio

26). “Allí [en la finca] se cultiva fríjol, maíz, yuca, plátano. En la finca donde vivía había aguacates y café”. “Con lo que vendíamos, o sea pollos, gallinas, maíz, fríjol, café, aguacates, comprábamos lo que nos hacía falta” (folio 21). La accionante también informó que antes del desplazamiento a Cúcuta vendió sus animales (folio 68).

En conclusión, la señora Serrano acreditó la propiedad de una finca en la que vivía el núcleo familiar (abuelo, padre, cónyuge, dos hijas y ella misma) y de la que dependían para su subsistencia todos los miembros de su familia.

65. Cuando se trata del despojo de la tierra de agricultores de escasos recursos que sobreviven gracias al cultivo de la tierra o a la cría de animales, la violación del derecho a la propiedad o a la posesión se traduce en una violación del derecho fundamental a la subsistencia digna (al mínimo vital) y al trabajo. Adicionalmente, a la hora de afrontar tales violaciones, resultan aplicables los principios Rectores de los Desplazamientos Internos,⁶ (los llamados principios Deng), y los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas⁷, principios que hacen parte del Bloque de constitucionalidad en sentido lato.

66. En el presente caso, el grupo armado que generó el desplazamiento de la señora Rosmira Serrano Quintero violó, además de los derechos que ya han sido mencionados, el derecho a la propiedad, a la subsistencia digna y al trabajo, de la actora. En efecto, en virtud de los crímenes cometidos, la señora Serrano tuvo que huir y dejar abandonada –sólo con la presencia de su abuelo de 83 años de edad– la pequeña finca en la cual ella y su familia cultivaban la tierra.

No obstante, Acción Social no tuvo en consideración estos hechos para efectos de indicarle a la actora el trámite a seguir con destino a la protección de sus bienes patrimoniales, especialmente de la finca. Concretamente, el derecho a obtener las garantías de aseguramiento de su inmueble para evitar posibles transacciones, así como para suspender las deudas en tanto dura el desplazamiento (Sentencia T-419 de 2004) o para ser beneficiaria del programa de permutas. Ello pese a que es precisamente Acción Social, la entidad que en el marco del proyecto financiado por el Banco Mundial, denominado Proyecto de Protección de Bienes Patrimoniales de la Población Desplazada, tiene la misión de promover, desde el año 2005,

6 Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.

7 Naciones Unidas. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 57º período de sesiones E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005.

la puesta en marcha de los mecanismos de protección regulados en la Ley 387 y los decretos 2007 de 2001 y 250 de 2005⁸.

67. En suma, enteradas del posible despojo del cual estaba siendo víctima la actora y la consecuente vulneración del derecho fundamental de propiedad en conexidad con la subsistencia digna (o mínimo vital) del cual son titulares los campesinos obligados a desplazarse, las autoridades omitieron su deber de protección. En efecto, como acaba de mencionarse, la autoridad administrativa omitió todo procedimiento para resguardar este derecho; dejó de informar a la actora sobre los mecanismos existentes para protegerlo; omitió adelantar los trámites para promover su registro en el RUPD y, en general, dejó de hacer todo aquello que la ley y la constitución le impone para proteger los derechos fundamentales a la propiedad en conexidad con el derecho al mínimo vital, al trabajo y a la reparación integral de la Señora Rosmira Serrano.

68. Finalmente, no puede la Corte dejar de advertir que la protección de la tierra de las personas desplazadas por grupos paramilitares o guerrilleros es probablemente uno de los asuntos en los cuales las autoridades han dejado de hacer todo aquello que el derecho constitucional les obliga. En efecto, como ya lo ha dicho la Corte la política integral dirigida a la población desplazada debe tener un enfoque restitutivo que se diferencie claramente de la política de atención humanitaria y a la estabilización socioeconómica. En este sentido, debe quedar claro que el derecho a la restitución y/o a la indemnización es independiente del retorno y del restablecimiento. Ciertamente, no sólo como medida de reparación sino como medida de no repetición de los hechos criminales que perseguían el despojo, en caso de retorno se debe garantizar a la Población desplazada la recuperación de sus bienes, independientemente de que la persona afectada quiera o no residir en ellos. Sin embargo, si ello no es posible, las víctimas del desplazamiento forzado tienen derecho a obtener la entrega de otro bien en reemplazo del que dejaron abandonado o perdieron –Programa de permutas⁹–, derecho

8 El Proyecto tiene como objetivo apoyar la protección de los bienes patrimoniales de la población rural en situación de desplazamiento o en riesgo de ser desplazada, mediante el aseguramiento jurídico, social e institucional de los bienes y el fortalecimiento del tejido social comunitario, con el fin de mitigar los efectos del desplazamiento, disminuir la vulnerabilidad de la población desplazada y facilitar su estabilización socioeconómica. En: <http://www.oim.org.co/modulos/contenido/default.asp?idmodulo=58>

9 Ley 387 de 1997. ARTÍCULO 19. “El Instituto Agropecuario de la Reforma Agraria establecerá un programa que permita recibir la tierra de personas desplazadas a cambio de la adjudicación de otros predios de similares características en otras zonas del país”.

Ley 1152 de 2007. ARTÍCULO 131. En los procesos de retorno y reubicación, se dará prioridad en la adjudicación de tierras a los desplazados por la violencia en los predios rurales que hayan sido objeto de los procesos de extinción del dominio en instancia administrativa judicial. *Acción*

que es autónomo e independiente a que se le otorgue o no el subsidio para compra de tierras¹⁰.

69. En todo caso, advierte la Corte que para satisfacer las directrices mínimas de protección de los derechos de la población desplazada, debería existir un registro autónomo o especial para esta población, cuando se trate de personas que han abandonado sus bienes inmuebles rurales y urbanos. Este registro permitiría identificar adecuadamente a las personas que han sufrido el despojo de sus bienes y a los predios que por tal razón deben ser protegidos. Una medida de esta naturaleza permitiría crear mecanismos para promover el derecho fundamental a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y serviría para implementar una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes.

En este sentido no debe olvidarse que en buena parte de los casos los grupos paramilitares y guerrilleros que expulsan a los pobladores, tienen la intención de despojarlos de sus bienes y apropiarse de ellos. Por tal razón, una medida efectiva de no repetición sería la de establecer mecanismos adecuados para evitar absolutamente que los actos criminales puedan obtener la finalidad perseguida. De otra manera, tales actos seguirán repitiéndose ante la mirada impotente de las autoridades encargadas de evitarlos.

70. Sin embargo, como acaba de señalarse, el tema de la restitución de los bienes de los cuales han sido –y continúan siendo– despojados los campesinos colombianos por acción criminal de grupos armados al margen de la ley es probablemente uno de los temas en los cuales se muestran menos avances en la administración. En efecto, como ya lo señaló la Corte en el Auto 218 de 2006, esta Corporación indicó:

Social establecerá un programa que permita recibir predios rurales de personas desplazadas, a cambio de la adjudicación de otros predios de similares características en otras zonas del país. Sólo será sujeto de adjudicación de tierras aquella población desplazada que no la tuviere, que sea minifundista o que opte por el proceso de permutas. Decreto 1660 de 2007. Artículo 2°. “De los predios de los desplazados: Cuando un desplazado propietario rural opte por la reubicación en otra zona, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, a título de permuta, recibirá su inmueble abandonado y a cambio le entregará un predio ubicado en el sector rural que ofrezca condiciones de seguridad, (...)”.

10 Ley 1152 de 2007. ARTÍCULO 126. La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional podrá otorgar subsidios o adquirir, tierras y mejoras de propiedad privada, o los que formen parte de las entidades de derecho público, para su adjudicación a la población afectada por el desplazamiento forzado.

PARÁGRAFO. Las normas atinentes a este capítulo se harán extensivas a otras víctimas de violencia armada, aún cuando no tengan la condición de desplazadas, siempre que dicha calidad sea previamente certificada por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

“5.3.3. Finalmente, no observa la Corte que se haya demostrado que el diseño de la política de atención a los desplazados tenga en cuenta su condición de víctimas del conflicto armado, la cual les confiere derechos específicos, como lo son los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Para el caso específico de las personas víctimas del desplazamiento forzado, estos derechos se manifiestan, igualmente, en la protección de los bienes que han dejado abandonados, en particular de sus tierras – componente de protección que no ha sido resaltado con suficiente fuerza por las entidades que conforman el SNAIPD”. (resaltado no original)

En el mismo sentido, en el Auto 233 de 2007, la Corte recordó que en su XI Informe la Procuraduría General de la Nación señala que “los indicadores diseñados por el Gobierno para medir el goce efectivo del derecho a la reparación, si bien sufrieron algunas modificaciones positivas, no en todos los casos son pertinentes, suficientes ni adecuados, porque no contemplan todos los elementos del proceso de reparación y porque, en muchos casos, los indicadores propuestos no son claros ni aplicables.”¹¹. En cuanto a las características de los indicadores complementarios y sectoriales asociados propuestos por el gobierno la Procuraduría señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) Sobre el indicador relacionado con recuperación de tierras abandonadas en los procesos de retorno, para Procuraduría no es “claro cuál es el indicador propuesto, en tanto que en la respuesta a la orden segunda se formula un indicador diferente al planteado en la matriz anexa. En el primer caso, se refiere a las personas que recuperan tierras usurpadas o abandonadas en relación con las personas acompañadas en retornos, mientras que en la matriz anexa, se formula el indicador de las personas que recuperan tierras usurpadas o abandonadas sobre aquellas que, siendo acompañadas en retornos, declararon el abandono o usurpación de sus tierras. Adicionalmente, los indicadores se restringen a medir la recuperación de tierras en procesos de retorno, pero no se refieren –ni estos indicadores, ni otro posterior– a otros procesos de estabilización, como la reubicación o el reasentamiento, ni a otras formas de reparación por las pérdidas de los bienes, como la permuta o la adjudicación de tierras. (...) En relación con el indicador sobre bienes registrados en el RUP, para la Procuraduría tampoco es claro “cuál es el indicador propuesto, dado que en la respuesta a la orden segunda el indicador se refiere a bienes con medidas de protección registrados en el RUP, en relación con bienes con medidas de protección, mientras que en la matriz anexa el indicador se formula sobre los bienes con solicitud de medidas de protección.” .

A su turno, la Contraloría General de la República indicó en su informe a la Corte que sería importante que “además de medir el acceso de las víctimas de desplazamiento forzado a los mecanismos judiciales de protección, se establezca un indicador que permita evaluar la efectividad del sistema judicial

11 XI Informe de la Procuraduría General de la Nación, p.11.

para resolver estos procesos y, de manera complementaria, se logre determinar el nivel de impunidad asociado a este delito.” Agrega que la concepción de este indicador debe por lo menos reflejar “los niveles de reparación alcanzados y pérdidas o daños materiales acaecidos por el desplazamiento y si las medidas de restitución contribuyen al proceso de reconstrucción y estabilización de los hogares.”¹²

Teniendo en cuenta estas y otras intervenciones, la Corte decidió rechazar los indicadores de goce efectivo, complementarios y sectoriales asociados propuestos por el gobierno para los derechos a la reunificación familiar, a la seguridad personal, a la participación, *y a la reparación integral*, por cuanto dichos indicadores no cumplieron con los requisitos de pertinencia, adecuación y suficiencia. Por lo tanto, para medir el goce efectivo de estos derechos aún subsiste el vacío en los indicadores propuestos por el gobierno.

En suma, según la Corte, aún subsisten los vacíos en los indicadores propuestos por el gobierno para medir el goce de los derechos de la población desplazada, entre otros, al momento de la reparación integral y en la etapa del retorno, especialmente en cuanto se refiere a la restitución de la tierra de la que han sido arbitrariamente despojados.

71. Por las razones mencionadas, la Corte no puede dejar de exhortar tanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (Acción Social) como a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación para que, en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, cumplan con la obligación de establecer las políticas, los planes y procedimientos destinados a lograr la satisfacción efectiva del derecho a la restitución de los bienes de los cuales han sido despojadas durante años gran parte de las personas que actualmente se encuentran en situación de desplazamiento forzado. En este sentido no sobra recordar que cualquier política que se adopte debe tener en cuenta las directrices contenidas en el bloque de constitucionalidad. En particular las que surgen de los principios Rectores de los Desplazamientos Internos¹³ (los llamados principios Deng), y los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las Personas desplazadas¹⁴, que han sido mencionados.

12 Informe de la Contraloría General de la República, Julio 19 de 2007, p.3.

13 Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Informe del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Sr. Francis Deng.

14 Naciones Unidas. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos 57º período de sesiones E/CN.4/Sub.2/2005/17, 28 de junio de 2005.

72. Ahora bien, en el caso concreto, la Corte adoptará las órdenes que encuentra imprescindibles para remediar en lo posible la violación de los derechos fundamentales de la actora.

72.1 En este sentido la Corte ordenará a Acción Social y a las entidades del Ministerio Público que al momento de tomar la declaración de las personas en situación de desplazamiento interno, les informen sobre sus derechos a la propiedad y a la posesión y sobre los mecanismos para el aseguramiento de sus bienes (RUP, cuando se trata de desplazamiento individual, o declaratorias de desplazamiento o de riesgo por los comités territoriales de atención a la población desplazada cuando se trata de éxodos masivos.). Adicionalmente Acción Social deberá acompañar el proceso de protección de tales bienes, de forma tal que las personas en situación de desplazamiento no se vean finalmente despojadas por el hecho adicional de la burocracia administrativa o de un andamiaje institucional al cual no resulta necesariamente fácil acceder¹⁵.

72.2 Por lo demás, en el presente caso, corresponde al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– y a la Alcaldía del municipio de Aguachica adelantar las gestiones tendentes a garantizar la protección del derecho fundamental de la actora a la propiedad de su tierra. Sin embargo, como ya fue

15 A este respecto no puede dejar de recordarse que uno de los derechos que asiste a la población en situación de desplazamiento es el derecho a una información adecuada y oportuna sobre la forma de hacer efectivos sus derechos fundamentales. Al respecto en la Sentencia T – 025 de 2004, dijo la Corte:

“10.1.4. Otra de las quejas frecuentes contra la política de atención a los desplazados y detectado por la Sala al examinar los expedientes objeto de revisión, consiste en que con frecuencia las autoridades encargadas de atenderlos no se aseguran que estas personas reciban un trato digno y respetuoso de sus derechos, lo cual resulta contrario al deber de protección constitucional de los derechos previsto en el artículo 2 de la Carta y a los principios que orientan la política de atención a la población desplazados plasmados en el artículo 2 de la Ley 387 de 1997. En efecto, de los expedientes se deduce que algunos funcionarios administrativos los someten a un eterno peregrinaje institucional y a trámites innecesarios, no les dan información oportuna y completa acerca de sus derechos o simplemente ignoran sus solicitudes. A este problema contribuye el hecho que quien adquiere la condición de desplazado en razón de la violencia no conoce sus derechos derivados de dicha condición. De tal manera que se ordenará a la Red de Solidaridad Social que instruya a las personas encargadas de atender a los desplazados para que les informen de manera inmediata, clara y precisa cuáles son los derechos orientados a garantizarles un tratamiento digno por parte de las autoridades y verifique que ello realmente suceda. Estos derechos han sido desarrollados por la ley y conforman una carta de derechos básicos de toda persona que ha sido víctima de desplazamiento forzado interno. Así, a cada desplazado se le informará que:

9. Como víctima de un delito, tiene todos los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen por esa condición para asegurar que se haga justicia, se revele la verdad de los hechos y obtenga de los autores del delito una reparación.

Si bien esta carta de derechos del desplazado no implica que sus demás derechos puedan ser desconocidos, ni que el desplazado obtenga, por conocer dicha carta, una protección automática de sus derechos básicos, sí garantiza, por lo menos, que se le provea información oportuna y completa sobre los deberes de las autoridades y respecto de la especial protección que ha de recibir por el hecho del desplazamiento”.

explicado, se trata de una persona que no tiene recursos para desplazarse ni cuenta con la formación y el apoyo necesario para solicitar de manera eficiente la protección de sus derechos. En consecuencia, se ordenará a Acción Social que por su intermedio y previa consulta con la actora, inicie las gestiones necesarias ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER– a fin de inscribir los predios rurales de propiedad de la señora Rosmira Serrano o de los miembros asesinados o desaparecidos de su familia, en el Registro Único de Predios Rurales Abandonados –RUP–. Dicha inscripción deberá realizarse dentro de un término máximo de cinco (5) días, a partir de la realización de los trámites necesarios.

72.3. Adicionalmente, por las razones que han sido mencionadas, la Corte ordenará a Acción Social que, si no lo tiene aún, estudie la viabilidad de establecer un registro especial para población desplazada que abandonó bienes inmuebles rurales y urbanos con el fin de identificar a las víctimas que, además de la atención a la población desplazada, tienen derecho a la reparación, vía la restitución de sus bienes, o la indemnización. Esto con el fin de crear mecanismos para promover el derecho a la propiedad y a la posesión de la población desplazada y exigir una política diferencial en materia de reparación, para quienes se vieron obligados a abandonar o fueron despojados de sus bienes. Como ya se mencionó, no puede perderse de vista el hecho de que los grupos criminales en Colombia cuyas acciones son la causa del desplazamiento, tienen usualmente la intención de apropiarse de los bienes forzosamente abandonados. Por tal razón, una medida efectiva de no repetición sería la de establecer mecanismos adecuados para evitar absolutamente que los actos criminales puedan obtener la finalidad perseguida. [...]

La adjudicación de tierras a los desplazados forzados

Corte Constitucional

Sentencia T-297/08

Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Bogotá, abril 3 de 2008

Aclaración de voto a la sentencia del magistrado Jaime Araujo Rentería*

[...] 5. El fenómeno del desplazamiento y la adjudicación de tierras

No se ha de ignorar que la situación desencadenante y consecuente del desplazamiento forzado, es un problema de tierras, de ubicación geográfica, de vivienda.

La noción de desplazamiento implica la migración con la esperanza de encontrar un mejor estilo de vida, ya que en el que estaban, por causas de la violencia, no se pudo desarrollar. La esperanza con la que se desplazan millones de personas de las áreas rurales, en su mayoría, es sesgada por la ineptitud de las políticas estatales para satisfacer esa pretensión, a corto y a largo plazo.

El problema de la tierra se ha de examinar desde tres perspectivas, antes, durante y después del hecho del desplazamiento.

El desplazamiento ocurre generalmente en zonas campesinas, rurales, pues es el escenario en el cual ha tenido mayor desarrollo el conflicto armado causa de la migración, con la finalidad no sólo de acaparar tierras y de ésta forma ir acrecentando el dominio en el territorio nacional, sino también con el objetivo de emprender el desarrollo de éste primer nivel de producción, es decir, de construir riqueza a base de la producción de la tierra, sea para cultivos lícitos o ilícitos.

Tenemos de esta forma, que la tierra es un elemento intrínseco del conflicto armado y que genera la causa del desplazamiento. Ahora bien, visto desde

* Este salvamento de voto idéntico del mismo magistrado aparece también en las sentencias de la Corte Constitucional T-476 del 15 de mayo de 2008 y T-647 del 1 de julio de 2008 ambas con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas Hernández.

la perspectiva de quien es sujeto de este “*traslado involuntario*”, se ha de señalar que ello implica un desarraigo total de su modo de vida, toda vez que su forma de subsistencia se encuentra estrechamente vinculada con la tierra, ya que en su mayoría, por no decir todos, son ganaderos, agricultores y tenderos de elementos básicos útiles en la producción campesina.

De allí la razón del desarraigo que implica el desplazamiento, pues no sólo abandonan en contra de su voluntad, su tierra, su cultura, sus seres queridos, sino que también su forma de producción y medios de subsistencia, para arribar a un lugar ajeno a sus costumbres, al casco urbano, sin un lugar donde estar, en la espera interminable de que sean satisfechas sus exigencias y mientras ello sucede poco a poco van cayendo en estado de indigencia, toda vez que el medio que conocen para subsistir en ese escenario es irrelevante, inoficioso, su mano de obra es inservible.

Por otra parte, el Gobierno dice desarrollar políticas^{**1} para que ese estado de vulnerabilidad cese y buscar el retorno de los desplazados a sus lugares de origen o su reubicación a fin de que aumente su calidad de vida, es decir, buscan tierra, ya sea un albergue temporal o la solución definitiva a su problema de vivienda y así de vida digna, sin embargo esos “*esfuerzos*” han sido infructuosos.

** La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Con base en el artículo 19 de la Ley 387 de 1997 y en los principios 28 y 29, insertos en el ordenamiento colombiano como parte del bloque de constitucionalidad, que gobiernan el desplazamiento forzado se han desarrollado una serie de políticas con el objetivo de reubicar o permitir el retorno a las personas desplazadas por la violencia, compensar el abandono de sus tierras con la adquisición de nuevos predio (Decreto 2007 de 2001) Los principios a los que se aluden aducen lo siguiente:

PRINCIPIO 28:1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.

2. Se harán esfuerzos especiales para asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración”.

PRINCIPIO 29:1. Los desplazados internos que regresen a su hogar o a su lugar de residencia habitual o que se hayan reasentado en otra parte del país no serán objeto de discriminación alguna basada en su desplazamiento. Tendrán derecho a participar de manera plena e igualitaria en los asuntos públicos a todos los niveles y a disponer de acceso en condiciones de igualdad a los servicios públicos.

2. Las autoridades competentes tienen la obligación y la responsabilidad de prestar asistencia a los desplazados internos que hayan regresado o se hayan reasentado en otra parte, para la recuperación, en la medida de lo posible, de las propiedades o posesiones que abandonaron o de las que fueron desposeídos cuando se desplazaron. Si esa recuperación es imposible, las autoridades competentes concederán a esas personas una indemnización adecuada u otra forma de reparación justa o les prestarán asistencia para que la obtengan”

En estas tres fases de falta de tierra en la población desplazada, se observa la ausencia del Estado para prevenir, cesar y remediar definitivamente la situación de vulnerabilidad manifiesta, pues como ya se ha esbozado ha incumplido sus deberes para con los ciudadanos de garantizar todos los derechos antes, durante y después del desplazamiento.

Con base en lo precedentemente expuesto, la estabilización socio económica con la que se pretende cesar el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta del desplazado, debe interpretarse armónicamente con el derecho a una reparación de que son acreedores dichos sujetos al ser víctimas de la conducta reprochable de desplazamiento forzado, y con ello al hecho concreto del retorno a su lugar de origen o a un asentamiento que le permita desarrollar su modo de vida, recobrando su capacidad productiva y las condiciones para abastecerse de bienes y servicios básicos mediante la generación de sus propios ingresos².

Así, pues cuando se habla de una estabilización socio-económica dos cosas ha de tenerse en cuenta, lo económico y lo social, respecto de lo económico y con ello al derecho a una vivienda, la importancia ha sido reiterada en esta Corte³ bajo los siguientes términos: “no cabe duda del carácter fundamental de este derecho, no sólo respecto de los contenidos desarrollados normativamente, sino también por la estrecha relación que la satisfacción de éste guarda con la de otros respecto de los cuales existe consenso sobre su carácter fundamental. En efecto, como ha sido expresado por esta Corte⁴, la población desplazada, en tanto ha tenido que abandonar sus viviendas y propiedades en su lugar de origen, y se enfrenta a la imposibilidad de acceder a viviendas adecuadas en los lugares de arribo, por carecer de recursos económicos, empleos estables, entre otros factores, requieren la satisfacción de este derecho a fin de lograra la realización de otros derechos como la salud, la integridad física, el mínimo vital, etc”. Así pues, la vivienda constituye un punto de partida para el desarrollo de un proyecto de vida en sociedad.

Hilvanando la estabilización económica que también implica la disposición de medios que permita la subsistencia, con lo social, se ha de señalar que si la finalidad es la reparación a las víctimas, el interés por desagraviar al ofendido debe enfocarse también a que éstos vuelvan a su estilo de vida anterior, a sus costumbres, a la tierra como modo de producción y subsistencia y no someterlos a un proceso insensible e involuntario de adaptación que no está acorde con su proyecto de vida.

2 T-602 de 2003

3 T-585 de 2006

4 Sentencias SU-1150 de 2000 y T-025 de 2004, entre otras.

Así pues, el Estado y dentro de él, el Gobierno como eje central, tiene la obligación de cesar el estado de vulnerabilidad que propicio por su ausencia, no sólo haciendo efectiva la recuperación de los bienes que fueron abandonados con motivo del desplazamiento, sino otorgando las condiciones para que el modo de vida de las personas desplazadas continúe su curso normal, es decir, prosiga su labor en la producción del campo.

De esta forma las políticas relacionadas con la reforma agraria debe tener en cuenta a los desplazados, luego frente a varios proyectos que desarrollen dicha finalidad y en razón a la primacía de satisfacción de las necesidades de los desplazados, que no excluye la garantía de los derechos a los demás ciudadanos, es obligación del gobierno otorgar la tierra que ellos necesitan para el desarrollo de su modo de vida y cesar así el estado de vulnerabilidad en que se encuentran, y no direccionarla a rubros que deslegitiman el actuar del Estado, pues no basta con que estén sometidos a una espera interminable para el otorgamiento de las ayudas, sino que también una vez suplida la excusa del gobierno, que es la falta de recursos, tampoco sea propiciado en razón a una carencia de interés político por remediar su situación, lo que abiertamente choca con todos los postulados humanitarios y las obligaciones del Estado frente al estado de vulnerabilidad de los desplazados por la violencia y la consecuente vulneración masiva de los derechos fundamentales que implica.

Ahora bien, si bien el fenómeno del desplazamiento no es un fenómeno exclusivamente rural por cuanto también puede presentarse en las ciudades, siendo igualmente un fenómeno urbano, es innegable que es fundamentalmente y en mayor proporción un fenómeno rural asociado por lo demás a la posesión de tierras.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, debo ser claro en afirmar que en materia de protección de los derechos fundamentales de los desplazados, asociados a la reubicación y estabilización socioeconómica y de contera a la propiedad y posesión de tierras, los fallos de esta Corte vienen dando órdenes en materia de adjudicación de tierras, de manera general y abstracta, sin decir cuándo, ni cómo, ni dónde, lo que a mi juicio hace nugatorios los derechos de los desplazados relativos a la adjudicación de tierras para su reubicación y estabilización socioeconómica. [...]

6. Conclusiones

[...] Ahora bien, en criterio del suscrito magistrado lo que debería haber hecho esta Corte o aquello que debe hacer, es lo siguiente:

(v) Los fallos de esta Corte en materia de adjudicación de tierras para los desplazados tienen que ser claras, concretas y específicas en cuanto a las condiciones de modo, tiempo, lugar y entidad responsable de hacerlo efectivo, para evitar las dilaciones, burlas y engaños a los desplazados, como lo demuestra las recientes actuaciones del Gobierno en materia de adjudicación de tierras que son de público conocimiento.

Finalmente, a juicio del suscrito magistrado, en el tratamiento dado por esta Corte al tema del desplazamiento forzado se aplica en todo su rigor la tesis del Profesor Juan Antonio García Amado, según la cual, existe una “*jurisprudencia simbólica*” cuando una corte se muestra rupturista y revolucionaria en asuntos de poca monta o que afectan a muy poca gente, mientras que en los casos en que se tocan directamente los intereses de los Estados, de los gobiernos o de grupos dominantes, le dan la razón a los poderosos en detrimento de los derechos de los más débiles, que en este caso es la población desplazada por la violencia, y todo ello a cambio de intereses personales y de poder. En este sentido considero que esta Corte continúa siendo *grande en lo pequeño y pequeña en lo grande*. [...]

El derecho a la vivienda, el principio de progresividad y el desalojo de los desplazados forzados

Corte Constitucional

Sentencia T-068/10

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Bogotá, febrero 4 de 2010

[...] 4. Consideraciones de la corte [...]

4.2.2. Naturaleza jurídica del derecho a la vivienda en el caso de la población desplazada

Aunque, en principio, el derecho a la vivienda digna aparece ubicado en el artículo 52, Capítulo 2 de la Constitución Política como uno de los derechos de naturaleza económico social, y en consecuencia se trataría “*prima facie*” de un derecho de naturaleza prestacional y progresiva, no fundamental, y por consiguiente no tutelable, sin embargo, en determinadas circunstancias y por su conexidad con otros derechos fundamentales de las personas desplazadas puede alcanzar la categoría de derecho fundamental subjetivo.

El derecho a la vivienda aparece de bulto, como el primero y mayormente afectado por el desplazamiento forzoso. El desarraigo más evidente producido por la violencia que desplaza es el constreñir a la población que la padece a abandonar físicamente las instalaciones de los inmuebles donde habitan. E, igualmente, la primera necesidad sentida es la de buscar y encontrar en los sitios a donde arriban, una vivienda adecuada como base, como punto de partida para reorganizar su existencia personal y familiar y reconstruir su proyecto de vida.

El carácter fundamental del derecho a una vivienda comienza a perfilarse, también en la sentencia aducida T-585-06:

“En suma, el derecho a una vivienda digna –como derecho económico, social y cultural– será fundamental cuando (i) por vía normativa se defina su contenido, de modo que pueda traducirse en un derecho subjetivo; (ii) cuando su no satisfacción ponga en riesgo otros derechos de naturaleza fundamental, como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, etc., y (iii) cuando se re-

clame la protección del derecho en cuestión frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales y de los particulares”.^{*1} (Resaltados incorporados al texto)

Esta misma sentencia proclama la naturaleza fundamental del derecho a una vivienda digna cuando se trata de un derecho que debe reconocerse a los desplazados sin techo en razón de su dignidad como hombres que lo reclaman como un derecho subjetivo vinculado a su proyecto de vida:

“(…) será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).”²

La Corte reitera y refuerza su posición con las siguientes expresiones:

“Este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que el derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental de las personas desplazadas por la violencia susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, y que es una obligación de las autoridades (i) reubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento temporal en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda”.³ (Resaltados fuera de texto).

En desarrollo del mismo principio esta Corte sentenció⁴, que la definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad humana y su vertibilidad en derechos subjetivos fundamentales no puede quedar sometida a la libre apreciación de los jueces.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Sent. T-585-06, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fol. 40.

2 Ibid. fol. 41

3 Ibid. fol. 3

4 Sent. T-859 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4.2.3. El principio de progresividad y los derechos de los desplazados

El principio de progresividad se entiende, desde una perspectiva contraria, como la imposibilidad jurídica en la cual se encuentra el Estado de retroceder frente a la obligación que le plantea el artículo 48 de la constitución de “...*ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley*”. Esto significa que la potestad configurativa que le concede el mismo artículo (en la forma que determine la ley), en relación con las personas desplazadas, en el contexto de este principio plantea al Estado una doble exigencia: 1) de un lado, la necesidad de atender las crecientes e imperativas necesidades de estas personas que con el paso de los días se multiplican geoméricamente, y 2) del otro, la exigencia perentoria de no retroceder, de no dar un paso atrás para menoscabar o desconocer los avances que en materia de derechos la población desplazada haya logrado alcanzar o el evitar tomar medidas que incidan en un mayor detrimento de su situación.

Desde otra perspectiva, en razón de este mismo principio el Estado debe asumir, por una parte lado una actitud proactiva y diseñar proyectos y herramientas para evitar que la situación en que se encuentra la población desplazada por la violencia sea más gravosa y, por otra, inhibirse de, promover o ejecutar políticas y programas regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o de ejecutar, medidas particulares para casos concretos, que clara y directamente agraven la situación de injusticia, de exclusión o de marginación en que se encuentra un grupo social desplazado y que, supuestamente, se intenta remediar.

En este punto es necesario enfatizar que, aunque la Corte en la sentencia T-025 de 2004 se refirió a la obligación del Estado de garantizar de manera inmediata los contenidos mínimos de los derechos fundamentales de carácter prestacional de la población desplazada, su responsabilidad no se agota allí, pues el mandato de progresividad contenido también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Protocolo de San Salvador –que hace parte del bloque de constitucionalidad–, obliga al Estado colombiano a seguir adoptando medidas que permitan, en un plazo razonable, que estas personas logren la plena satisfacción de los contenidos prestacionales de sus derechos.

En consecuencia, y en virtud de este mismo principio, no puede el Estado argüir, ni insuficiencia presupuestal, ni falta de capacidad administrativa para tomar medidas que impidan o retrasen el avance progresivo para satisfacer los derechos de la población desplazada. Dicho impedimento o retroceso

devendría contrario al mandato constitucional de garantizar el goce efectivo de los derechos de todos los desplazados. Y como lo consigna la Corte en la citada Sentencia T-025-04.⁵, "... *el primer deber de las autoridades competentes es evitar dicho retroceso práctico en los aspectos del nivel de protección de los derechos de todos los desplazados donde éste se ha presentado, así dicho retroceso sea resultado de la evolución del problema y de factores que escaparon a la voluntad de los funcionarios responsables*".

Ahora, en caso de darse la necesidad de tomar una medida que resultare regresiva, el Estado no la adoptará sin antes haber agotado el estudio cuidadoso de medidas alternativas o sin abrigar la certeza de que tales medidas son transitorias, garantizan "un minimum" de satisfacción y permitirán ellas misma retomar con prontitud y celeridad el camino de la progresividad en la satisfacción de las necesidades de los desplazados, estas sí siempre progresivas.

4.2.4. Incidencia del desplazamiento violento en los derechos fundamentales de subgrupos de población desplazada: niños, mujeres, y personas de la tercera edad

La sentencia T-585-06⁶ centrada en el tema del derecho a una vivienda digna, lo reconoce como derecho fundamental de las personas desplazadas y estima, al considerar las especiales necesidades de la población desplazada, que se deben atender con mayor énfasis las de "*los subgrupos existentes a su interior, como los de las personas de la tercera edad, las madres cabeza de familia, los niños, o las personas discapacitadas.*"⁷ Igualmente ha señalado la Corte⁸ que debido al fenómeno del desplazamiento forzado, cientos de miles de colombianos, la mayoría de los cuales son menores de edad y mujeres, Colombia se encuentra en un verdadero estado de emergencia social.

En estas consideraciones, *la Sala Séptima de Revisión* ha venido insistiendo en que para el caso de los desplazados el derecho a la vivienda accede a otros derechos, y contar con una vivienda digna se constituye en factor aglutinante de una multiplicidad de derechos fundamentales de diversas clases de grupos que integran la población desplazada. Ya se insinuó en 4.2.1. 4), como la falta de vivienda incide decisivamente en la desintegración del grupo familiar y en la vulneración del derecho constitucional prevalente y superior de los niños, reforzado ahora por tratarse de niños desplazados,

5 Sent. T-025-04, fol. 6. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

6 Sent. T-585-06 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, fol. 3.

7 Sent. T-1318-00, .

8 Sent. SU 1150-00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“...a tener una familia y a no ser separados de ella”, consagrado en el artículo 44 superior.

El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del niño, ratificada por 191 países establece: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹ resalta como “la vulnerabilidad acentuada de los desplazados es reforzada por su proveniencia rural y, en general *afecta con especial fuerza a mujeres, quienes son cabezas de hogar* representan más de la mitad de la población desplazada...”. [...]

[...] 4.2.6. El desalojo forzoso en el caso de los desplazados

El Comité de las Naciones Unidas de derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰ responsable de verificar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” “PIDESC”, recuerda como en este pacto, entre los derechos relacionados con la vivienda, se incluye “*el deber de proteger a las personas contra los desalojos forzosos*” y recomienda tener en cuenta para asegurarlos un conjunto de garantías tales como notificaciones oportunas, consulta e información a los afectados y, concesión de plazos razonables, entre otros. Al hacer algunas observaciones generales sobre este Pacto Internacional del Comité de Naciones Unidas hace, entre otras, las siguientes reflexiones¹¹ relacionadas con el desalojo forzoso y que son perfectamente aplicables a nuestros desplazados:

4.2.6.1 Ante todo concluye que “*los desalojos forzosos son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto*”.

4.2.6.2. Considera el Comité que la cuestión de los desalojos forzosos es grave porque cuando el desalojo es injusto”...*constituye una violación grave de los derechos humanos*”. Y debe procurarse que cuando se realice “*se adopten medidas de reubicación*”. Según el mismo el desalojo forzoso viene asociada la violación de otros derechos humanos consagrados en el Pacto como el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la no injerencia en la intimidad familiar, entre otros. Esta recomendación conlleva también que cuando se desaloja o lanza a

9 Infra nota 5.

10 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación No.4, parr.8.

11 OBSERVACIÓN GENERAL 7 (1997). El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos (Artículo 11 [1] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

una familia, no se la puede literalmente dejar en la calle, al arbitrio de las circunstancias, sino que se debe tener disponible un lugar adecuado donde ubicarla.

4.2.6.3. Profundiza esta entidad de las Naciones Unidas en el concepto mismo de “*retiro forzoso*”:

1. Plantea en primer término que se trata de un concepto problemático, porque entraña y quiere transmitir el sentido de arbitrariedad.
2. Señala que no se lo puede asimilar al concepto de desalojo injusto que resulta demasiado subjetivo.
3. Precisa que algunos desalojos, que entonces ya no serían forzados en sentido estricto, son legales y hasta justificables por ejemplo cuando se realizan ante la necesidad de implementar proyectos de desarrollo donde se necesitan los espacios ocupados por ellos para la construcción de vías, presas estadio y otras de esta especie. Pueden justificarse en los eventos de no pago del alquiler o de las cuotas de adquisición. En todo caso nunca se justificarán los atropellos a los derechos humanos.
4. Para que puedan efectuarse de acuerdo con los postulados de este Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales deben cumplirse ciertos requisitos como: a) la consulta y los acuerdos con las personas objeto del desplazamiento, b) que se analice el contexto económico social de la población afectada de modo que se matice su impacto tomando las previsiones necesarias que garanticen que no se interrumpe su derecho a una vivienda adecuada o digna, como se dice entre nosotros, c) que la orden de ejecutarlos provenga siempre de la autoridad competente y que su trámite se ajuste a una normatividad previamente establecida y conocida por los desalojados.

En Colombia el desalojo forzoso esta representado en el lanzamiento por ocupación de hecho y constituye, en sí, un recurso legal ejecutado a través de un proceso policivo para recuperar inmuebles ocupados por vías extralegales (de hecho), a favor de quien acredite un mejor derecho sobre el bien ocupado.

Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas considera un deber del Estado proteger a las personas contra los desalojos forzados por ser “*incompatibles con el contenido del PIDESC o Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, al cual se ha hecho referencia.

Los principios PINHEIRO¹², adoptados por la ONU establecen igualmente, entre otras medidas relacionadas con la población desplazada “*la prohibición de los desalojos forzosos*”,

Téngase en cuenta que todos estos principios y medidas de la ONU, ratificados por Colombia, han sido incorporados a nuestra normatividad en los bloques de constitucionalidad, con sus respectivas implicaciones jurídicas. [...]

12 Principios sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas de la ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/28-06-2005.

El derecho a la restitución de la tierra y el derecho a la vivienda de los desplazados forzados

Corte Constitucional

Sentencia T-159/11

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Bogotá, marzo 10 de 2011

[...] II. Consideraciones y fundamentos

[...] 3. El derecho a la reubicación y restitución de la tierra por parte de las comunidades desplazadas por la violencia como mecanismo de estabilización socioeconómica

Desde que se desató en Colombia el fenómeno del desplazamiento como principal foco de masivas vulneraciones en materia de derechos humanos, se han venido respondiendo con una normatividad amplia en materia de protección a sus derechos acorde con las necesidades de esta población, es así como en respuesta frente a esta problemática se expidió la ley 387 de 1997: *“Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”*. En el marco de protección a los desplazados, este cuerpo normativo aborda el acceso programas cuyo objetivo inicial se centra en los procesos de retorno y reubicación de los desplazados por lo que en el artículo 19 numeral las siguientes medidas: *“El Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, adoptará programas y procedimientos especiales para la enajenación, adjudicación y titulación de tierras, en las zonas de expulsión y de recepción de la población afectada por el desplazamiento forzado, así como líneas especiales de crédito, dando prelación a la población desplazada.”* (Resaltado por fuera del texto). Continúa haciendo referencia al derecho a la reubicación y restitución de tierra de la población desplazada: *En los procesos de retorno y reubicación de desplazados por la violencia, el Gobierno Nacional dará prioridad a éstos en las zonas de reserva campesina y/o en aquellos predios rurales que hayan sido objeto de la acción de extinción de dominio mediante sentencia administrativa o judicial.* (Resaltado por fuera del texto).

La respuesta a la problemática del desplazamiento no solamente fue desde el ámbito nacional, sino que también se buscó ampliar la protección a la esfera internacional, por lo que fue necesario adoptar diferentes instrumentos de

carácter internacional que igualmente reconocieron la protección a los derechos de reubicación y restitución de la tierra para los desplazados como una alternativa optima de estabilización socioeconómica. Dentro de las decisiones adoptadas se encuentran los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en la medida que concretan el alcance de tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario respecto de los desplazados internos.

En relación con los derechos al retorno y la reubicación de la población desplazada, resulta pertinente la aplicación de los Principios 18, 28 y 29 que precisan las pautas de comportamiento que deben seguir las autoridades al diseñar, implementar y ejecutar medidas y programas orientados a asegurar el goce efectivo de estos derechos a la población desplazada. De conformidad con el Principio 18:

1. *Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado.*
2. *Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfrutan de libre acceso a los mismos:*
 - a) Alimentos esenciales y agua potable;
 - b) Alojamiento y vivienda básicos;
 - c) Vestido adecuado; y
 - d) Servicios médicos y de saneamiento esenciales.
3. *Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de la mujer en la planificación y distribución de estos suministros básicos”.*

De acuerdo con el Principio 28:

1. *Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o su lugar de residencia habitual, o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos que han regresado o se han reasentado en otra parte.*
2. *Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de los desplazados internos en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.*

De igual manera en la Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas en la sección II de dicho documento se consagraron los dere-

chos a la reubicación, restitución de viviendas y el patrimonio para la población desplazada: *“Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente.”* (Resaltado por fuera del texto).

A su vez, esta Corporación no ha sido indiferente frente a los problemas relacionados con los derechos a la reubicación y restitución de tierras de los desplazados, por lo que se ha referido en varias ocasiones a las condiciones bajo las cuales se deben dar dichos procesos. En la sentencia T-754 de 2006,^{*1} la Corte protegió a un grupo de jefes de hogar desplazados por la violencia, quienes habían realizado durante varios años gestiones para adquirir un inmueble rural ante el INCODER, sin que hasta la fecha de presentación de la tutela se hubieran beneficiado por alguno de los programas públicos. La Corte rechazó la inoperancia estatal ante los reclamos presentados por las familias desplazadas, reiteró que los defectos institucionales identificados en la T-025 de 2004 continuaban presentándose² y resaltó que las instituciones estatales encargadas de la atención a la población desplazada existían *“para brindar soluciones a las necesidades sociales y ellas en este caso no han sido el mejor ejemplo de eficacia y celeridad, como principios que gobiernan la función administrativa (Art. 209 C.P.)”* En consecuencia ordenó a las autoridades adoptar *“medidas efectivas para proveer a los accionantes con soluciones en materia de vivienda y una asignación de tierra que (...)les permita reorientar y desarrollar en ese nuevo lugar su proyecto de vida, advirtiéndose que si bien, como ya se ha dicho, los desplazados tienen el derecho a la asignación de predios, ello no significa que necesariamente se les asignarán los escogidos por ellos, pues dicha determinación debe ser realizada por el INCODER como autoridad competente, de conformidad con las normas pertinentes”*.

Sin duda alguna la especial protección sobre los derechos a la población desplazada especialmente lo referente a la reubicación y restitución de la tierra reviste de gran importancia entendiendo que el principal efecto de este fenómeno se centra el desarraigo y abandono de la misma, lo que sin duda conlleva una privación de los derechos sobre la explotación de la tierra como principal fuente de estabilidad social, laboral, económica y familiar.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 T-754 de 2006.

2 En esta sentencia se afirma: *“La insuficiencia del Estado, se advierte en, para decir lo menos, la manera como acuden desesperadamente las personas desplazadas ante los ojos indiferentes del poder público y de la sociedad que los ignora; la exigencia en demasía de documentos, declaraciones y otras muchas formalidades que acrediten la condición de desplazado; para poder hacerse beneficiarios de la prestación de servicios y la ejecución de planes como el que aquí se debate correspondiente a la asignación de tierras”*.

Esto si se tiene en cuenta que de acuerdo con los índices actuales de desplazamiento la gran mayoría proviene de zonas rurales, siendo la actividad agrícola la principal o única fuente de sostenimiento para dicha familias.

En consecuencia, dentro de las medidas dispuestas para la protección a las víctimas de desplazamiento se contempla el derecho a la restitución y por ello en el decreto 250 de 2005 en desarrollo de los principio orientadores para la atención integral a la población desplazada se estipula el: “Enfoque restitutivo: Se entiende como la reposición equitativa de las pérdidas o daños materiales acaecidos por el desplazamiento, *con el fin de que las personas y los hogares puedan volver a disfrutar de la situación en que se encontraban antes del mismo*. Las medidas de restitución contribuyen al proceso de reconstrucción y estabilización de los hogares afectados por el desplazamiento.” (Resaltado por fuera del texto)

Esta restitución debe extenderse a las garantías mínimas de restablecer lo perdido y volver las cosas al estado en que se encontraban previas a la vulneración de los derechos afectados, lo que comprende entre otros, “*el derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma...*”³. Este derecho de restitución a los bienes demanda del Estado un manejo integral en el marco del respecto y garantía de los derechos humanos, constituyendo un elemento fundamental de la justicia retributiva. En este sentido, se le pueden atribuir algunas características: (i) ser un mecanismo de reparación y (ii) un derecho en si mismo con independencia de que se efectuó el restablecimiento.

En este contexto el derecho a la restitución es un componente esencial del Estado Social del Derecho por lo que el tratamiento a las víctimas del delito de desplazamiento forzado debe buscar el restablecimiento de sus bienes patrimoniales lo cual debe enmarcarse dentro de lo previsto en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas.

De igual manera debe entenderse que dentro de la noción de restitución sobre los derechos al goce, uso y explotación de la tierra va implícito la reparación a los daños causados, en la medida que el Estado garantice el efectivo disfrute de los derechos vulnerados, así por ejemplo el derecho al retorno, el derecho al trabajo, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la libre elección de profesión u oficio.

Así las cosas, las víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener la restitución y explotación de la tierra de la cual fueron

3 Sentencia T-821-07.

privados y expulsados por situaciones de violencia que no estaban obligados a soportar y que desencadenó una vulneración masiva de sus derechos fundamentales.

Por su parte esta Corporación en la labor de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, han dictado varios autos con el fin de observar el estado actual de la población desplazada evidenciando que se mantienen las deficiencias estructurales y coyunturales para garantizar integralmente a las víctimas del desplazamiento sus derechos de restitución y, en particular, a que les sean devueltas sus propiedades y posesiones. Para el caso que nos ocupa se expidió el auto 008 de 2009 en el que se reconocieron ciertos avances en materia de protección a los derechos de los desplazados pero pese a ello se concluyó que el estado de cosas inconstitucional continúa, particularmente respecto a lo concerniente a los procesos de reubicación y restitución a la tierra por las comunidades desplazadas. En este auto se concluyó lo deficiente y precario que era la actual política de tierras y se ordenó a las autoridades competentes del diseño de una nueva política de tierra que contara al menos con las siguientes características:

- “(i) Contar con un mecanismo para esclarecer la verdad de la magnitud, las modalidades y efectos de los abandonos y despojos de tierras ocurridos en el marco del conflicto armado;
- (ii) Identificar reformas institucionales y normativas que sean necesarias para asegurar la restitución de bienes a la población desplazada;
- (iii) *Diseñar y poner en marcha un mecanismo especial para recibir, tramitar y resolver las reclamaciones de restitución de tierras de las víctimas de abandonos o despojos, teniendo en cuenta las distintas formas de relación jurídica de la población desplazada con los predios abandonados (propiedad, posesión, tenencia, etc.)*” (Resaltado por fuera del texto)

En concordancia con las órdenes dadas en el auto de 008 de 2009 se encargó al Ministerio de Agricultura, Ministerio del Interior y el Ministerio de Vivienda, la protección a los derechos territoriales de la población desplazada. Sin embargo no fue sino hasta la expedición de la ley 1152 de 2007 donde se encargo al INCODER del manejo de los derechos de la tierra, pese a esto dicha ley fue declarada inconstitucional por esta Corporación mediante la sentencia C-175 de 2009 por haberse omitido la consulta previa a las comunidades indígenas y afro descendientes.

En consecuencia, se expidió el decreto 3759 de 2009 que reestructuró al INCODER y le confirió todas las funciones relacionadas con la protección de los derechos sobre los predios abandonados por la población desplazada por causa de la violencia. Dispuso que para el ámbito rural, esta entidad debía

promover la restitución, reubicación, adquisición, enajenación y adjudicación de tierras así como el reconocimiento de subsidios, todo esto con el objetivo de contribuir al restablecimiento de una base económica familiar, mediante el acompañamiento en la implementación de proyectos productivos integrales y sostenibles. Dentro del cúmulo de funciones encargadas al INCODER dirigidas a garantizar el acceso a las tierras se dispuso lo referente a la adjudicación y titulación de tierras en aplicación a la Ley 160 de 1994.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, tanto las disposiciones legales como internacionales en materia de desplazamiento consagran un deber de protección y restablecimiento a los derechos de esta población por parte del Estado, por ello esté como principal actor en la defensa de tales derechos debe disponer mediante las entidades encargadas el cumplimiento de los planes y programas que garanticen la reubicación y restitución de los derechos relacionados la explotación, adquisición y titulación de la tierra como principal fuente de sustento económico de aquellos que han sido obligados a causa de la violencia a abandonarlo todo.

4. El derecho a la vivienda como derecho fundamental autónomo para la población desplazada por hechos de violencia.

Paralelo a los derechos relacionados con la reubicación, adquisición y restitución y de la tierra se encuentra el derecho a la vivienda traducido en la posibilidad de contar con un hogar digno para el asentamiento de la familia.

Si bien a lo largo del desarrollo jurisprudencial se ha considerado el derecho a la vivienda digna como uno de los derechos de naturaleza económico social que *prima facie* no sería objeto de protección por la acción de tutela sino estuviera en conexidad con otros derechos fundamentales, la situación cambia cuando la vulneración de este derecho se concreta frente a personas de especial protección constitucional como los desplazados por lo que automáticamente éste reviste un carácter de fundamental y autónomo. En este sentido se ha pronunciado esta Corporación:

Este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que el derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental de las personas desplazadas por la violencia susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, y que es una obligación de las autoridades (i) reubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento tempo-

ral en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda tomar en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.–; y (v) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado...”⁴ (Resaltado fuera del texto).

Desde luego la situación de desplazamiento conlleva el desalojo y abandono abrupto del lugar de vivienda lo que sin duda es un acontecimiento traumático que pone a prueba la estabilidad social, económica, laboral y familiar que en muchas ocasiones hace notoriamente difícil recobrar el rumbo para las personas o familias afectadas. Partiendo de este presupuesto se ha comprobado que tal situación de indefensión y debilidad impide o dificulta el cumplimiento estricto de los procedimientos administrativos diseñados para lograr restablecer los derechos vulnerados, por lo que en muchas ocasiones someter a dicha población al cumplimiento de trámites administrativos resulta excesivo y en algunos casos constituye serias barreras para el acceso a los programas de reubicación, restitución y vivienda.

De acuerdo a los planteamientos expuestos anteriormente, se puede concluir que el acceso a vivienda digna es un derecho fundamental de las personas desplazadas por hechos de violencia, lo que se traduce en una obligación del Estado Colombiano a diseñar una serie de planes y políticas sociales y económicas para garantizar la satisfacción en materia de vivienda digna a dicha población, obligación que también supone un acompañamiento informativo que les permita tener claridad sobre los trámites y requisitos para acceder a las soluciones de vivienda. [...]

4 Cfr. T-585 de julio 27 de 2006, y T-725 de julio 22 de 2008., entre otras.

**EL DERECHO A LA TIERRA
Y A LOS RECURSOS NATURALES
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES**

**El derecho de los miembros de una minoría
a disfrutar de su cultura comprende la protección
al uso de los recursos de las tierras
mediante actividades económicas**

Comité de Derechos Humanos

Comunicación N° 760/1997

Presentada por: J. G. A. Diergaardt y otros c. Namibia

Decisión sobre admisibilidad adoptada el 7 de julio de 1998

Fecha de aprobación del dictamen: 25 de julio de 2000

1. Los autores de la comunicación son J. G. A. Diergaardt, Capitán de la Comunidad Rehoboth Baster¹, D. J. Izaaks, capitán ad interim de la Comunidad Rehoboth Baster, Willem van Wijk y Jan Edward Stumpfe, miembros del Consejo Legislativo de la Comunidad Rehoboth Baster, Andreas Jacobus Brendell, portavoz de la Comunidad Rehoboth Baster, y J. Mouton y John Charles Alexander McNab, miembros de la Comunidad Rehoboth Baster. Presentan la comunicación en su nombre y en el de la Comunidad Rehoboth Baster y afirman ser víctimas de una violación por parte de Namibia de los artículos 1, 14, 17, apartados a) y c) del artículo 25, y artículos 26 y 27 del Pacto. Están representados por el Dr. Y. J. D. Peeters, asesor jurídico internacional.

1 El 10 de mayo de 1998, se informó al Comité de que el Capitán Diergaardt había fallecido y se había nombrado jefe en funciones al Sr. D. Iszaaks.

Los hechos expuestos por los autores

2.1. Los miembros de la Comunidad Rehoboth Baster son descendientes de colonos indígenas khoi y afrikaans que residían en un principio en la Ciudad de El Cabo pero que se trasladaron a su actual territorio en 1872. Se rigen por sus “leyes paternas” en las que se prevé la elección de un capitán y se consagran los derechos y deberes de los ciudadanos. En la actualidad, pertenecen a la comunidad unas 35.000 personas y el terreno que ocupan (al sur de Windhoek) tiene una superficie de 14.216 km². En esta zona, los baster han desarrollado su propia sociedad, cultura, lengua y economía, gracias a la cual han financiado en gran parte sus propias instituciones, como escuelas y centros comunitarios.

2.2. Mantuvieron su independencia a lo largo del régimen colonial alemán de Namibia y fueron reconocidos por Sudáfrica cuando se convirtió en mandataria del Territorio del África Sudoccidental. No obstante, en 1924, a causa de las diferencias surgidas entre los baster acerca de un acuerdo concertado con Sudáfrica respecto de la administración del distrito de Rehoboth, el Gobierno de Sudáfrica promulgó la proclamación N° 31, por la que se transferían al magistrado y a su tribunal todos los poderes del capitán, los tribunales y funcionarios nombrados por el Consejo, quedando así en suspenso el acuerdo sobre autogobierno. En 1933 se puso en marcha un proceso gradual de recuperación de algún tipo de gobierno local mediante la creación de un consejo consultivo cuyos miembros eran elegidos por la comunidad.

2.3. En virtud de la Ley N° 56 de 1976, promulgada por el Parlamento de Sudáfrica, se concedió al pueblo de Rehoboth “un autogobierno de conformidad con la Ley paterna de 1872”. La ley preveía la elección de un capitán cada cinco años, que designaría el Gabinete. Las leyes promulgadas por el Gabinete tenían que ser aprobadas por un Volksraad (Consejo del Pueblo), integrado por nueve miembros.

2.4. Según el abogado, en 1989 los baster de Rehoboth aceptaron bajo presiones políticas muy fuertes la transferencia temporal de sus poderes legislativos y ejecutivos a la persona del Administrador General del Territorio del África Sudoccidental a fin de dar cumplimiento a la resolución 435 (1978) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En la propuesta, aprobada por el Consejo de Rehoboth el 30 de junio de 1989, se solicitaba al Administrador General que administrara el territorio como agente del capitán y que no redactara ninguna ley ni norma aplicable a Rehoboth sin el consentimiento de éste, del Gabinete y del Consejo; una vez que terminara el mandato, el Gobierno de Rehoboth recuperaría sus facultades. La proclamación del Administrador General sobre la transferencia de poderes de la autoridad legislativa y el Gobierno

de Rehoboth, de 30 de agosto de 1989, suspende los poderes del Consejo Legislativo y del Consejo del Capitán de Rehoboth “hasta la fecha inmediatamente anterior a aquella en que el territorio alcance la independencia”. Se alega, por consiguiente, que el efecto de esa transferencia expiró el día anterior a la independencia de Namibia y que, por tanto, de jure, el 20 de marzo de 1990 estaban en vigor en el territorio de Rehoboth el ordenamiento jurídico tradicional y la Ley N° 56 de 1976. La Asamblea del Pueblo de Rehoboth aprobó el 20 de marzo de 1990 una resolución por la que se restablecían los poderes del capitán, su Consejo y el Consejo Legislativo. El 21 de marzo de 1990 Namibia pasó a ser independiente y entró en vigor la Constitución.

2.5. Los autores aducen que el Gobierno de Namibia no ha reconocido su independencia y la vuelta al statu quo ante, sino que ha expropiado todas las tierras comunales de la comunidad mediante la aplicación del anexo 5 de la Constitución, que dice así: “1) Pasarán a ser de propiedad del Gobierno de Namibia o a quedar sometidos a su control todos los bienes respecto de los cuales la propiedad o el control correspondían inmediatamente antes de la fecha de la independencia al Gobierno del Territorio del África Sudoccidental o su autoridad representativa constituida con arreglo a la proclamación sobre autoridades representativas de 1980 (Proclamación AG 8 de 1990), o al Gobierno de Rehoboth o a cualquier otro órgano, creado o no por ley, constituido por ese Gobierno o autoridad o en su beneficio inmediatamente antes de la fecha de la independencia, así como los bienes fideicometidos en nombre del Gobierno de una Namibia independiente...”. Para el abogado, esto ha tenido el efecto de aniquilar los medios de subsistencia de la comunidad, ya que se les han denegado las tierras y los bienes comunales.

2.6. El 22 de junio de 1991, el pueblo de Rehoboth organizó elecciones generales para nombrar a un capitán, un consejo y una asamblea, con arreglo a sus leyes paternas. A los nuevos órganos se les encomendó la tarea de proteger a toda costa los bienes comunales del pueblo. Posteriormente, la Comunidad Rehoboth Baster y su Capitán demandaron al Gobierno de Namibia ante el Tribunal Supremo. El 22 de octubre de 1993 el Tribunal reconoció el locus standi de la comunidad. El abogado alega que esto implica el reconocimiento por el Tribunal de los Rehoboth Baster como pueblo por derecho propio. El 26 de mayo de 1995, el Tribunal Supremo rechazó, sin embargo, la reclamación de la comunidad en relación con los bienes comunales. El 14 de mayo de 1996, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación de los baster. Con ello, se aduce que se han agotado todos los recursos de la legislación interna.

2.7. El 28 de febrero de 1995 entraron en vigor para Namibia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

La denuncia

3.1. El abogado afirma que el Gobierno sigue confiscando los bienes de los Rehoboth Baster y que el capitán y otros dirigentes y organizaciones fueron expulsados de la residencia del capitán, las oficinas administrativas, el ayuntamiento y las tierras comunales y privados de su disfrute y de los bienes de la empresa de desarrollo de Rehoboth. El abogado señala que esta política pone en peligro la existencia tradicional de la comunidad, como empresa colectiva de explotación agropecuaria integrada fundamentalmente por ganaderos. Explica que en épocas de sequía (como en el momento en que se presentó la comunicación), la comunidad necesita tierras comunales para que sus miembros puedan aprovechar por turno sus derechos al pastoreo. La expropiación de las tierras comunales y su consiguiente privatización, así como una explotación excesiva de las tierras por los recién llegados a la zona, que carecen de experiencia, ha llevado a la bancarrota a muchos granjeros de la comunidad, que han tenido que sacrificar sus animales. Por ello, no pueden pagar los intereses de los préstamos que les ha concedido la empresa de desarrollo (que solía ser de propiedad comunal, pero que ahora ha pasado a manos del Gobierno), sus viviendas han sido vendidas a los bancos y se encuentran sin hogar. El abogado hace hincapié en que la confiscación de todos los bienes que la comunidad poseía ha privado a ésta de los fundamentos de su subsistencia económica, que a su vez lo era de su identidad cultural, social y étnica. Ello equivale, con arreglo a las afirmaciones del abogado, a una violación del artículo 27.

3.2. En ese contexto, los autores denuncian que son víctimas de una violación por parte del Gobierno de Namibia del artículo 1 del Pacto. Ponen de relieve que el Tribunal Supremo de Namibia los ha reconocido como comunidad definida con carácter jurídico. Señalan que se ha violado su derecho a la libre determinación dentro de la República de Namibia (la denominada libre determinación interna), ya que no se les permite fomentar su propio desarrollo económico, social y cultural ni disponer libremente de la riqueza y de los recursos nacionales de su comunidad. La promulgación de la Ley de gobierno regional de 1996 puso fin a la existencia ininterrumpida de Rehoboth como territorio organizado a lo largo de 124 años. El territorio se divide ahora en dos regiones, lo que impide a los baster participar efectivamente en la vida pública a nivel regional, ya que representan una minoría en los dos nuevos distritos. El abogado afirma que ello constituye una violación del artículo 25 del Pacto.

3.3. Los autores denuncian también una violación del artículo 14 del Pacto, ya que se les obliga a usar el inglés en todas las actuaciones judiciales, lengua que no utilizan normalmente y en la que no tienen soltura. Además, han tenido que facilitar traducciones juradas, a un costo muy elevado, de todos

los documentos que apoyan sus reivindicaciones (escritos en afrikaans). Se quejan, por tanto, de que se ha violado su derecho a la igualdad ante los tribunales, dado que las normas judiciales favorecen a los ciudadanos de habla inglesa.

3.4. En ese contexto, el abogado indica que el artículo 3 de la Constitución proclama que el inglés es la única lengua oficial de Namibia. El párrafo 3 de dicho artículo permite la utilización de otras lenguas en función de las medidas judiciales que adopte el Parlamento. El abogado apunta que, siete años después de la independencia no se ha promulgado aún ninguna ley al respecto, por lo que ello supone una discriminación contra los que no son de habla inglesa. Según el abogado, los intentos de la oposición de que se promulguen esas leyes han sido contrarrestados por el Gobierno, que ha declarado no tener la menor intención de tomar medidas legislativas al respecto. En ese sentido, el abogado hace referencia al censo de 1991, que arroja sólo un 0,8% de habitantes de Namibia con el inglés como lengua materna.

3.5. A raíz de todo esto, se ha denegado a los autores el uso de su lengua materna en la administración², la justicia, la educación y la vida pública. Se afirma que ello vulnera los derechos reconocidos en los artículos 26 y 27 del Pacto.

3.6. Los autores denuncian asimismo una violación del artículo 17 del Pacto, ya que han sido expulsados, con su ganado, de las tierras de propiedad colectiva.

3.7. El abogado solicita al Comité medidas provisionales de protección en virtud del artículo 86 del reglamento. Solicita que el Comité exija que no se produzca ninguna expropiación, compra ni venta de las tierras comunitarias, que no se cobren arrendamientos a los arrendatarios y que no se impida pastar a los rebaños en las tierras comunitarias mientras el Comité esté estudiando la comunicación.

Observaciones del Estado Parte y comentarios del abogado al respecto

4. El 23 de junio de 1997, el Comité, actuando por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, transmitió la comunicación al Estado Parte y le solicitó información y observaciones, si bien no pidió medidas provisionales de protección con arreglo al artículo 86.

2 El abogado facilita un ejemplar de una circular publicada por el Comisionado Regional, Región Central, Rehoboth, de fecha 4 de marzo de 1992, en la que se excluye expresamente la utilización de la lengua afrikaans en conversaciones telefónicas con las autoridades públicas regionales.

5. En una nota de 6 de noviembre de 1997, el Estado Parte confirmó que se habían agotado los recursos internos. El Estado Parte negó, sin embargo, que hubiese violado varias obligaciones internacionales. El Estado Parte comunicó que estaba dispuesto a facilitar cualquier información pertinente que el Comité pudiera solicitar, ya fuese en forma oral o por escrito.

6. En sus comentarios sobre la comunicación del Estado Parte, el abogado puso de relieve que este último admitía que se habían agotado los recursos internos, pero no alegaba ninguna otra causa de inadmisibilidad de la comunicación. El abogado estuvo de acuerdo en que debía estudiarse la cuestión en cuanto al fondo.

Decisión del Comité sobre admisibilidad

7. En su 63° período de sesiones, el Comité examinó la admisibilidad de la comunicación. De conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se cercioró de que el mismo asunto no se había sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional. El Comité tomó nota de que el Estado Parte había confirmado que se habían agotado todos los recursos internos.

8. En consecuencia, el 7 de julio de 1998 el Comité consideró que la comunicación era admisible y decidió que debía examinarse en cuanto al fondo la cuestión de si el Estado Parte había violado o no las obligaciones que el Pacto le imponía en el caso de los autores.

Nuevas circunstancias

9.1. El 3 de agosto de 1998 se comunicó al Estado Parte la decisión del Comité sobre admisibilidad, solicitándole explicaciones o declaraciones por escrito en relación con los fundamentos de las denuncias de los autores. No se recibió información alguna, pese a las dos notificaciones enviadas al Estado Parte.

9.2. El 28 de enero de 1999, el abogado de los autores informó al Comité de que el Sr. John Macnab había sido elegido Capitán de la Comunidad Rehoboth. En una carta posterior, de fecha 25 de abril de 1999, el abogado informó al Comité de que el suministro de agua de la comunidad había sido cortado. Reiteró su solicitud en lo referente a las medidas provisionales de protección.

Examen del fondo de la cuestión

10.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que, según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, le han presentado por escrito las partes.

10.2. El Comité deplora que el Estado Parte no haya facilitado información alguna en lo que respecta al fondo de las denuncias de los autores. Recuerda que en el Protocolo Facultativo se establece implícitamente que los Estados Partes deben poner a disposición del Comité toda la información de que dispongan. A falta de respuesta del Estado Parte, debe darse la debida consideración a las denuncias de los autores, en la medida en que estén fundamentadas.

10.3. Los autores han alegado que la pérdida del autogobierno viola el artículo 1 del Pacto. El Comité recuerda que, aunque todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación y a establecer libremente su condición política, a proveer a su desarrollo económico, social y cultural y a disponer de sus riquezas y recursos naturales, según se estipula en el artículo 1 del Pacto, no corresponde al Comité abordar, en relación con el Protocolo Facultativo del Pacto, la cuestión de si la comunidad a la que pertenecen los autores es un “pueblo”. El Protocolo Facultativo establece un procedimiento mediante el cual los individuos pueden alegar que se han violado sus derechos individuales. Esos derechos se enuncian en los artículos 6 a 27 inclusive de la parte III del Pacto³. Habida cuenta de la jurisprudencia del Comité, no hay inconveniente en que un grupo de individuos, que afirme haber sido afectado en común, presente una comunicación acerca de las supuestas violaciones de esos derechos. Además, las disposiciones del artículo 1 pueden ser pertinentes a efectos de la interpelación de otros derechos protegidos por el Pacto, en particular en los artículos 25, 26 y 27.

10.4. Los autores han puesto a disposición del Comité el fallo del Tribunal Supremo dictado el 14 de mayo de 1996 en relación con el recurso interpuesto contra el Tribunal Superior que se había pronunciado sobre la reivindicación de los bienes comunales por la Comunidad Baster. Estos tribunales llegaron a varias conclusiones a la luz de los datos examinados y dieron determinadas interpretaciones de la legislación interna aplicable. Los autores han alegado que la tierra de su comunidad ha sido expropiada y que, en consecuencia, se han violado sus derechos en cuanto minoría, habida cuenta de

3 Véase el dictamen del Comité sobre el caso N° 167/1984 (Ominayak c. Canadá). Dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990.

que su cultura está vinculada al uso exclusivo de las tierras comunales por los miembros de su comunidad. Se afirma que ello constituye una violación del artículo 27 del Pacto.

10.5. Los autores afirman que, si bien la tierra pasó al Gobierno Rehoboth antes del 20 de marzo de 1976, fue devuelta a la comunidad por ministerio de la ley después de esa fecha. De conformidad con la sentencia, inicialmente los baster adquirieron la tierra de la tribu wartbooi, en nombre de la comunidad y para ésta, pero se estableció la costumbre de extender documentos (papieren) para demostrar la concesión de tierras a propietarios particulares, y gran parte de la tierra pasó a manos privadas. No obstante, el resto de la tierra siguió siendo comunal hasta la promulgación de la Ley N° 56 de autogobierno Rehoboth, de 1976, en virtud de la cual la propiedad o el control de la tierra pasó de la comunidad al Gobierno Rehoboth. La Comunidad Baster así lo había pedido. Se concedió autogobierno sobre la base de las propuestas formuladas por el Consejo Consultivo de Rehoboth. De conformidad con esta ley, se celebraron elecciones, y la zona de Rehoboth se rigió por las condiciones establecidas en la ley hasta 1989, año en que las competencias concedidas en virtud de la ley fueron transferidas por ley al Administrador General de Namibia en previsión y preparación de la independencia del país, que se proclamó el 21 de marzo de 1990. Además, de conformidad con la Constitución de Namibia, todos los bienes de las diversas instituciones públicas, incluido el Gobierno del África Sudoccidental, o el control sobre esos bienes, fueron conferidos al Gobierno de Namibia. En la sentencia se afirma también: “En 1976, la Comunidad Baster, representada por sus dirigentes, tomó una decisión en favor del autogobierno. La comunidad decidió libremente transferir sus tierras comunales al nuevo Gobierno. Manifiestamente, estimó que era ventajoso hacerlo. Luego, en 1989, la comunidad, por conducto del partido político en el que actuaban sus dirigentes, suscribió la Constitución de la Namibia independiente. Indudablemente, una vez más, la comunidad estimó que era ventajoso hacerlo. Deseaba formar parte de la nueva nación unificada creada por la Constitución ... Uno de los propósitos de la Constitución era unificar a una nación que había estado dividida por el sistema del apartheid. En el nuevo régimen constitucional no había lugar para autonomías fragmentadas. Habían pasado las épocas del divide y reinarás”.

10.6. En conclusión de este aspecto de la denuncia, el Comité observa que corresponde a los tribunales nacionales determinar los hechos en el marco de la interpretación de las leyes nacionales y de conformidad con ellas. De los hechos confirmados, si hubo “expropiación”, se produjo en 1976, es decir, antes de que entraran en vigor el Pacto y su Protocolo Facultativo para Namibia, hecho que ocurrió el 28 de febrero de 1995. En cuanto a la cuestión

conexa del uso de las tierras, los autores han denunciado una violación del artículo 27 en el sentido de que parte de las tierras tradicionalmente utilizadas por los miembros de la Comunidad Rehoboth para el pastoreo de ganado ya no son, de facto, de uso exclusivo de los miembros de la comunidad. Se afirma que la ganadería es un elemento esencial en la cultura de la comunidad. Como lo demuestra la jurisprudencia anterior del Comité, el derecho de los miembros de una minoría a disfrutar de su cultura conforme al artículo 27 comprende la protección de un modo particular de vida relacionada con el uso de los recursos de tierras mediante actividades económicas, tales como la caza y la pesca, especialmente en el caso de los pueblos indígenas⁴. Sin embargo, en el presente caso el Comité no ha comprobado que los autores puedan acogerse al artículo 27 para sustentar su reclamación a favor del uso exclusivo de las tierras de pastoreo en cuestión. Esta conclusión está basada en la evaluación hecha por el Comité de la relación entre el modo de vida de los autores y las tierras a que se refieren sus denuncias. Aunque el vínculo de la Comunidad Rehoboth con las tierras en cuestión data de unos 125 años, no es el resultado de una relación que puede haber sido el origen de una cultura propia. Además, aunque la Comunidad Rehoboth tiene ca-

⁴ Véanse *Kitok c. Suecia* (197/1985), *Ominayak c. Canadá* (167/1984), *I. Länsman et al. c. Finlandia* (511/1992), *J. Länsman et al. c. Finlandia* (671/1995), así como la Observación general N° 23 [50], párr. 7.

[...]

Voto particular de Elizabeth Evatt y Cecilia Medina Quiroga (concurrente)

De los hechos expuestos y de la decisión del Tribunal Supremo de 1996 se desprende claramente que la propiedad de las tierras comunales de la comunidad fue adquirida por el Gobierno de Namibia antes de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo Facultativo, y que los autores no pueden fundamentar una denuncia basada en una expropiación. Sin embargo, el aspecto importante de la reclamación de los autores a tenor del artículo 27 es que, desde esa fecha, se han visto privados del uso de las tierras y de algunas oficinas y locales que antes poseía su Gobierno para uso y beneficio exclusivos de los miembros de la comunidad. La privatización de la tierra y la sobreexplotación por otras personas los ha privado, según afirman, de la oportunidad de desarrollar sus actividades pastoriles tradicionales. Alegan que la pérdida de esta base económica para sus actividades los ha privado del derecho a gozar de su propia cultura en comunidad con otros. Esta reclamación plantea algunas cuestiones difíciles en relación con la definición de cultura que ha de aplicarse a las minorías protegidas por el Pacto, y con el papel que las actividades económicas desempeñan en esa cultura. Estas cuestiones son más fáciles de resolver cuando se trata de comunidades indígenas, que con mucha frecuencia pueden demostrar que su forma particular de vida o cultura está, y ha estado por mucho tiempo, estrechamente vinculada a determinadas tierras para la realización de actividades tanto económicas como culturales y espirituales, hasta el punto de que la privación de esas tierras o la denegación del acceso a ellas les impide ejercer el derecho a disfrutar de su propia cultura en todos sus aspectos. En el presente caso, los autores han definido su cultura casi únicamente en términos de su actividad económica ganadera. No pueden demostrar que tengan una cultura distinta, íntimamente vinculada al uso de esas tierras en particular a las que se trasladaron hace poco más de un siglo, o dependiente de ellas, ni que la reducción del acceso a esas tierras haya socavado tal cultura. Su reclamación es esencialmente de carácter económico y no cultural, y no puede acogerse a la protección del artículo 27. [...]

racterísticas propias en cuanto a sus formas históricas de autogobierno, los autores no han demostrado cómo esos factores pueden estar basados en sus prácticas de ganadería. Por consiguiente, el Comité concluye que no se ha violado el artículo 27 del Pacto en el presente caso.

10.7. El Comité considera, además, que los autores no han fundamentado ninguna denuncia en virtud del artículo 17 que daría lugar a cuestiones distintas de su denuncia en virtud del artículo 27 en lo que respecta a su exclusión de las tierras que solía poseer su comunidad.

10.8. Los autores han alegado asimismo que la pérdida del autogobierno de su comunidad y la división de la tierra en dos distritos que, a su vez, fueron incorporados a regiones mayores, han dividido a la Comunidad Baster y la han convertido en una minoría, con las consiguientes repercusiones negativas en los derechos enunciados en los apartados a) y c) del artículo 25 del Pacto. El apartado a) del artículo 25 establece el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, y el apartado c) del artículo 25 establece el derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del propio país. Se trata de derechos individuales. Si bien es muy posible que la influencia de la Comunidad Baster, en cuanto comunidad, en la vida pública haya sido afectada por la incorporación de su región a otras regiones cuando Namibia accedió a la soberanía, la afirmación de que ello ha tenido repercusiones negativas en lo que respecta al goce del derecho de cada uno de los miembros de la comunidad a participar en la dirección de los asuntos públicos o a tener acceso, en condiciones generales de igualdad con otros ciudadanos o nacionales del país, a la función pública, no ha sido fundamentada. Por consiguiente, el Comité concluye que los hechos que tiene ante sí no prueban que se ha violado el artículo 25 a este respecto.

10.9. Los autores han alegado que se les obligó a utilizar el idioma inglés durante las actuaciones judiciales, pese a no ser esa su lengua materna. En el caso que nos ocupa, el Comité considera que los autores no han demostrado que el uso del inglés durante las actuaciones judiciales haya afectado a su derecho a un juicio imparcial. La opinión del Comité, por consiguiente, es que los hechos que le han sido presentados no constituyen una violación del párrafo 1 del artículo 14.

10.10. Los autores han afirmado asimismo que la falta de legislación sobre el idioma en Namibia ha hecho que se les haya denegado el derecho a utilizar su lengua materna en la administración, la justicia, la educación y la vida pública. El Comité observa que los autores han demostrado que el Estado Parte ha dado instrucciones a los funcionarios públicos de que no contesten

en afrikaans a las comunicaciones orales o escritas de los autores con las autoridades, aun cuando sean perfectamente capaces de hacerlo. Esas instrucciones de prohibir el uso del afrikaans no se refieren únicamente a la publicación de documentos públicos, sino incluso también a las conversaciones telefónicas. En defecto de toda respuesta del Estado Parte, el Comité debe dar la debida consideración a la denuncia de los autores de que la circular de que se trata va dirigida intencionalmente contra la posibilidad de utilizar el afrikaans en las relaciones con las autoridades públicas. Por consiguiente, el Comité concluye que los autores, en cuanto hablantes del afrikaans, son víctimas de una violación del artículo 26 del Pacto.

11. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han presentado ponen de manifiesto una violación del artículo 26 del Pacto.

12. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de proporcionar un recurso efectivo que ponga fin a esa violación de los derechos de los autores y de los demás miembros de su comunidad autorizando a sus funcionarios a responder en otras lenguas distintas de la oficial sin discriminación alguna. El Estado Parte tiene la obligación de velar por que en el futuro no ocurran violaciones análogas.

13. Teniendo presente que, al adherirse al Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido violación del Pacto o no y que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, se ha comprometido a garantizar a todas las personas que se encuentran en su territorio y están sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo y con fuerza legal cuando se haya producido una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, dentro de un plazo de 90 días, información sobre las medidas que ha adoptado para poner en práctica el dictamen del Comité. Se pide también al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

La repercusión de las industrias extractivas sobre los territorios indígenas

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos
y las libertades fundamentales de los indígenas

Julio 11 de 2011

[...] III. Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos

22. La repercusión de las industrias extractivas sobre los pueblos indígenas es una cuestión de especial preocupación para el Relator Especial. En diversos informes sobre países concretos⁵ e informes especiales⁶, y en su examen de casos particulares⁷, el Relator Especial ha examinado diversas situaciones en que la minería, la silvicultura, la extracción de petróleo y gas natural y los proyectos hidroeléctricos han afectado las vidas de los indígenas. Asimismo, como se ha señalado anteriormente, los anteriores estudios temáticos del Relator Especial se centraron en el deber de los Estados de consultar a los pueblos indígenas y en la responsabilidad de las empresas, cuestiones que invariablemente se plantean cuando las industrias extractivas realizan o tratan de realizar operaciones dentro territorios indígenas o en proximidad de ellos.

23. En 2003, en el informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos por el anterior titular del mandato, se examinaron cuestiones relacionadas con los proyectos de desarrollo de gran escala, con las consiguientes preocupaciones sobre los efectos a largo plazo de cierto modelo de desarrollo que entraña una violación importante de los derechos culturales, sociales, medioambientales y económicos de los pueblos indígenas, en el marco de una economía de mercado globalizada⁸.

24. Desde entonces, se han producido numerosos acontecimientos en esa esfera. En 2007, el debate y la aprobación por la Asamblea General de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

5 Véanse por ejemplo A/HRC/15/37/Add.5, párrs. 41 a 51; A/HRC/15/27/Add.4, párr. 27; A/HRC/15/37/Add.2, párrs. 41 y 42; A/HRC/12/34/Add.6, párrs. 33 a 39; y A/HRC/12/34/Add.2, párrs. 55 a 58.

6 Véanse A/HRC/15/35/Add.4; A/HRC/18/35/Add.8; y A/HRC/12/34/Add.5.

7 Véanse A/HRC/15/37/Add.1 y A/HRC/12/34/Add.1.

8 E/CN.4/2003/90, párr. 69.

contribuyeron a que se produjera una mayor sensibilización sobre las repercusiones en los derechos humanos de los pueblos indígenas de la extracción de recursos naturales y otros proyectos de desarrollo. A raíz de la revisión en 2005 de la política del Banco Mundial sobre los pueblos indígenas, varias instituciones financieras internacionales y regionales han establecido sus propias políticas y directrices con respecto a los proyectos públicos o privados que afectan a los pueblos indígenas⁹. Una de las últimas novedades en relación con esas políticas consistió en la actualización por la OCDE en mayo de 2011 de sus Directrices para Empresas Multinacionales, llevada a cabo con miras a reforzar las normas que deben cumplir las empresas en el plano internacional en lo concerniente a los derechos humanos, incluidos los derechos humanos de los pueblos indígenas. Asimismo, la Corporación Financiera Internacional ha iniciado una revisión de sus normas de desempeño relativa a los pueblos indígenas, un proceso al que ha contribuido el Relator Especial (véase el párrafo 14 *supra*).

25. La labor del Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para “proteger, respetar y remediar” y de los Principios Rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los Principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos en su resolución 17/4, proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales.

26. Las actividades de las industrias extractivas producen efectos que a menudo violan los derechos de los pueblos indígenas. Los organismos públicos y las empresas privadas que participan en la extracción o explotación de recursos naturales, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, han contribuido a causar esos efectos. Hay que señalar que algunos gobiernos han intentado mitigar los efectos negativos de las operaciones de extracción, aunque los derechos humanos siguen siendo violados como resultado de la creciente demanda de recursos y de energía. El Relator Especial considera que las operaciones cada vez más numerosas de las industrias extractivas constituyen un problema apremiante para los pueblos indígenas a escala mundial. Por consiguiente continuará contribuyendo a las iniciativas encaminadas a aclarar y resolver los problemas planteados a los pueblos indígenas por las industrias extractivas.

9 Véase A/HRC/9/9, párr. 72.

A. Examen de las respuestas al cuestionario del Relator Especial

27. El 31 de marzo de 2011, el Relator Especial distribuyó un cuestionario para conocer y comprender las opiniones, preocupaciones y recomendaciones en relación con las industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos. Esa iniciativa fue recibida favorablemente, generando gran número de respuestas de gobiernos, pueblos indígenas, empresas y miembros de la sociedad civil. Expertos académicos y miembros de comunidades indígenas a título individual también hicieron contribuciones valiosas a esa iniciativa.

28. El Relator Especial expresa su cordial reconocimiento a todos los que han respondido al cuestionario por su detallada información y agradece el apoyo que han dado a sus iniciativas en cumplimiento de su mandato de examinar medios de superar los obstáculos existentes para la plena y efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas y determinar, intercambiar y promover las mejores prácticas.

29. Las secciones que figuran a continuación contienen un panorama de las principales cuestiones planteadas en las respuestas al cuestionario, centrándose principalmente en los problemas que se considera que son resultado de las operaciones de las industrias extractivas en los territorios indígenas. Conviene tener en cuenta que el Relator Especial solicitó y recibió ejemplos de buenas prácticas en relación con los proyectos de extracción de recursos naturales llevados a cabo en territorios indígenas o en proximidad de ellos. El Relator Especial continúa analizando esos ejemplos y espera ofrecer otras reflexiones sobre buenas prácticas en sus observaciones futuras relativas a la cuestión de la extracción de los recursos naturales y los pueblos indígenas.

1. Impacto medioambiental

30. Las respuestas al cuestionario del Relator Especial enviadas por Estados, empresas y pueblos indígenas ofrecen un panorama detallado de las importantes repercusiones que las industrias extractivas han tenido sobre las tierras y recursos de los pueblos indígenas. La gradual pérdida de control sobre las tierras, territorios y recursos naturales indígenas fue señalada por los encuestados como una de las máximas preocupaciones, un problema que se considera que tiene su origen en las deficientes medidas protectivas de las tierras comunales indígenas. La mayoría de los representantes y organizaciones indígenas también indicaron que el impacto medioambiental era una de las principales fuentes de preocupación. En las respuestas se expusieron ejemplos de degradación y destrucción de ecosistemas y debido a las indus-

trías extractivas, así como los efectos devastadores que esa situación ha causado en las economías de subsistencia de los pueblos indígenas, que están estrechamente vinculadas a esos ecosistemas. Los efectos negativos sobre el medio ambiente mencionados con mayor frecuencia fueron la contaminación de las aguas y los terrenos y la reducción de la flora y fauna locales.

31. Con respecto a la repercusión negativa de las operaciones extractivas sobre los recursos hídricos, se señaló que el agotamiento y la contaminación de los recursos hídricos habían tenido efectos perjudiciales sobre el agua disponible para el consumo humano, el riego de tierras de cultivo y el pastoreo, y habían afectado a la pesca tradicional y otras actividades, en particular en hábitats naturales frágiles. Por ejemplo, el Gobierno de Filipinas describió una explotación minera a cielo abierto en la provincia de Benguet, donde la actividad minera había dejado un terreno baldío en el que “los peces habían desaparecido por completo de los ríos y riachuelos”. Conviene indicar que los informes de los efectos negativos de las operaciones extractivas sobre los recursos hídricos no se limitaron a casos excepcionales de, por ejemplo, roturas de oleoductos. Según se informa, esos efectos negativos también se han producido debido a operaciones corrientes o por causas naturales, como la contaminación de los sistemas hídricos por desechos industriales a consecuencia de las lluvias.

32. Diversos gobiernos y empresas destacaron el hecho de que una proporción considerable de los efectos dañinos de las operaciones de las industrias extractivas sobre el medio ambiente era atribuible a prácticas pasadas que se considerarían inaceptables en virtud de las normas en vigor jurídicas y de las industrias extractivas. Por ejemplo, la Asociación Regional de Empresas del Sector Petróleo, Gas y Biocombustibles en Latinoamérica y el Caribe manifestó que, en toda América Latina, subsisten problemas medioambientales debidos a las actividades de extracción de petróleo no reglamentadas llevadas a cabo hace más de cuarenta años. De modo análogo, el Gobierno del Ecuador hizo referencia a las actividades llevadas a cabo por Chevron-Texaco en la región amazónica, indicando que la herencia medioambiental negativa que aún subsiste es el resultado de anteriores explotaciones de recursos no sujetas a reglamentación ni control.

33. En numerosas respuestas al cuestionario también se estableció una conexión explícita entre los daños medioambientales y el deterioro de la salud de las comunidades locales. En algunas respuestas se sugería que la salud de la comunidad en general se había visto afectada negativamente por la contaminación de las aguas y de la atmósfera. En otros informes se señalaba que se había producido un aumento de la incidencia de enfermedades contagiosas causadas por el contacto con trabajadores o colonos que habían

inmigrado a los territorios indígenas para trabajar en los proyectos de las empresas extractivas. Había respuestas en que también se vinculaba la degradación medioambiental con la pérdida de medios de vida tradicionales, con el consiguiente peligro para la seguridad alimentaria y aumento de la posibilidad de malnutrición.

2. Efectos sociales y culturales

34. El segundo problema importante mencionado en las respuestas al cuestionario era el efecto negativo de las operaciones de las industrias extractivas sobre las estructuras sociales y culturales de los pueblos indígenas, en particular cuando esas operaciones provocaban la pérdida de tierras y recursos naturales de los que han dependido tradicionalmente las comunidades indígenas. En esos casos, la extracción de recursos puede poner en peligro la supervivencia de los grupos indígenas como culturas diferenciadas que están unidas de modo inextricable a los territorios en donde habitan tradicionalmente.

35. Varias organizaciones indígenas y ONG informaron de que la emigración forzada de pueblos indígenas desde sus tierras tradicionales —tanto a consecuencia de su expulsión de esas tierras como debido a la degradación medioambiental causada por los proyectos de extracción de recursos— ha tenido un impacto negativo general en las culturas y estructuras sociales indígenas. Una ONG describió de modo dramático el proceso de migración como la transformación de un “pueblo ecosistema” en “refugiados ecológicos”. Una respuesta recibida de la sociedad civil de la India describía los efectos negativos del reasentamiento continuo de un número considerable de adivasi y otros pueblos tribales como resultado de proyectos de desarrollo en gran escala, en particular la construcción de presas. Muchos de esos proyectos ofrecían una compensación reducida o nula a las personas obligadas al reasentamiento. Se informó de que ese problema tenía un efecto especialmente negativo sobre las mujeres adivasi, que parecen haber experimentado una pérdida de atribuciones sociales, económicas y de adopción de decisiones al tener que abandonar las ocupaciones tradicionales que desempeñaban en las tierras y bosques en que habitaban.

36. Según las respuestas al cuestionario recibidas, la migración de personas no indígenas a los territorios indígenas y las consecuencias de ese proceso también han tenido un efecto negativo en las estructuras sociales indígenas. Los ejemplos mencionados en esas respuestas de casos de migración no indígena a territorios indígenas incluyen el asentamiento ilegal de madereros o mineros, la llegada de trabajadores no indígenas y de personal industrial

contratado para trabajar en proyectos concretos y el aumento del tránsito de vehículos en las tierras indígenas debido a la construcción de carreteras y otras infraestructuras en zonas anteriormente aisladas. Por su parte, el Gobierno de la República Democrática del Congo manifestó preocupación por las tasas alarmantes y sin precedentes de alcoholismo y prostitución entre los pueblos indígenas. En Colombia, la llegada de las industrias extractivas a las zonas indígenas parece haber provocado una infiltración en los territorios indígenas de traficantes de drogas y guerrilleros, además de una militarización de esos territorios.

37. Las organizaciones y dirigentes indígenas informaron de que se había producido un deterioro notable de la cohesión social de las comunidades y una erosión de las estructuras tradicionales de autoridad, paralelamente con el aumento de las operaciones de extracción. Los miembros de las comunidades a veces adoptaban posiciones contrapuestas en relación a los beneficios que ofrece la extracción de recursos, produciéndose de ese modo conflictos que, a veces, pueden desembocar en la violencia. El conflicto social parece ser particularmente prevaleciente cuando los beneficios económicos llegan directamente a miembros individuales de las comunidades o cuando existe solo un número limitado de puestos de trabajo. Varios gobiernos y empresas también mencionaron casos de soborno y corrupción de dirigentes indígenas como fuentes de preocupación, aunque en sus respuestas no se incluyeron reflexiones elaboradas sobre las causas básicas de esas pautas.

38. Las respuestas de pueblos indígenas y de ONG también informaban de una escalada de la violencia por los gobiernos y fuerzas de seguridad privadas en el contexto de las operaciones extractivas en territorios indígenas, dirigida principalmente contra dirigentes indígenas. Asimismo, se informó de que se habían producido casos de represión general de los derechos humanos cuando comunidades enteras habían manifestado su oposición a las operaciones de extracción. En ese contexto, también se informó de que la presencia de industrias extractivas en territorios indígenas había dado lugar a disturbios violentos y al surgimiento de grupos extremistas en esos territorios.

39. En numerosas respuestas al cuestionario se señalaron los efectos negativos sobre aspectos importantes de la cultura indígena, como el idioma y los valores morales, que tenían los proyectos de extracción de recursos naturales llevados a cabo en territorios indígenas. Asimismo, hubo respuestas que indicaron que los proyectos habían provocado la destrucción de lugares de importancia cultural y espiritual para los pueblos indígenas, como lugares sagrados y restos arqueológicos.

40. En varias respuestas recibidas, incluso de empresas, se reconocía la necesidad de adoptar un “enfoque diferente” al ocuparse de las comunidades

indígenas y de las actividades extractivas. Esto podría incluir, por ejemplo, la evaluación de los efectos sociales y culturales específicos sobre la comunidad y la elaboración de medidas de mitigación específicas para las comunidades. También se sugirió que quizás fuera conveniente impartir a los empleados de las empresas y de los subcontratistas cursos de sensibilización cultural, con el fin de limitar los efectos negativos sobre los aspectos sociales y culturales de las comunidades indígenas.

3. Falta de consultas y de participación

41. Un número importante de pueblos indígenas, gobiernos y empresas señalaron en sus respuestas al cuestionario que los pueblos indígenas debían ser consultados sobre los proyectos de extracción de recursos naturales que les afectasen y participar en su ejecución. Esas consultas eran consideradas, dependiendo de quien fuera el autor de la respuesta, como un derecho establecido en los instrumentos internacionales y en la legislación nacional y una medida pragmática, o como una medida preventiva para evitar oposición a los proyectos y conflictos sociales que pudieran dar como resultado la interrupción de sus operaciones.

42. Las respuestas recibidas de gobiernos y de empresas incluían numerosos ejemplos de conflictos sociales que se habían producido por no haber consultado a las comunidades indígenas, y señalaban que la solución de esos conflictos había entrañado invariablemente la apertura de un diálogo con los pueblos indígenas y el logro de acuerdos sobre, entre otras cuestiones, la reparación que debía ofrecerse por los daños medioambientales causados, así como la participación en los beneficios.

43. En las respuestas recibidas de gobiernos y del sector privado también se informaba de que las experiencias negativas anteriores a menudo dificultaban las consultas actuales con los pueblos indígenas. Según la Comisión Nacional Mexicana para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, como resultado de las experiencias pasadas, las comunidades indígenas temen ahora que las empresas “puedan venir en cualquier momento”. Se indicó que la falta de participación en el pasado, los conflictos laborales, los daños medioambientales a los que no se había puesto remedio y las promesas incumplidas eran motivos por los que muchas comunidades indígenas temían o rechazaban totalmente las propuestas actuales de proyectos extractivos en sus territorios, incluso antes de recibir información sobre los posibles proyectos nuevos o de participar en conversaciones sobre posibles acuerdos a ese respecto.

44. Algunos gobiernos proporcionaron al Relator Especial información sobre reformas recientes de la legislación y la política nacionales introducidas de

modo específico para reglamentar el deber del Estado de consultar a los pueblos indígenas sobre las actividades de las industrias extractivas. Esas reformas han entrañado la elaboración de leyes y políticas para la realización de consultas generales y la revisión a fondo de la legislación “sectorial”, es decir la legislación relativa a la utilización de determinados recursos, como los recursos minerales, forestales o hídricos. También se mencionaron algunos mecanismos existentes de consulta con los pueblos indígenas. Especialmente, Noruega y Finlandia informaron sobre las leyes y políticas nacionales pertinentes en las que se dispone la realización de consultas con el parlamento sami de cada uno de esos países en relación con los proyectos sobre industrias extractivas y otros planes de desarrollo en las zonas habitadas por el pueblo sami.

45. Aunque se ha logrado cierto avance en el plano nacional, varias respuestas de empresas privadas manifestaron preocupación por el considerable nivel de incertidumbre en relación con los procedimientos de consulta. Un examen de las respuestas enviadas por empresas pone de manifiesto que subsisten dudas sobre el alcance y las repercusiones de las consultas, así como sobre las circunstancias específicas que pueden llevar a cumplir el deber de consultar. También subsiste una incertidumbre para los gobiernos y las empresas respecto a la identificación de las comunidades a las que es necesario consultar, en particular las comunidades indígenas cuyas tierras no han sido objeto de demarcación por el Estado y las comunidades en que viven pueblos indígenas y no indígenas. El Gobierno del Perú también señaló que restringir el proceso de consultas a las comunidades que habitan en zonas directamente afectadas excluye a las comunidades que se encuentran fuera de esas zonas pero que también se ven afectadas por los proyectos de extracción.

46. En varias respuestas recibidas de pueblos indígenas se hace referencia a las dificultades que se plantean para obtener información exacta sobre las posibles repercusiones en el medio ambiente y la vida cotidiana de los pueblos indígenas que tienen los proyectos de extracción propuestos. El pueblo indígena de la Primera Nación de Sucker Creek en el Canadá informó de las dificultades con que se enfrentaban sus comunidades para comprender la compleja información relativa a las fases de consulta y negociación. La información proporcionada por ese pueblo indígena indicaba que las comunidades indígenas pueden carecer de los conocimientos técnicos necesarios para participar en pie de igualdad en las consultas y las negociaciones, por lo que deben confiar en las evaluaciones de impacto hechas por las empresas de extracción, que no siempre evalúan de modo exacto y completo la envergadura del impacto de sus actividades sobre los pueblos indígenas.

47. Un número considerable de respuestas recibidas de pueblos indígenas señalan que las empresas de extracción llevan a cabo las consultas como una mera formalidad a fin de poder iniciar rápidamente sus actividades en los territorios indígenas. A ese respecto, la Nación India del Lago Lubicon en el Canadá manifestó que la obligación legal de consultar a los pueblos indígenas no se había cumplido adecuadamente en la práctica debido a que las “consultas de buena fe” llevadas a cabo por las empresas no requieren el consentimiento de esos pueblos o la aceptación de sus puntos de vista. Asimismo, informó de que los insumos aportados por los pueblos indígenas no afectan de modo sustantivo los planes preestablecidos por el Gobierno o la industria.

4. Falta de marcos regulatorios claros y otras deficiencias institucionales

48. Representantes de las empresas comerciales informaron de que los marcos regulatorios deficientes que existen en los países constituyen barreras para la realización de sus operaciones, de modo que se respeten los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Diversas empresas afirmaron que esa falta de transparencia constituía un obstáculo importante respecto de su capacidad de realizar operaciones de modo congruente con las expectativas internacionales en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Además, las empresas consideraban que esa falta de certidumbre jurídica era fuente de costosos conflictos con las comunidades indígenas locales.

49. En la respuestas de las empresas se señalan tres sectores particulares en que a menudo se echa en falta un marco regulatorio claro: el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, en particular en los casos en que la tenencia tradicional de la tierra no ha sido reconocida oficialmente mediante la emisión de títulos o de otro modo; los procedimientos de consulta con los pueblos indígenas; y los planes de participación de los beneficios. Con respecto a esas cuestiones, los ejemplos de las mejores prácticas comunes a las empresas se referían más a sus prácticas e iniciativas voluntarias que al cumplimiento de los requisitos legales establecidos en los países en los que llevaban a cabo sus operaciones.

50. Tanto las respuestas de las empresas como las de los pueblos indígenas indicaban que pueden surgir dificultades incluso cuando existen en el plano nacional normas jurídicas y políticas, ya que los gobiernos carecen a menudo de la voluntad política de hacer cumplir esas normas y transfieren su responsabilidad a las empresas y a los pueblos indígenas. Desde el punto de

vista de las empresas, esto crea incertidumbre y provoca costos empresariales adicionales, además de los que deben realizarse para obtener permisos oficiales y realizar otras gestiones administrativas. En sus respuestas, varias empresas indicaron que era necesario establecer acuerdos con las comunidades indígenas locales antes de iniciar las operaciones a fin de evitar problemas más adelante.

51. Asimismo, la información proporcionada indicaba que la falta de coordinación y de capacidad institucional tenía como consecuencia una supervisión operacional insuficiente de los Estados sobre las industrias extractivas. Las respuestas, incluidas las de los gobiernos, señalaban que las instituciones estatales que se ocupaban de los asuntos indígenas, así como otras instituciones estatales competentes, trabajaban a menudo con recursos institucionales y presupuestarios limitados, lo que daba como resultado una supervisión limitada o inexistente de las operaciones de extracción.

5. La cuestión de los beneficios tangibles

52. Existen puntos de vista contrapuestos con respecto a los beneficios de las operaciones de extracción. Diversos gobiernos y empresas indicaron que los pueblos indígenas obtenían beneficios de los proyectos de extracción de recursos naturales, mientras que, en general, los pueblos y organizaciones indígenas informaron de que los beneficios tenían un alcance muy limitado y no compensaban por los problemas que creaban esos proyectos.

53. Varios gobiernos subrayaron la importancia fundamental que tenían los proyectos de extracción de recursos naturales para sus economías nacionales, que, según se informaba, en varios países representaban hasta el 60% o el 70% del PNB. Los gobiernos también indicaron que los proyectos de extracción aportaban beneficios positivos para los pueblos indígenas y otros habitantes de las regiones en que se llevaban a cabo. En las respuestas se destacó el hecho de que una parte importante de las regalías y otros ingresos obtenidos por los Estados de las operaciones de extracción se destinaban a las estructuras gubernamentales regionales o locales (como se indicaba en la respuesta del Perú), a los fondos de desarrollo regional (por ejemplo, en la región amazónica del Ecuador) o, de modo más excepcional, a las organizaciones indígenas (por ejemplo, en el Estado Plurinacional de Bolivia). En particular, el Gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia destacó un plan establecido en beneficio de los pueblos indígenas en virtud del cual se asignaba directamente un porcentaje considerable de los impuestos sobre los hidrocarburos a las principales organizaciones indígenas del país o al Fondo de Desarrollo para los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades

Campesinas (un fondo para el desarrollo de las comunidades indígenas y campesinas). Las oportunidades de creación de puestos de trabajo también fueron mencionadas de modo general como uno de los beneficios directos de las operaciones de extracción en los territorios indígenas.

54. Varias empresas mineras señalaron que los pueblos indígenas habían sido beneficiarios directos de la construcción de infraestructuras básicas necesarias para la realización de sus operaciones en zonas remotas, incluido la construcción de carreteras, la mejora de las comunicaciones y el suministro de energía eléctrica y de agua. También mencionaron los beneficios sociales derivados de los proyectos de extracción de recursos, como las oportunidades de atención de la salud y de educación en zonas deficitarias de esos servicios, o los programas de fomento de la capacidad en favor de las organizaciones indígenas y los gobiernos locales. En algunas ocasiones, esas iniciativas eran parte de las políticas más amplias de responsabilidad social empresarial destinadas a obtener una “licencia social” para realizar sus operaciones.

55. Sin embargo, la existencia de puntos de vista contrapuestos en lo que respecta a los beneficios obtenidos pone de manifiesto las diferentes orientaciones culturales en el contexto del desarrollo. La mayoría de las respuestas de los pueblos y organizaciones indígenas subrayaban los efectos negativos sobre su medio ambiente, cultura y sociedades, que afirmaban que tenían más peso que los mínimos beneficios a corto plazo obtenidos de las operaciones de extracción. A ese respecto, un miembro del pueblo pemón de la República Bolivariana de Venezuela informó de que los beneficios de las industrias extractivas no eran una prioridad importante para la comunidad, ya que, más bien, esta trataba de lograr “un grupo comunitario saludable, sin infecciones, en un medio ambiente sin contaminación”. Por otra parte, una organización que representaba a las autoridades tradicionales del pueblo cofán de Colombia afirmó que, en las circunstancias actuales, “los pueblos indígenas no tienen otra opción que tratar de obtener algo positivo para sus comunidades del desastre provocado por la extracción de petróleo, minerales y otros recursos” en sus territorios tradicionales.

B. Evaluación preliminar

56. Los diversos puntos de vista comunicados por los pueblos indígenas, los gobiernos, las empresas y otros interesados en relación con los proyectos de extracción de recursos naturales y energéticos en los territorios indígenas ponen de manifiesto que, a pesar de la creciente sensibilización sobre la necesidad de respetar los derechos de los pueblos indígenas como parte integrante de esos proyectos, subsisten todavía muchos problemas.

57. Las respuestas al cuestionario confirman la percepción del Relator Especial derivada de las diversas actividades que ha llevado a cabo durante los tres primeros años de su mandato, de que la realización de proyectos de extracción de recursos naturales y otros proyectos de desarrollo en territorios indígenas o en proximidad de ellos se ha convertido en una de las máximas preocupaciones de los pueblos indígenas de todo el mundo y posiblemente también en la fuente más generalizada de retos al pleno ejercicio de sus derechos. Junto con las respuestas de las organizaciones y representantes de los pueblos indígenas, las respuestas de muchos gobiernos y empresas ponen de manifiesto una comprensión clara de los efectos negativos e incluso catastróficos para los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas de la realización irresponsable o negligente de proyectos en el pasado o en la actualidad, sin garantías adecuadas y sin la participación de los pueblos interesados.

58. La creciente conciencia del efecto negativo real o potencial que tienen las operaciones de extracción sobre los derechos de los pueblos indígenas se pone aún más de manifiesto por el número cada vez mayor de reglamentaciones y otras iniciativas gubernamentales, así como por la creciente actividad de los tribunales y las instituciones de derechos humanos en el plano nacional, que se mencionan en las respuestas al cuestionario del Relator Especial. Asimismo, esa creciente conciencia se hace evidente en el establecimiento o reforzamiento por las empresas de salvaguardias internas de los derechos humanos e incluso de políticas concretas en relación con los derechos de los pueblos indígenas.

59. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el apoyo mundial a sus principios y disposiciones, el empoderamiento cada vez más profundo de los pueblos indígenas en lo que respecta a la defensa de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos y a la denuncia de las violaciones de esos derechos, y las lecciones aprendidas de las numerosas experiencias negativas en el contexto del interés más amplio de la comunidad internacional por los efectos de las actividades empresariales sobre los derechos humanos, son factores que han contribuido sin duda a esa creciente conciencia.

60. Pero, además de esa creciente conciencia, las respuestas recibidas al cuestionario del Relator Especial también exponen la falta de un entendimiento común mínimo sobre las repercusiones básicas de las normas internacionales aceptadas o sobre los acuerdos y metodologías institucionales necesarios para darles pleno efecto en el contexto de las operaciones de extracción o explotación de recursos naturales que pueden afectar a los pueblos indígenas. A ese respecto, subsisten concepciones contrapuestas o vagas sobre el alcan-

ce y contenido de los derechos de los pueblos indígenas y sobre el grado y la naturaleza de la responsabilidad del Estado para asegurar la protección de esos derechos en el contexto de las operaciones de extracción.

61. El actual debate mundial sobre las repercusiones de las actividades empresariales en los derechos humanos ha reafirmado que el Estado tiene la responsabilidad jurídica internacional última de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Eso se establece claramente en el marco para “proteger, respetar y remediar” propuesto por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas¹⁰, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyo como estructura normativa básica para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales (véase el párrafo 25 supra).

62. Aunque muchas de las respuestas de los gobiernos al cuestionario del Relator Especial demuestran la sensibilización y el firme compromiso de los Estados respecto de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, esas respuestas, unidas a las recibidas de otras fuentes, también reflejan una falta de consenso operativo sobre el alcance y los medios del cumplimiento por los Estados de sus deberes respecto a los proyectos de extracción y explotación de recursos.

63. Como se ha indicado anteriormente, en varias respuestas, en particular las recibidas de empresas, se señala que los gobiernos tienden a inhibirse del proceso de aplicación de los procedimientos de consulta y de otras salvaguardias de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las operaciones de extracción, y actúan como simples reguladores. La delegación a las empresas de la función de protección que corresponde al Estado fue mencionada repetidamente como fuente de preocupación, en particular cuando los marcos regulatorios estatales relativos a los derechos de los indígenas, incluido en relación a la protección de las tierras y los recursos, las consultas y los planes de participación en los beneficios, son insuficientes o inexistentes. La falta de claridad o de consenso sobre la función del Estado en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en ese contexto multiplica las incertidumbres surgidas de las diferentes opiniones sobre el alcance y el contenido de esos derechos.

64. Un importante ámbito adicional de perspectivas divergentes está representado por el equilibrio entre los costos y los beneficios de los proyectos de extracción de recursos. Aun a pesar de que existe una conciencia común

10 A/HRC/17/31.

de los efectos negativos para los pueblos indígenas provocados en el pasado por las actividades de extracción, hay perspectivas muy divergentes sobre la incidencia y el valor de los beneficios aportados por las industrias extractivas, especialmente cara al futuro. Como se ha mencionado anteriormente, muchas de las respuestas de los gobiernos al cuestionario subrayaron la importancia fundamental que tienen las industrias extractivas para sus economías nacionales. Muchas de las respuestas recibidas de las empresas comparten la opinión de que los pueblos indígenas pueden beneficiarse de las industrias extractivas.

65. Por su parte, las respuestas dadas al cuestionario del Relator Especial por los pueblos indígenas contenían una dosis elevada de escepticismo y, en muchos casos, de rechazo absoluto con respecto a la posibilidad que existía de beneficiarse de los proyectos de extracción o explotación de recursos en sus territorios tradicionales. La gran mayoría de las respuestas de los pueblos indígenas, muchas de las cuales se basaban en experiencias directas de proyectos concretos que habían afectado a sus territorios y comunidades, más bien destacaban una percepción común de ausencia de empoderamiento, de desinterés por sus derechos y preocupaciones por parte del Estado y las empresas, y de inseguridad constante en sus vidas debido a las invasivas operaciones de extracción. Esa percepción pone de manifiesto que no parece que se puedan esperar resultados positivos de esas operaciones, que se ven más como una imposición desde arriba de decisiones adoptadas en base a la colusión del Estado y las empresas en interés propio que como resultado de decisiones negociadas en las que sus comunidades tienen una participación directa.

66. En opinión del Relator Especial, la falta de una base común para que todos los interesados comprendan las cuestiones fundamentales constituye un fuerte obstáculo para la protección y realización efectivas de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los proyectos de extracción de recursos. La falta de un entendimiento común entre los interesados, incluidos los Estados, las empresas y los pueblos indígenas mismos, unida a la existencia de numerosas zonas grises tanto conceptuales como jurídicas han demostrado ser una fuente de conflictos sociales. La experiencia comparativa, incluidas las situaciones específicas de los países en las que el Relator Especial ha intervenido en el marco de su mandato, proporciona claros ejemplos de estallido y escalada de esos conflictos y de radicalización posterior de las posiciones. Cuando surgen conflictos sociales en relación con los programas de extracción o explotación de recursos en los territorios indígenas, todo el mundo pierde.

67. Las respuestas dadas al cuestionario del Relator Especial ponen de manifiesto la necesidad de un cambio de la situación actual si se desea que la

normativa de derechos de los indígenas tenga un efecto significativo sobre las políticas y actividades de los Estados y las empresas en lo que atañe a los pueblos indígenas. Un paso inicial a favor de ese cambio consiste en establecer una base de entendimiento común entre los pueblos indígenas, los agentes gubernamentales, las empresas y otros actores pertinentes. El Relator Especial es consciente de las complejidades inherentes a cualquier esfuerzo para armonizar los diversos intereses involucrados en la cuestión de las industrias extractivas y los pueblos indígenas, así como de las dificultades para superar los puntos de vista contrapuestos que existen actualmente entre los interesados.

68. El Relator Especial está convencido, sin embargo, de que es necesario avanzar en el logro de un entendimiento común mínimo del contenido y el alcance de los derechos de los pueblos indígenas y de las repercusiones que tienen esos derechos en la conveniencia o viabilidad futuras de las industrias extractivas en los territorios indígenas o en proximidad de ellos, de la naturaleza de la responsabilidad de los Estados de proteger los derechos de los pueblos indígenas en ese contexto, del impacto real o potencial de las industrias extractivas –tanto positivo como negativo– y de otras cuestiones conexas. Sin un nivel mínimo de entendimiento común, la aplicación de la normativa de los derechos de los indígenas seguirá siendo socavada, los pueblos indígenas seguirán siendo vulnerables a graves abusos de sus derechos humanos individuales y colectivos y las actividades extractivas que afectan a esos pueblos seguirán teniendo que enfrentarse a graves problemas sociales y económicos. [...]

El derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua
Sentencia de 31 de agosto de 2001

[...] IX

Violación del Artículo 21

Derecho a la Propiedad Privada^{*1}

Alegatos de la Comisión

140. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que:

- a) la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral. Estos derechos “existen aún sin actos estatales que los precisen”. La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación;
- b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención;

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Los textos del artículo 21 de la Convención en español, inglés, portugués y francés no tienen una variación sustancial. La única diferencia es que el epígrafe del texto en inglés dice “Derecho de Propiedad” (Right to Property) mientras que en los restantes tres idiomas dice “Derecho a la Propiedad Privada”.

- c) la Constitución Política de Nicaragua y el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua reconocen derechos de propiedad cuyo origen se encuentra en el sistema consuetudinario de tenencia de tierra que ha existido tradicionalmente en las comunidades indígenas de la Costa Atlántica. Además, los derechos de la Comunidad se encuentran protegidos por la Convención Americana y por disposiciones de otras convenciones internacionales en las cuales Nicaragua es parte;
- d) existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales;
- e) el Estado no ha demarcado ni titulado las tierras comunales de la Comunidad AwasTingni ni ha tomado otras medidas efectivas para asegurar los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales;
- f) la vida de los miembros de la Comunidad depende fundamentalmente de la agricultura, la caza y la pesca que realizan en áreas cercanas a sus aldeas. La relación que la Comunidad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia;
- g) la Comisión Nacional para la Demarcación de las Tierras de las Comunidades Indígenas de la Costa Atlántica, creada con el fin de elaborar un “Proyecto de Demarcación”, no ha contribuido a la creación de un mecanismo para la demarcación de tierras de los indígenas que cuente con una participación plena de estos;
- h) la mayoría de los pobladores de Awas Tingni llegaron en la década de 1940 al lugar en donde actualmente tienen su asentamiento principal, provenientes de su lugar ancestral antiguo: Tuburús. Se dio un movimiento de un lugar a otro dentro de su territorio ancestral; los ancestros Mayagnas estuvieron ahí desde tiempos inmemoriales;
- i) existen tierras que son compartidas tradicionalmente por Awas Tingni y otras comunidades. El concepto de la propiedad puede consistir en un dominio compartido o en derechos de acceso y uso, de acuerdo con las costumbres de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica;
- j) el Estado violó el artículo 21 de la Convención al otorgarle a la compañía SOLCARSA la concesión para el corte de madera en tierras tradicionalmente ocupadas por la Comunidad, concesión que puso en peligro el

goce de los derechos de las comunidades indígenas, al considerar como tierras estatales todas aquellas que no se encuentran registradas bajo un título formal de dominio;

- k) los miembros de la Comunidad “ocupan y utilizan una parte substancial del área de la concesión”. La concesión otorgada a la compañía SOLCARSA puso en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de la Comunidad y sus miembros. “[L]as operaciones forestales de SOLCARSA [...] al llegar a las tierras usadas y ocupadas por la Comunidad Awas Tingni, en particular, podrían haber causado daño a los bosques de esta Comunidad”. La concesión y los actos estatales relacionados con ésta constituyen una violación del derecho a la propiedad;
- l) la complejidad del asunto no es excusa para que el Estado no cumpla con sus obligaciones, y para que administre las tierras indígenas no tituladas como tierras estatales;
- m) el artículo 181 de la Constitución Política de Nicaragua se refiere a la aprobación de concesiones por el Estado con respecto a tierras bajo su dominio, y no al aprovechamiento de recursos en tierras comunales. Con base en este artículo, el MARENA y el Consejo Regional de la RAAN no se encuentran facultados para autorizar el corte de madera en tierras privadas o comunales sin el consentimiento del propietario;
- n) el Estado debe adoptar medidas adecuadas para demarcar la propiedad de la Comunidad y garantizar plenamente los derechos de ésta sobre sus tierras y recursos;
- ñ) en el presente caso se debe interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 de la Convención; y
- o) el otorgamiento de la concesión a SOLCARSA y la omisión del Estado consistente en no tomar medidas que permitan garantizar los derechos de la Comunidad Awas Tingni sobre la tierra y los recursos naturales, de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación, violó los artículos 1 y 2 de la Convención.

Alegatos del Estado

141. En cuanto al artículo 21 de la Convención, el Estado alegó que:

- a) existen “circunstancias particularizantes que sitúan el presente reclamo fuera del ámbito ordinario del derecho indigenista”. La Comunidad es un grupo reducido de indígenas resultante de una segregación comunal

y de desplazamientos geográficos sucesivos; su presencia en la región no ha sido suficientemente documentada; se encuentra en posesión de tierras que no tienen carácter ancestral y que han sido tituladas parcialmente a terceras comunidades indígenas, o bien otras comunidades afirman tener un derecho de posesión ancestral anterior al derecho alegado por Awas Tingni. Los reclamos de tierras de diferentes grupos étnicos ha causado la existencia de un complejo conflicto de intereses, que requiere de un cuidadoso examen de parte de las autoridades nacionales y un delicado proceso de solución de esos conflictos que genere seguridad jurídica. La Comunidad admitió que dentro de su población se encuentran personas procedentes de la comunidad indígena de Tilba-Lupia, la cual fue titulada por el Estado;

- b) mediante la Ley No. 14 conocida como “Reforma a la Ley de Reforma Agraria”, se estableció un marco legal para conducir la titulación de la propiedad comunal indígena. Al amparo de esta ley “se efectuaron numerosas titulaciones de tierras comunales indígenas”. Sin embargo, la Comunidad no ha dirigido petición alguna de demarcación y titulación a las autoridades gubernamentales competentes;
- c) la Comunidad ha reconocido en diferentes ocasiones haber sido titulada y lo señaló expresamente en el contrato que celebró con la empresa MARDENSA;
- d) la Comisión no logró probar la presencia de Awas Tingni en las tierras reclamadas con anterioridad al año 1945; la misma Comunidad ha reconocido que la posesión de las tierras que reclama se remonta a dicho año. El Estado considera que se trata de un grupo que se desprendió de una comunidad indígena “madre”, pero que reclama para sí una titulación separada e independiente sobre tierras que no ha poseído en forma ancestral;
- e) en este caso no opera la prescripción adquisitiva ya que la Comunidad Mayagna ejerció una posesión “precaria”;
- f) el proceso de titulación indígena de las comunidades de la Costa Atlántica se caracteriza por ser complejo, debido a las siguientes circunstancias: a) el fenómeno de proliferación de las comunidades indígenas, como consecuencia de la desmembración de grupos de éstas; b) el fenómeno de agrupación y reagrupación de comunidades indígenas tituladas y no tituladas; c) el fenómeno del desplazamiento de las comunidades indígenas para ocupar tierras que no son ancestrales; d) el fenómeno de comunidades indígenas tituladas que reclaman tierras ancestrales como si nunca hubieran sido tituladas, y e) grupos humanos que reclaman

títulos indígenas sin haber acreditado formalmente su condición de comunidad indígena conforme a la ley;

- g) la extensión superficial de las tierras reclamadas por la Comunidad no guarda proporción con el número de miembros de la Comunidad, por lo cual a ésta no le asiste el derecho en los términos planteados en su reclamo. La Comunidad Mayagna dice estar conformada por aproximadamente 600 personas e irracionalmente pretende el otorgamiento de una extensión de alrededor de 150,000 hectáreas, pretensión que excede las necesidades de subsistencia de sus miembros. La biodiversidad de la zona no justifica los grandes desplazamientos para la caza y la pesca que parece ser un argumento que está utilizando la Comunidad para acrecer la superficie que está reclamando. Además, un censo de 1995 indica que el número de miembros de la Comunidad es de 576 personas, de las cuales solamente un 43% son mayagnas;
- h) mediante las peticiones que la Comunidad Awás Tingni presentó a autoridades incompetentes fue aumentando la superficie reclamada, lo cual evidenció la mala fe de sus actuaciones y obstaculizó que se lograra “un arreglo expedito”;
- i) la concesión forestal otorgada a la compañía SOLCARSA se limitó a áreas consideradas como tierras nacionales. Desde que se inició el proceso de titulación en la Costa Atlántica el Estado ha dejado “corredores” o “zonas de bienes nacionales” entre las comunidades indígenas cuyas tierras ya han sido tituladas. Las autoridades nacionales del MARENA otorgaron una concesión forestal en una fracción de un área tenida como “corredor de tierras nacionales”, y ninguna de las comunidades la impugnó “por estar conscientes [de] que la misma recaía sobre una fracción del corredor de tierras nacionales existente entre ellas”. Sin embargo, la Comunidad Mayagna reclama la totalidad de la superficie;
- j) la concesión forestal otorgada a la empresa SOLCARSA no produjo ningún daño a la Comunidad Mayagna y esta empresa no inició actividades de explotación forestal derivadas de la concesión;
- k) el “Convenio de Aprovechamiento Forestal” suscrito por la Comunidad, la empresa MADENSA y las autoridades del MARENA, “no constituye un precedente válido que prejuzgue la legitimidad del reclamo de propiedad comunal” de la Comunidad Mayagna. Las actuaciones del MARENA –por su falta de competencia en la materia –no pueden ser alegadas para pretender un reconocimiento de la legitimidad de reclamos de titulación indígena, en virtud de que el órgano competente para recibir y resolver tales reclamos es el INRA, actualmente dependencia del Ministerio Agro-

pecuario y Forestal (MAF). La misma Comisión acepta que en dicho documento “Nicaragua no reconoció posesión ancestral, [sino que] simplemente se comprometió a facilitar la titulación de tierras ancestrales, lo cual presupone la presentación de un reclamo, en sede administrativa, en sede jurisdiccional, y la demostración efectiva de la ancestralidad”; y

- l) existe un marco legal y una autoridad competente para conducir la titulación de las comunidades indígenas. Nicaragua ha impulsado iniciativas importantes en materia de titulación de las tierras comunales de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica.

Consideraciones de la Corte

142. El artículo 21 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

143. El artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al “interés social”; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de “utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

144. Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.²

145. Durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó la frase “[t]oda persona tiene el derecho a la *propiedad privada*, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene

2 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 9, párr. 122.

derecho al *uso y goce* de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los *bienes*” en lugar de “propiedad privada”.³

146. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos 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.⁴

147. A su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede 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 o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad

3 En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención.

4 Cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114.

y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

150. Al respecto, la Ley No. 28 publicada el 30 de octubre de 1987 en La Gaceta No. 238, Diario Oficial de la República de Nicaragua, que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, señala en su artículo 36 que:

La propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica, y están sujetas a las siguientes disposiciones:

1. Las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles.
2. Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado.

151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

152. Como ya fue señalado, Nicaragua reconoce la propiedad comunal de los pueblos indígenas, pero no ha regulado el procedimiento específico para materializar dicho reconocimiento, lo cual ha causado que desde 1990 no se hayan otorgado títulos de esta naturaleza. Además, en el presente caso, el Estado no se ha opuesto a la pretensión de la Comunidad Awas Tingni de ser declarada propietaria, aunque se discuta la extensión del área que ésta reclama.

153. La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen

hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado, delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (*supra* párr. 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tigni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.

154. Unido a lo anterior, se debe recordar lo ya establecido por este Tribunal, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el sentido de que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana⁵.

155. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. [...]

5 Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 9, párr. 168; *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 10, párr. 109; y *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 47, párr. 210.

La garantía del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales en condiciones de igualdad

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe N° 75/02, Caso 11.140 (fondo)

Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos

27 de diciembre de 2002

I. Resumen

1. La petición en el presente caso fue interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“la Comisión”) contra los Estados Unidos de América (“el Estado” o “Estados Unidos”) el 2 de abril de 1993 por los señores Steven M. Tullberg y Robert T. Coulter del Indian Law Resource Center (“los peticionarios”). La petición fue presentada en nombre de Mary y Carrie Dann, hermanas y ciudadanas de los Estados Unidos (las “hermanas Dann” o “las Dann”).

2. En la petición y posteriores observaciones se alega que Mary y Carrie Dann son integrantes del pueblo indígena Western Shoshone, que viven en una hacienda en la comunidad rural de Crescent Valley, Nevada. De acuerdo con la petición, su tierra y la tierra del grupo indígena que integran, el grupo Dann, forma parte de un territorio ancestral del pueblo Western Shoshone y que las Dann y otros miembros de este pueblo están actualmente en posesión y realizan un uso real de esas tierras. Los peticionarios también sostienen que el Estado ha interferido en el uso y la ocupación de las tierras ancestrales de las Dann por presuntamente haberse apropiado de las tierras como bien federal a través de un procedimiento injusto ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas (“Indian Claims Commission” o “ICC”), al retirar y amenazar con retirar físicamente el ganado de las Dann de sus tierras y al permitir o condonar actividades de prospección aurífera dentro del territorio tradicional de los Western Shoshone. Sobre la base de estas circunstancias, los peticionarios alegan que el Estado es responsable de la violación de los Artículos II, III, VI, XIV, XVIII y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“la Declaración Americana”).

3. El Estado niega haber violado los derechos de las Dann consagrados en la Declaración Americana. Por el contrario, el Estado sostiene que las cuestiones planteadas por los peticionarios no comportan violación de los derechos humanos sino que refieren a un prolongado litigio por el título y el uso de

las tierras que han sido y siguen siendo objeto de detenida consideración por los tres poderes del gobierno de los Estados Unidos. A este respecto, el Estado sostiene que las Dann poseen el título, la propiedad y la posesión de las tierras que constituyen su hacienda en Nevada, que fue registrada por su padre, que el Estado nunca ha intentado retirar a las Dann de su hacienda y que, en tanto las Dann cumplan con los requisitos de la Oficina de Administración de Tierras, tienen derecho a un permiso de pastoreo de su ganado en tierras públicas. En cuanto al territorio tradicional de los Western Shoshone, en términos más generales, el Estado sostiene que las Dann y otros Western Shoshone perdieron todo interés en las tierras en cuestión en 1872 a raíz del emplazamiento de estadounidenses no nativos, y que su determinación fue debidamente formulada a través de procedimientos imparciales ante la ICC, organismo cuasi judicial establecido por los Estados Unidos con el preciso propósito de determinar en torno a cuestiones de reivindicaciones de tierras indígenas. Por último, el Estado sostiene que la ICC otorgó a los Western Shoshone US\$ 26.145.189,89 como indemnización por la pérdida de sus tierras, sobre la base de valores de 1872, cantidad que ha sido mantenida en fideicomiso por la Secretaría del Interior hasta que se acordase un plan de distribución con los Western Shoshone.

4. En el informe N° 99/99 aprobado por la Comisión el 27 de septiembre de 1999 en el curso del 104° período ordinario de sesiones, ésta decidió admitir los reclamos de la petición y proceder a la consideración de los méritos de la misma.

5. En el presente informe, habiendo examinado las pruebas y los argumentos presentados en nombre de las partes en el curso de las actuaciones, la Comisión concluyó que el Estado no ha garantizado el derecho de las Dann a la propiedad, en condiciones de igualdad, en contravención de los Artículos II, XVIII y XXIII de la Declaración Americana, en relación con sus reivindicaciones de los derechos de propiedad en las tierras ancestrales de los Western Shoshone. [...]

IV. Análisis [...]

B. Hechos pertinentes

99. Antes de iniciar un análisis de las normas y principios de derechos humanos aplicables en el contexto de las denuncias de las Dann, la Comisión considera instructivo establecer sus conclusiones en cuanto a los hechos pertinentes que constituyen los antecedentes de la cuestión.

1. El pueblo Western Shoshone y Mary y Carrie Dann

100. De acuerdo con las observaciones de los peticionarios y del Estado en esta materia, el “pueblo” o la “nación” Western Shoshone constituye una comunidad de individuos de ascendencia nativa que tradicionalmente han ocupado un vasto y árido territorio de unos 24 millones de acres que conforman hoy primordialmente el Estado de Nevada en Estados Unidos. Parecería no haber disputa entre las partes en cuanto a la condición indígena de los Western Shoshone o a su ocupación y uso histórico de este territorio y de sus recursos. Además, las partes convienen que a cierta altura los Western Shoshone tenían título de propiedad de este territorio como sus tierras ancestrales.⁵⁹ Por el contrario, a juicio de la Comisión, el aspecto en litigio en este caso involucra la cuestión de si alguno o todos los derechos de propiedad subsisten y el método adecuado para determinar y respetar esos derechos.

101. También de acuerdo con los antecedentes de la cuestión, la nación Western Shoshone está integrada por grupos y tribus numerosas relativamente descentralizadas, incluidos los grupos Temoak Shoshone, Ely Shoshone y Yomba Shoshone. Cada grupo está integrado primordialmente por comunidades e individuos que tienen una relación familiar extendida y que tradicionalmente han ocupado la misma zona dentro del territorio ancestral Western Shoshone.

102. Los Western Shoshone y el gobierno de Estados Unidos son partes de un tratado vigente, el Tratado de Ruby Valley de 1863.⁶⁰ Los peticionarios sostienen que, en virtud de este Tratado, Estados Unidos reconoció ciertos territorios occidentales como “el país Western Shoshone” pero se otorgó a Estados Unidos ciertos privilegios, como la construcción de la vía férrea a California, la explotación minera y el establecimiento de ciudades y asentamientos mineros. Además, los peticionarios sostienen que se produjo un establecimiento de Estados Unidos en territorio Western Shoshone a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y que esto es violatorio de las condiciones del Tratado de Ruby Valley.

103. En términos de la relación de los Western Shoshone con sus tierras ancestrales, los peticionarios han sostenido la existencia de un sistema de títulos de tierras aborígenes que históricamente han sido de carácter comu-

59 Véase análogamente *Estados Unidos c. Dann*, 706 F. 2d 919 en 923 (9^oCir. 1983) (donde se confirma que en las actuaciones ante los tribunales federales de Estados Unidos, éste no impugnó el hecho de que los Western Shoshone a cierta altura tenían título aborígen de las tierras en cuestión).

60 Tratado de Ruby Valley de 1863 (Tratado entre Estados Unidos de América y los grupos occidentales de los indígenas shoshone, ratificado por Estados Unidos en 1866 y promulgado el 21 de octubre de 1869, 18 Stat. 689).

nal y basados en las modalidades de uso de la tierra y de sus recursos. Estas modalidades han sido influenciadas por el hecho de que los grupos Western Shoshone viven en comunidades dispersas ubicadas en puntos alejados entre sí, en un vasto territorio y que, para sustentarse, estas tribus han cazado, pescado y criado ganado vacuno y equino, y que han comerciado con sus vecinos. El Estado no ha contestado específicamente esta caracterización de la ocupación y el uso tradicionales de las tierras ancestrales por los Western Shoshone.

104. Con respecto a la familia Dann en particular, las partes han indicado que éstas viven en una hacienda en tierras del grupo Dann cercanas a la pequeña comunidad rural de Crescent Valley, Nevada, donde crían ganado. Esta hacienda es el único medio de sustento de las Dann, pues plantan sus propios alimentos y satisfacen todas sus necesidades con la venta de ganado, productos y vegetales a los Western Shoshone vecinos y a otros no indígenas. Las partes también han indicado que el grupo Dann no se encuentra entre los grupos federalmente definidos de las tribus Western Shoshone con las que el gobierno de Estados Unidos mantiene relaciones oficiales. Sin embargo, parece no haberse cuestionado que el grupo Dann y las propias hermanas Dann son consideradas parte del pueblo Western Shoshone que ha ocupado tradicionalment una región particular del territorio ancestral Western Shoshone y que, en tal sentido, comparten la historia y la condición de los Western Shoshone como pueblo aborígen.⁶¹ Análogamente, los peticionarios han sostenido, y el Estado no lo ha impugnado, que la familia Dann ha ocupado y utilizado tradicionalmente una porción más amplia que la que ocupa su hacienda y que eso constituye parte de las tierras del grupo Dann.

2. Proceso interno en Estados Unidos para determinarlas reivindicaciones de tierras indígenas – la Comisión de Reivindicaciones Indígenas (ICC)

105. Dado que la posible subsistencia de los derechos de los Western Shoshone a sus tierras ancestrales son el meollo de la controversia, la Comisión considera necesario examinar la manera en que el Estado sostiene ha determinado y ajustado esos derechos.

106. La información a disposición de la Comisión indica que en 1946 el gobierno estadounidense creó un mecanismo administrativo específico para

61 El Estado no ha sugerido, por ejemplo, que las Dann no tuvieran derecho a una parte en la distribución de los fondos otorgados en compensación por la ICC al pueblo Western Shoshone en 1979.

determinar en torno de reivindicaciones de tierras indígenas y otorgar compensaciones, en lo que se denominó la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, establecida de acuerdo con la ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas.⁶² Las autoridades sugieren que la ICC fue creada con dos propósitos principales, a saber, ofrecer un mecanismo a través del cual el Congreso pudiera transferir su autoridad para determinar en torno a los méritos de las reivindicaciones de tierras de los estadounidenses nativos ante la doctrina de la inmunidad soberana en virtud de la legislación estadounidense, y disponer en forma definitiva en torno a esas reivindicaciones.⁶³ La ICC fue disuelta el 30 de setiembre de 1978 de acuerdo con el párrafo 70(v) de su estatuto.

107. De acuerdo con el párrafo 70(a) de la Ley de la ICC, su jurisdicción abarcaba sólo las reivindicaciones acumuladas hasta el 13 de agosto de 1946 e incluía la autoridad siguiente:

La Comisión escuchará y dictaminará en torno a las siguientes reivindicaciones contra Estados Unidos en nombre de una tribu, grupo u otra comunidad identificable como indígenas americanos residentes dentro de los límites territoriales de Estados Unidos o Alaska: [...] (4) reivindicaciones derivadas de la expropiación por Estados Unidos, sea a través de un tratado de cesión o por otra vía, de tierras propiedad del reclamante u ocupadas por el reclamante sin el pago de una compensación por esas tierras con la conformidad de éste.

108. La sección 70(i) de la Ley limitaba la presentación de reivindicaciones a las interpuestas por miembros de tribus indígenas u organizaciones tribales registradas por la Secretaría del Interior, y el párrafo 70(k) prescribía un plazo límite para la presentación de reivindicaciones, por un período de cinco años a partir del 13 de agosto de 1946. La legislación también disponía que los abogados que representaran a los reclamantes ante la ICC podrían recibir como pago hasta el 10% de la compensación que recibieran para sus clientes indígenas. De acuerdo con el Estado, esta disposición fue incluida a efectos de estimular a los abogados a brindar asistencia letrada a los clientes indígenas.⁶⁴

109. Las decisiones de la ICC estaban sujetas a revisión judicial por la Corte de reivindicaciones de Estados Unidos por dos vías. Primero, la propia ICC

62 Ley de la Comisión de reivindicaciones indígenas, 60 Stat. 1055, 25 U.S.C. párr. 70a–v.

63 Estados Unidos c. Dann, 470 U.S. 36, 45. La doctrina de la inmunidad soberana en virtud de la legislación estadounidense históricamente impide que los indígenas interpongan acciones contra el gobierno federal por la pérdida de tierras ancestrales a menos que el Congreso apruebe una ley que específicamente admita esas reivindicaciones. Observaciones del Estado del 14 de julio de 1997, pág. 10 y 11.

64 Ley de la ICC, *supra*, párr. 70(n). Véase también las observaciones del Estado del 9 de setiembre de 1993, pág. 4.

tenía autoridad para remitir al juicio de la Corte de reivindicaciones toda “cuestión definida y diferenciada de derecho vinculada a la cual quisiera tener instrucciones para el debido pronunciamiento.”⁶⁵ Además, cualquiera de las partes tenía derecho a apelar un dictamen de la Comisión, sea definitivo o interlocutorio, ante la Corte de reivindicaciones, dentro de los tres meses a partir de la fecha del pronunciamiento. En esos casos, la Corte de reivindicaciones estaba facultada para determinar si las conclusiones de hecho de la ICC estaban fundadas en pruebas sustanciales y si las conclusiones de derecho eran válidas y respaldadas por las conclusiones de hecho de la Comisión.⁶⁶ Por último, las determinaciones en torno a cuestiones de derecho por la Corte de reivindicaciones en virtud de la Ley de la ICC estaban sujetas a revisión por la Corte Suprema de Estados Unidos.⁶⁷

110. Al concluir definitivamente la consideración de cada demanda, la ICC debía presentar un informe al Congreso. La presentación de este informe tenía efecto de sentencia definitiva de la Corte de reivindicaciones y la propia ley de la ICC establecía la autorización para el pago de esas sumas.⁶⁸

111. Por último, de acuerdo con el párrafo 70(u) de la Ley de la ICC, la determinación en torno a una demanda por la ICC libera para siempre a los Estados Unidos y proscribía toda otra demanda derivada de la materia que planteó la controversia.

112. La naturaleza y el alcance de la jurisdicción de la ICC fueron ampliadas mediante interpretaciones judiciales de la legislación de la ICC. En particular, se estableció en el caso de la Nación de indígenas Osage c. Estados Unidos⁶⁹ que la Ley de la ICC limitaba la reparación que podía ésta ordenar a la que fuera compensable en dinero y no incluía la recuperación de tierras en los casos en que ello pudiera ser viable.⁷⁰

113. La Comisión observa que, de acuerdo con la información que consta en autos, los articulistas han criticado a la ICC desde su creación y hasta su disolución, desde varios puntos de vista. Entre los temas de estas críticas cabe señalar el hecho de que la Ley de la ICC permitía que un indígena o un pequeño grupo de indígenas presentase una reivindicación en nombre de

65 Ley de la ICC, *supra*, párr. 70(s)(a).

66 *Ibid*, párr. 70(s)(b).

67 *Ibid*, párr. 70(s)(c).

68 *Ibid*, párr.(t), (u).

69 Nación de indígenas Osage c. Estados Unidos, 1 Ind. Cl. Comm.54 (1948), revisada con otros fundamentos, 119 Ct. Cl. 592 (1951), cert. denegada, 342 U.S. 89 (1951).

70 *Ibid*.

todo un grupo tribal sin requerir prueba de consentimiento de ese grupo, la inexistencia de normas que permitiesen la intervención de interesados en las actuaciones ante la ICC y la restricción de la jurisdicción de ésta a compensaciones únicamente monetarias, con lo que se proscribía la posibilidad de que los reclamantes recuperaran tierras.⁷¹

3. Antecedentes procesales de las reivindicaciones de tierras de los Western Shoshone y las Dann

114. Según lo considerado en el informe de la Comisión 88/99 sobre la admisibilidad de esta cuestión,⁷² los antecedentes procesales internos relacionados con las tierras ancestrales de los Western Shoshone y las reivindicaciones de las Dann a las mismas incluían un procedimiento ante la ICC iniciado por el grupo Temoak de los Western Shoshone y las apelaciones conexas ante la Corte de reivindicaciones, así como actuaciones separadas interpuestas por el gobierno de Estados Unidos contra las Dann ante los tribunales federales.

115. De acuerdo con información en poder de la Comisión, en 1951, el grupo Temoak, en nombre del “grupo identificable Western Shoshone” interpuso una demanda ante la ICC contra Estados Unidos en base a que éste había expropiado una vasta porción del territorio ancestral de los Western Shoshone en Nevada y California.⁷³ En la demanda se alegaba que ocasionalmente el gobierno federal había hecho caducar el título de los Western Shoshone por la vía de la confiscación.⁷⁴

116. En 1962, la ICC concluyó que la tribu Western Shoshone había mantenido el título aborígen por un total de 24.396.403 acres en Nevada y que el título de propiedad de la mayor parte de estas tierras había caducado a lo largo de un período no especificado por establecimiento gradual del gobierno federal y de terceros. En 1966, los demandantes Temoak y el gobierno acordaron estipular una fecha promedio de caducidad en el 1 de julio de 1872 para determinar el monto de la compensación adeudada y la ICC con-

71 Véase, por ejemplo, PETRA T. SHATTUCK Y JILL NORGREN, PARTIAL JUSTICE: FEDERAL INDIAN LAW IN A LIBERAL CONSTITUTIONAL SYSTEM, págs. 151 a 153; Caroline L. Orlando, *Aboriginal Title Claims in the Indian Claims Commission: Estados Unidos c. Dann y sus implicaciones para el debido proceso*, 13 ENVIR.AFF. 215, 241 (1986).

72 Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos, caso N° 11.140, Informe N° 99/99, Informe Anual de la CIDH 1999, pág. 286.

73 Tribu shoshone c. Estados Unidos, 11 I.C.C.87 (1962). Véase también Estados Unidos c. Dann, 706 F.2d 919 (1983).

74 Tribu shoshone c. Estados Unidos, 11 I.C.C.87 (1962).

vino con esa fecha.⁷⁵ Posteriormente, en 1977, la ICC concluyó la etapa de la compensación y otorgó a los Western Shoshone 26 millones de dólares de indemnización. Este dictamen se basó en el valor del bien en momentos de la alegada caducidad, de US\$ 0,10 a US\$ 0,15 por acre, sin intereses. En 1979, la Corte de reivindicaciones afirmó este dictamen en instancia de apelación.

117. Sin embargo, con anterioridad, en 1974, un grupo de los Western Shoshone que incluía a las Dann pretendió intervenir en el proceso de la ICC para retirar del proceso pendiente una porción de 24 millones de acres de propiedad Western Shoshone. Esto incluía las tierras que fueron materia de una acción separada por invasión por parte de Estados Unidos contra las Dann en los tribunales federales. Los intervinientes argumentaban que toda tierra sobre la que reclamaran un título aborigen, incluidas las tierras que continuaban ocupando y utilizando, debía ser excluida del dictamen de la compensación definitiva. La ICC rechazó la intervención y ese pronunciamiento fue confirmado por la Corte de reivindicaciones, que consideró que el intento de intervenir constituía una discrepancia intra-tribal en torno a la estrategia adecuada para el litigio.⁷⁶

118. En 1975 y 1976, el grupo Temoak despidió a su abogado y adoptó una posición similar a la de las Dann, a saber, que el título aborigen a las tierras en cuestión nunca había caducado y que el abogado anterior del grupo no les había presentado la opción de incluir todas las tierras ancestrales en la demanda o afirmar que el título de propiedad por una porción de tierras no había caducado. En consecuencia, intentaron suspender las actuaciones ante la ICC y ante la Corte de reivindicaciones para seguir adelante la acción en torno a esta materia. Sin embargo, la ICC desestimó la suspensión y se pronunció definitivamente, y la Corte de reivindicaciones afirmó el dictamen de la ICC sobre la base de que ya era tarde para que el grupo Temoak modificara su estrategia de litigio.⁷⁷

119. En diciembre de 1979, el alguacil de la ICC certificó el laudo de la Comisión a la Oficina de la Contaduría General de la Nación, que automáticamente asignó el monto de la compensación y lo depositó en favor de la tribu en una cuenta fiduciaria que generaba interés, en el Tesoro de Estados Unidos. De acuerdo con la información más reciente a disposición de la Comisión, esta compensación aún no se ha hecho efectiva, aunque a mediados de 2000

75 Tribu shoshone c. Estados Unidos, I.C.C., 413-14, 416; Grupo temoak c. Estados Unidos, 593 F.2d, 996.

76 Asociación de defensa legal y educación Western Shoshone c. Estados Unidos, 531 F.2d 495 (Ct. Cl. 1976), cert.denegada, 429 U.S. 885 (1976). Véase también Estados Unidos c. Dann, 706 F.2d 919 (1983), 922-923.

77 Grupo temoak c. Estados Unidos, 593 F.2d, 996-999 (Ct.Cl.).

se presentó un proyecto de ley ante el Congreso para autorizar al Secretario del Interior a efectuar una distribución per cápita de los fondos.

120. Fuera del proceso ante la ICC, en 1974, Estados Unidos interpuso una acción por invasión ante los tribunales federales contra las Dann, en relación con el pastoreo que realizaban las Dann de su ganado sin un permiso, en la región nororiental de Nevada. En respuesta a esta acción, las Dann argumentaron que la tierra había estado en su posesión y en posesión de sus ancestros desde tiempo inmemorial y que su título aborígen de propiedad impedía que el Estado requiriese permiso de pastoreo.

121. La Corte de Distrito de Estados Unidos desestimó el argumento de las Dann sobre la base de que el título aborígen de las Dann sobre la propiedad había caducado por un proceso colateral ante la ICC y que Estados Unidos había adquirido los 22 millones de acres de las tierras Western Shoshone a través del efecto de una orden de suspensión (estoppel) por sentencia de la ICC de 1962.⁷⁸ En instancia de apelación, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito revirtió la decisión del Tribunal de Distrito y devolvió la materia sobre la base de que la cuestión de la caducidad no había sido litigada ni decidida en el proceso de la ICC.⁷⁹ Tras la devolución, la Corte de Distrito sostuvo en 1980 que el título aborígen por las tierras en cuestión había caducado cuando se certificó para el pago la compensación definitiva de la ICC,⁸⁰ y en nueva instancia de apelación, el Noveno Circuito, en sentencia de 1983, volvió a revertir el dictamen de la Corte de Distrito, reiterando su pronunciamiento previo de que el grupo Dann no estaba impedido de esgrimir su título aborígen como defensa puesto que la cuestión de la caducidad del título no había sido realmente litigada ante la ICC.⁸¹ Además, el Tribunal sostuvo que el título de los Western Shoshone nunca había caducado por aplicación previa de la legislación sobre tierras públicas ni por la creación de una reserva Western Shoshone, puesto que, a juicio del Tribunal, estas acciones no establecen un claro indicio de intención parlamentaria de hacer caducar el título aborígen.⁸²

122. En nueva revisión por la Suprema Corte de Estados Unidos, la decisión del Noveno Circuito fue revertida sobre la base de que el “pago” de la compensación podía entenderse había ocurrido cuando los fondos fueron

78 Estados Unidos c. Dann (Dann I), 572 F.2d, 23.

79 Estados Unidos c. Dann, 572 F.2d 222, 226 (9ºCir.1978).

80 Estados Unidos c. Dann II), 706 F.2d, 923.

81 Estados Unidos c. Dann, 706 F.2d 919 (9ºCir.1983).

82 *Ibid*, 929-31.

asignados al Tesoro de Estados Unidos y así se habían descargado todas las reivindicaciones y demandas que involucraba la reivindicación de tierras de los Western Shoshone. Sobre esta base, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó que las Dann estaban impedidas de esgrimir el título aborigen como defensa ante la acción de Estados Unidos por invasión.⁸³

123. La materia fue nuevamente devuelta a la Corte de Distrito y en nueva instancia de apelación en el Noveno Circuito, fue finalmente decidido por el Tribunal que la conclusión de la Corte Suprema de Estados Unidos de exclusión era decisiva para excluir la cuestión del título aborigen colectivamente y, en consecuencia, aceptó la determinación de la ICC del 1 de julio de 1872 como fecha adecuada para la caducidad de los derechos de los Western Shoshone a las tierras. En su conclusión, la Corte declaró:

Es verdad que en los hechos no se impugnó la expropiación ... pero el pago de la compensación establece de manera concluyente que existió la expropiación. A estar al litigio de las reivindicaciones, sólo podemos llegar a la conclusión de que la expropiación se produjo en los últimos años del siglo XIX.⁸⁴ [énfasis del autor].

C. Los principios de derechos humanos de los indígenas y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos

124. Como se indicó anteriormente, al considerar las denuncias de violaciones de la Declaración Americana, es necesario que la Comisión considere dichas denuncias en el contexto de la evolución de las normas y principios del derecho en materia de derechos humanos en las Américas y en la comunidad internacional en el sentido más amplio, reflejada en los tratados, las costumbres y otras fuentes del derecho internacional. De acuerdo con este criterio, para determinar en torno a las reivindicaciones que tiene ante sí, la Comisión considera que este cuerpo más amplio del derecho internacional incluye la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas. Como se indica en el análisis que figura a continuación, estas normas y principios abarcan distintos aspectos de derechos humanos relacionados con la propiedad, el uso y la ocupación por comunidades indígenas de sus tierras tradicionales. Aspectos de esta naturaleza a su vez controvierten la afirmación del Estado de que la reivindicación de las Dann hace referencia únicamente a disputas por el título de las tierras y el uso de las tierras, y no implica aspectos de derechos humanos.

83 Estados Unidos c. Dann, 470 U.S. 36.

84 Estados Unidos c. Dann, 873 F.2d 1189, 1199 (9° Cir. 1989).

125. En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas.⁸⁵ Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas.

126. Por su parte, la Comisión, desde su creación en 1959, ha reconocido y fomentado el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en este continente. En la resolución de la Comisión de 1972 sobre el problema de la “Protección especial de las poblaciones indígenas. Medidas para combatir el racismo y la discriminación racial”, la Comisión proclamó que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados”.⁸⁶ Este concepto de protección especial ha sido desde entonces considerado en numerosos países y en informes individuales aprobados por la Comisión y, como se indicará más adelante, ha sido reconocido y aplicado en el contexto de numerosos derechos y libertades enmarcados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la protección judicial y a un juicio imparcial y el derecho a la propiedad.⁸⁷

127. En reconocimiento de las protecciones particulares en el contexto de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, y para darles efecto, la Comisión ha procedido paralelamente con la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos en términos más amplios. Medidas especiales para garantizar los derechos humanos de los indígenas han sido

85 Véase CIDH, Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. 108, Doc. 62 (20 de octubre de 2000), págs. 21 a 25.

86 Véase CIDH, Caso Yanomami, Informe 12/85, Informe Anual de la CIDH, párr. 8.

87 Véase, por ejemplo, Caso Yanomani, *supra*, CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos de un segmento de la población nicaragüense de origen miskito, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 rev.3 (29 de noviembre de 1983); CIDH, Segundo y Tercero Informes sobre la situación de derechos humanos en Colombia, 1993, 1999; Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la CIDH, 95º Período ordinario de sesiones, 26 de febrero de 1997, Informe Anual de la CIDH 1997, Capítulo II.

reconocidas y aplicadas en otras esferas internacionales y nacionales, incluyendo, como instancia predominante, la Corte Interamericana Derechos Humanos,⁸⁸ la Organización Internacional del Trabajo,⁸⁹ las Naciones Unidas, a través del Comité de Derechos Humanos⁹⁰ el Comité para la erradicación de toda forma de discriminación,⁹¹ y los sistemas jurídicos internos de numerosos Estados.⁹²

128. Quizás sea más fundamental aún el hecho de que la Comisión y otras autoridades internacionales hayan reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los indígenas en el sentido de ser derechos que se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas.⁹³ Y este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la

88 Corte Interamericana Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001.

89 Véase, por ejemplo, el Convenio de la OIT (N°169) en relación con los pueblos indígenas y tribales de los países independientes.

90 Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comentario general 23, PIDCP, Artículo 27, ONU, Doc. HRI/GEN/Rev.1, 38 (1994), párr.7.

91 Véase, por ejemplo, CEFD Recomendación general XXIII(51) en relación con los pueblos indígenas (18 de agosto de 1997).

92 Por una compilación de la legislación nacional que rige los derechos de los pueblos indígenas en numerosos Estados miembro de la OEA, Véase CIDH, Autoridades y Precedentes en el Derecho Internacional y Nacional para el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, OEA/Ser.L/V/II.110 Doc.22 (1 de marzo de 2001).

93 Véase CIDH, Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas 2000, OEA/Ser.L/V/II/108, Doc. 62 (20 de octubre de 2000), pág. 125. Caso Yanomami, *supra* (en el que se reconocen los derechos colectivos del pueblo yanomami del Brasil a la delimitación y demarcación del territorio yanomami y se recomendó que el gobierno brasilero adopte medidas para enmarcar esas tierras conjuntamente con medidas de carácter colectivo en relación con la educación, la salud y la integración social del pueblo yanomami. Véase también Convenio de la OIT (N°169), *supra*, Art. 13 (donde se dispone que la aplicación de las disposiciones de esta parte del Convenio regirá todos los aspectos de importancia especial para las culturas y valores espirituales de los pueblos afectados, de su relación con las tierras o territorios, o de ambos, según corresponda, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esta relación”).

reproducción cultural y social del grupo.⁹⁴ La Corte Interamericana Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁹⁵

129. La evolución de estos principios en el sistema interamericano ha culminado en la redacción del Artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas,⁹⁶ que dispone la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y el derecho a la tierra, los territorios y los recursos. Si bien esta disposición, al igual que el resto del Proyecto de Declaración, aún no ha sido aprobado por la Asamblea General de la OEA y, por tanto, no tiene de por sí el efecto de una declaración definitiva, la Comisión considera que los principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones de la Declaración, incluidos los aspectos del Artículo XVIII, reflejan principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo, y en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas.

130. Con particular relevancia para el caso presente, la Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;⁹⁷

94 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA.Ser.L./V/II.96.Doc.10 rev 1, 24 de abril de 1997, pág. 115.

95 Caso *Awas Tingni*, *supra*, párr. 149.

96 Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, *supra*, preparada de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 1022/89 del 18 de noviembre de 1989, párr. 13. Por un panorama histórico de la evolución del Proyecto de Declaración, véase CIDH, Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, 2000, *supra*, págs. 4 a 6.

97 Véase, por ejemplo, el Proyecto de Declaración indígena interamericana, *supra*, Art. XVIII(1); CIDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador (1977) (donde se observa que para los pueblos indígenas la “continuada utilización de sistemas tradicionales para el control y el uso del territorio son esenciales para su supervivencia, así como para su bienestar individual y colectivo.” A este respecto, el Artículo 27 del PIDCP, instrumento del que Estados Unidos es parte, protege el derecho de las personas que pertenecen a “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas...en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.” En su Comentario General 23 sobre el Artículo 27 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU observó que “la

- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente;⁹⁸ y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien.⁹⁹ Esto también

cultura se manifiesta en numerosas formas, incluyendo una forma particular de vida vinculada al uso de los recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”. De acuerdo con el Comité, la garantía de los derechos culturales de un pueblo indígena puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. PIDCP, Comentario general 23, *supra*, párr.7. Véase, análogamente, Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Ominayak c. Canadá*, 26 de marzo de 1990 (donde se concluye que Canadá es responsable de la violación del Artículo 27 del PIDCP en base a las inequidades históricas que sufrieron los nativos de Lubicon Lake en Alberta septentrional y de la expropiación por el gobierno provisional del territorio del grupo indígena Lubicon Lake en beneficio de intereses empresariales privados).

El Comité de la ONU para la Eliminación de todas las formas de Racismo ha reconocido análogamente que los derechos de los pueblos indígenas a las tierras son únicos y comprenden una tradición e identificación cultural de los pueblos indígenas con sus tierras que ha sido generalmente reconocida, decisión de CERD 2(54) sobre Australia, párr.4. En esta decisión, el Comité criticó las enmiendas a la Ley de Títulos Nativos de Australia, por ser incompatible con las obligaciones de ese país en virtud de la Convención sobre la raza, particularmente sus Artículos 2 y 5, debido en parte a la inclusión de disposiciones que derogan o dificultan el ejercicio de los derechos e intereses de los títulos indígenas a fin de crear una certeza legal para gobiernos y terceros a expensas del título indígena. El Art. 5(c) de la Convención sobre la raza en particular reclama que los Estados partes reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, desarrollar, controlar y usar sus tierras, territorios y recursos comunales.

- 98 Véase Proyecto de Declaración indígena interamericana, *supra*, Art. XVIII(2). Véase análogamente CERD Recomendación general XXXIII(51) en relación con los pueblos indígenas (18 de agosto de 1997) (en la que se exhorta a los Estados parte de la Convención contra el racismo a “reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales.”); Convenio de la OIT (N°169), *supra*, Art. 14(1) (donde se dispone que “ deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”); Art. 15(1) (donde se establece que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”).
- 99 Véase Proyecto de Declaración interamericana sobre los pueblos indígenas, *supra*, Art. XVIII(3) (i), (ii). Véase análogamente PIDCP, Comentario general 23, *supra*, párr.7 (donde se reconoce el goce de los derechos culturales, incluyendo los vinculados al uso de los recursos terrestres, “que pueden requerir medidas jurídicas positivas para garantizar la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en decisiones que los afectan subrayando la importancia”; CERD Recomendación general XXIII (51), *supra* (donde se exhorta a los Estados a devolver las tierras y territorios indígenas tradicionalmente de su propiedad o habitados por ellos o usados por ellos por otros medios cuando hayan sido privados de esas tierras y territorios sin su libre e informado consentimiento); Convenio de la OIT N°169 *supra*, Art. 15(2) (donde se dispone que:

implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.¹⁰⁰

131. Sobre la base de este análisis, la Comisión opina que las disposiciones de la Declaración Americana deben interpretarse y aplicarse en el contexto de los peticionarios indígenas con debida consideración de los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.¹⁰¹ Disposiciones particularmente pertinentes de la Declaración a este respecto son el Artículo II (derecho a la igualdad ante la ley), el Artículo XVIII (derecho a un juicio justo) y el Artículo XXIII (derecho a la propiedad). Como se indicó, este criterio incluye la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación. La Comisión desea subrayar que, al interpretar la Declaración Americana en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que “es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.”

“en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”).

En esta conexión, la Corte Interamericana Derechos Humanos ha pronunciado sobre la obligación de los Estados debajo el artículo 21 (Derecho a la propiedad privada) de proveer un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar u titular las tierras comunales indígenas. Véase Caso *Awas Tingni*, *supra*, párr. 134-139.

100 Véase análogamente Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.21(2) (donde se dispone que “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”).

101 La Corte Interamericana Derechos Humanos ha aplicado del mismo modo una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos con respecto al derecho a la propiedad privada amparado en el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de proteger a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. Caso *Awas Tingni*, *supra*, párr. 148, 149.

132. Por lo tanto, la Comisión interpretará y aplicará las disposiciones de la Declaración Americana a las denuncias de los peticionarios de violación de la misma a la luz de los principios mencionados.

D. Aplicación de las normas y principios internacionales de derechos humanos a las circunstancias de Mary y Carrie Dann

133. Entre las disposiciones de la Declaración Americana que se alega han sido violadas por el Estado en el caso presente se mencionan los Artículos II, XVIII y XXIII, que establecen lo siguiente:

Artículo II. Derecho a la igualdad ante la ley

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Artículo XVIII. Derecho a un juicio justo

Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo XXIII. Derecho a la propiedad

Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

134. Como se señaló, la Comisión ha aceptado, sobre la base de las observaciones de las partes, que los Western Shoshone son un pueblo indígena que ha sido reconocido como propietario, usuario y ocupante de las tierras ancestrales Western Shoshone en cierta época. Además, las hermanas Dann han sido aceptadas como miembros del pueblo Western Shoshone. En consecuencia, sus reivindicaciones en el presente caso, relacionadas como lo están con sus posibles intereses en las tierras ancestrales Western Shoshone, deben ser determinadas en el contexto de los principios indicados del derecho en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

135. En el contexto de la historia procesal del caso de las Dann que se ha descrito anteriormente, dos cuestiones de hecho de particular significado para las materias planteadas en este caso parecen ser objeto de argumentaciones

encontradas de las partes y exigen una determinación de la Comisión en base a los antecedentes que tuvo ante sí.

136. En primer lugar, los peticionarios sostienen que las Dann no autorizaron la reivindicación ante la ICC entablada por el grupo Temoak ante dicho órgano ni participaron en ella, y que cuando ellas y otros grupos posteriormente procuraron intervenir en el proceso, no lo lograron. El Estado sostiene, por su parte, que a lo largo de las actuaciones ante la ICC los Western Shoshone fueron plenamente informados a través de reuniones periódicas mantenidas con miembros de la tribu. Las únicas de esas reuniones específicamente referidas por el Estado, sin embargo, fueron las reuniones convocadas por el abogado del grupo Temoak en 1965, 14 años después de iniciadas las actuaciones ante la ICC y tres años después de que la ICC se pronunciara sobre la caducidad. En ausencia de pruebas en contrario, la Comisión acepta que las Dann no tuvieron un papel pleno y efectivo en la selección, autorización o instrucción de los reclamantes Western Shoshone en el proceso ante la ICC.

137. Además, parecería existir cierto conflicto entre las posiciones de las partes en cuanto a si la persistencia del título Western Shoshone al total o a parte de su territorio ancestral fue objeto de litigio y dictamen por parte de la ICC. Sobre la base de los antecedentes que tuvo ante sí, la Comisión llega a la conclusión de que el dictamen en cuanto a si el título Western Shoshone ha caducado y en qué medida ha caducado no se basó en una evaluación judicial de las pruebas pertinentes, sino que se basó en estipulaciones aparentemente arbitrarias entre el gobierno de Estados Unidos y el grupo temoak en relación con el alcance y la fecha de la pérdida del título indígena a la totalidad de las tierras ancestrales Western Shoshone. Para llegar a su conclusión, la Comisión ha considerado en particular la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos de 1983 para el Noveno Circuito como instancia judicial superior que revisó la sustancia del dictamen de “caducidad” emitido por la ICC respecto del título Western Shoshone, en el cual esa Corte llegó a la conclusión, en base a pruebas disponibles, de que el título Western Shoshone no había caducado.¹⁰²

102 Estados Unidos c. Dann, 706 F.2d 919 (9° Cir., 1983), revisado en base a otros fundamentos 470 U.S. 39 (1985) (donde se llega a la conclusión, respecto a la sentencia de caducidad de la ICC que “la caducidad no fue negada por el gobierno y el hecho de la expropiación nunca fue en realidad objeto de litigio. Dado que se estipuló una “fecha de expropiación” promedio, la Comisión no determinó los hechos de la expropiación correspondientes a ninguna parcela determinada de las vastas tierras aborígenes de los Western Shoshone” y se mantiene la decisión del Tribunal de Distrito respecto de las tierras reclamadas por las Dann de que “el título aborígen no había caducado como materia de derecho por aplicación de leyes sobre tierras públicas, por creación de la reserva de Duck Valley ni por la inclusión de las tierras en disputa en un distrito de pastoreo y el otorgamiento de un permiso de pastoreo de acuerdo con la Ley de pastoreo de Taylor”).

138. Al evaluar las reclamaciones de los peticionarios a la luz de estas conclusiones probatorias, la Comisión primero desea reconocer expresamente que el Estado, a través de la evolución e implementación del proceso de la ICC ha adoptado medidas sustanciales para reconocer y tener en cuenta las privaciones históricas sufridas por las comunidades indígenas que viven dentro de los Estados Unidos y encomia al Estado por esta iniciativa. Como lo han reconocido los peticionarios y el Estado, este proceso ofrece una solución más eficiente a la prohibición de inmunidad soberana de reivindicaciones de tierras indígenas en el marco del derecho estadounidense y extiende a las comunidades indígenas ciertos beneficios en relación con reivindicaciones de sus tierras ancestrales que no están al alcance de otros ciudadanos, como lo son la ampliación de los plazos para las reivindicaciones.

139. Sin embargo, al evaluar estos procesos en los hechos, conforme derivan de los antecedentes en este caso, la Comisión llegó a la conclusión de que estos procesos no fueron suficientes para cumplir con las normas, principios y patrones internacionales contemporáneos de derechos humanos que rigen la determinación de los intereses de propiedad de los indígenas.

140. La Comisión considera, primero, que los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente. Sin embargo, en el caso de las Dann, los antecedentes indican que la reivindicación de tierras fue iniciada por un grupo del pueblo Western Shoshone sin un mandato claro de los demás grupos o miembros de ese pueblo. Tampoco existen pruebas que consten en autos de que se mantuvieran consultas adecuadas entre los Western Shoshone en momentos en que se pronunciaban dictámenes sustanciales. Éste incluido particularmente el pronunciamiento de la ICC en cuanto a que la totalidad de los intereses Western Shoshone en sus tierras ancestrales –intereses que afectan a las Dann– habían caducado en cierta fecha pasada.

141. Por el contrario, pese al hecho de que, en momentos de la solicitud de las Dann para intervenir, quedó claro que los intereses colectivos en el territorio Western Shoshone podrían no haberse satisfecho debidamente con los procedimientos iniciados por el grupo Temoak, los tribunales en última instancia no tomaron medida alguna para abordar la sustancia de estas ob-

jeciones, sino que las desestimaron en base a la celeridad de los procesos de la ICC. A juicio de la Comisión y del contexto del caso presente, esto no fue suficiente para que el Estado cumpliera su obligación particular de garantizar que la condición de las tierras tradicionales Western Shoshone se determinara a través de un proceso de consentimiento informado y mutuo de parte del pueblo Western Shoshone en su totalidad.

142. La insuficiencia de este proceso se ve agravada por el hecho de que, según las pruebas, la cuestión de la caducidad no fue objeto de litigio con anterioridad ni fue dictaminada por la ICC, por cuanto ésta no realizó una revisión independiente de las pruebas históricas o de otro tipo para determinar como cuestión de hecho si los Western Shoshone reclamaban en forma pertinente el título a la totalidad o parte de las tierras tradicionales. Por el contrario, el pronunciamiento de la ICC se basó en un acuerdo entre el Estado y los presuntos representantes de los Western Shoshone en cuanto al alcance y fecha de la caducidad. A la luz de las afirmaciones de las Dann de que continúan ocupando y utilizando por lo menos parte de las tierras ancestrales Western Shoshone y teniendo en cuenta las conclusiones del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito en cuanto a los méritos del dictamen de la ICC sobre la caducidad, no puede decirse que las reivindicaciones de las Dann a los derechos de propiedad por las tierras ancestrales de los Western Shoshone fueron determinadas a través de un proceso efectivo e imparcial, en cumplimiento de las normas y principios que informan los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana.

143. Además, la Comisión llega a la conclusión de que, en la medida en que el Estado se ha reafirmado en contra del título de las Dann a la propiedad en cuestión en base a las actuaciones de la ICC, no se otorgó a las Dann el derecho a la igual protección de la ley consagrado en el Artículo II de la Declaración Americana. El concepto de igualdad ante la ley establecido en la Declaración se vincula a la aplicación de derechos sustantivos y a la protección que se les debe dar en caso de actos del Estado o de otros.¹⁰³ Además, aunque el Artículo II no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidos, exige en esencia que toda distinción admisible se base en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, prestando atención a los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas y que los medios sean razonables y proporcionados al fin que se persigue.¹⁰⁴

103 Informe de Canadá, *supra*, párr. 96, donde se cita el “Proyecto de Declaración e informe adjunto”; CIDH Informe No. 51/96, Informe Anual de la CIDH 1996, pág. 550, párrs. 177 y 178.

104 Véase en general *Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de la Lingüística belga*, 23 de julio de 1968, Series A. No. 6, 1 E.H.R.R. 252, p.35, párr.10.

144. Los antecedentes ante la Comisión indican que, de acuerdo con el derecho común imperante en los Estados Unidos, incluida la Quinta Enmienda de la Constitución de ese país, la expropiación de bienes por el gobierno comúnmente exige un propósito público válido y el derecho de los propietarios a la notificación, una justa compensación y la revisión judicial.¹⁰⁵ Sin embargo, en el caso presente, la Comisión no puede llegar a la conclusión de que se han aplicado los mismos requisitos previos a las Dann respecto de la determinación de sus reivindicaciones de propiedad de las tierras ancestrales Western Shoshone, ni de que se ha establecido una justificación adecuada para la distinción de su tratamiento por el Estado. En particular, como se concluye anteriormente, todo derecho de propiedad que las Dann pudieran haber afirmado a las tierras ancestrales Western Shoshone fue considerado por la ICC “caduco” a través de actuaciones en las que las Dann no estuvieron efectivamente representadas, en las que las circunstancias de la presunta caducidad nunca fueron objeto real de litigio y en las que los méritos del dictamen no fueron objeto de revisión definitiva por la justicia. Y, si bien la ICC otorgó una compensación por esta caducidad, el valor de la misma fue calculado en base a una fecha de caducidad promedio que en autos no parece tener conexión alguna con la cuestión de determinar si, y en qué medida, el título Western Shoshone total o parcial a sus tierras tradicionales, incluidas las de las Dann, podría ya no tener vigencia. Además, la Comisión entiende que le monto de la compensación otorgada por el presunto establecimiento en tierras ancestrales Western Shoshone no incluía una compensación por los intereses desde la fecha de la presunta caducidad a la fecha de la decisión de la ICC, dejando a los Western Shoshone sin una compensación por el costo de la expropiación alegada de sus bienes durante ese período.

145. Todas estas circunstancias sugieren que no se otorgó a las Dann un tratamiento equitativo de acuerdo con la ley, respetando la determinación de sus intereses de propiedad por las tierras ancestrales Western Shoshone, en contravención del Artículo II de la Declaración. Si bien el Estado ha sugerido que la caducidad del título Western Shoshone se justificaba por la necesidad de estimular la colonización y el desarrollo agrícola del oeste de Estados Unidos, la Comisión no considera que esto pueda justificar la manera amplia en que el Estado ha pretendido hacer caducar los derechos indígenas, incluidos los de las Dann, en la totalidad del territorio Western Shoshone. En opinión de la Comisión, ello es especialmente evidente teniendo en cuenta las pruebas que evidencian que las Dann y otros Western

105 Véase, por ejemplo, Constitución de los Estados Unidos, Quinta Enmienda (donde se dispone en parte que “ni se expropiará bienes privados para uso público sin justa compensación.”); Ciudad de Cincinnati c. Vester, 281 U.S. 439 (1930).

Shoshone, por lo menos hasta hace poco, han seguido ocupando y usando las regiones del territorio que ahora el Estado reclama como propio.

V. Actuaciones posteriores al Informe nº 113/01

146. El 15 de octubre de 2001, la Comisión, conforme a lo dispuesto en el Artículo 43 de su Reglamento, adoptó el Informe No. 113/01, que contiene su análisis del expediente y sus conclusiones y recomendaciones sobre el asunto de autos.

147. El 19 de octubre de 2001 la Comisión transmitió al Estado el Informe No. 113/01, y le solicitó que diera a conocer, dentro de un plazo de dos meses, las medidas que hubiera adoptado para cumplir las recomendaciones contenidas en el informe, conforme a lo dispuesto en el Artículo 43(2) del Reglamento de la Comisión.

148. Por comunicación fechada el 17 de diciembre de 2001 y recibida por la Comisión el 19 de diciembre de 2001, el Estado entregó una respuesta a la solicitud de información de la Comisión; en ella rechazó en todos sus términos el informe de la Comisión y sostuvo que había respetado el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho al debido proceso y el derecho a la propiedad privada de Mary y Carrie Dann.

149. Antes de analizar estas objeciones en mayor detalle, la Comisión hace hincapié en que el objeto que se persigue al transmitir el informe preliminar sobre el fondo del asunto al Estado de que se trata conforme a lo dispuesto en el Artículo 43(2) del Reglamento de la Comisión consiste en recibir información acerca de las medidas que se hayan adoptado para cumplir las recomendaciones de la Comisión.¹⁰⁶ A esta altura del proceso, las partes han tenido plena oportunidad de exponer sus posiciones, han culminado las etapas procesales de admisibilidad y consideración del fondo del asunto, y la Comisión ha emitido su opinión. Por lo tanto, si bien un Estado puede presentar sus puntos de vista con respecto a las conclusiones de hecho y jurídicas a las que ha llegado la Comisión en su informe preliminar, no corresponde que el Estado, a esta altura, como lo ha hecho Estados Unidos en el caso de autos, reitere sus argumentos anteriores o exponga nuevos argumentos referentes a

106 El Artículo 43(2) del Reglamento de la Comisión dispone: "Si [la Comisión] establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto". [subrayado nuestro].

la admisibilidad o el fundamento de su posición ante la Comisión, ni que la Comisión considere cualquier presentación de este tipo antes de adoptar su informe final sobre el caso.

150. En vista de la importancia de las cuestiones jurídicas planteadas en este caso, sin embargo, y sin restar valor a las consideraciones de procedimiento fundamentales mencionadas con anterioridad, la Comisión ha decidido sintetizar y presentar observaciones sobre algunos aspectos de la respuesta del Estado. Estados Unidos formuló cuatro argumentos principales para rechazar las conclusiones y recomendaciones que contiene el informe de la Comisión. Primero, sostuvo que las denuncias de Mary y Carrie Dann referentes a la supuesta inobservancia del debido proceso en las actuaciones seguidas ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas habían sido objeto de litigios judiciales exhaustivos y justos ante la judicatura de los Estados Unidos y no deben ser reconsideradas por la Comisión. Segundo, sostuvo que la Comisión no es competente para evaluar procesos establecidos en el marco de la Ley de Reivindicaciones Indígenas de 1946, ley que fue sancionada antes de la ratificación, por parte de Estados Unidos, de la Carta de la OEA. Tercero, sostuvo que la Comisión incurrió en error al interpretar los principios de la Declaración Americana a la luz del Artículo XVIII del proyecto de la OEA de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, que no ha sido adoptada por los órganos políticos de la OEA. Finalmente, el Estado rechazó las conclusiones de la Comisión basándose en que la Declaración Americana no es un instrumento jurídicamente vinculante, por lo cual no puede ser violada por Estados Unidos.

151. Ampliando los argumentos expuestos en su respuesta, Estados Unidos formuló una reseña sobre la historia de los litigios seguidos ante los tribunales internos estadounidenses referentes a tierras de los Western Shoshone. Según el Estado, cabe mencionar, en especial, la acción entablada en 1951 en nombre de los Western Shoshone ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, a los efectos de obtener la indemnización de daños y perjuicios por la pérdida de títulos de propiedad aborígenes sobre las tierras de los estados occidentales de los Estados Unidos, incluidos Nevada y California. El Estado señala que ese litigio culminó en 1977, una vez que la Comisión de Reivindicaciones Indígenas concluyó que el valor de mercado de las tierras adquiridas a los Western Shoshone ascendía a US\$21.550.000,00, sobre la base de la fecha de valoración –1 de julio de 1872– estipulada por las partes. El Estado reconoció asimismo que la Asociación de Defensa Jurídica y Educación de los Western Shoshone, que patrocinó judicialmente a Mary y Carrie Dann, promovió la suspensión de las actuaciones ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas y presentó una reclamación modificada ten-

diente a excluir de la reivindicación las tierras sobre las cuales, a su juicio, los Western Shoshone aún tenían títulos de propiedad aborígenes. El Estado sostiene que la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, considerando esta disputa como “de carácter interno entre los Western Shoshone, con respecto a la estrategia de planteamiento del litigio”, rechazó el pedido, sentencia que fue ulteriormente confirmada en apelación por el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos y en última instancia por la Corte Suprema de ese país, que rechazó el recurso de avocación.

152. El Estado menciona también la acción por usurpación incoada por el Gobierno de los Estados Unidos contra Mary y Carrie Dann en 1974, en que se sostenía que dichas personas criaban ganado en ciertas tierras públicas de Nevada sin el permiso requerido por reglamentos promulgados por la Secretaría del Interior conforme a la Ley Taylor sobre Pastoreo (Ley Taylor). Estados Unidos señala, en especial, que en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el carácter definitivo, conforme a la Sección 22(a) de la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas de 1946, de la sentencia y adjudicación dictadas por la ICC en el litigio de los Western Shoshone impedía a las hermanas Dann seguir aduciendo títulos aborígenes, ya que la suma adjudicada había sido depositada en la cuenta de un fondo fiduciario en beneficio de los miembros de la tribu Western Shoshone. La Corte Suprema señaló también que sólo están excluidos de las actuaciones ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas los derechos aborígenes tribales, pero no individuales, aunque la Corte se rehusó a seguir ocupándose del tema del título individual de los aborígenes, ya que no había sido considerado ante los tribunales inferiores. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito se pronunció estableciendo que las hermanas Dann podrían aducir un título individual en cuanto aborígenes como defensa frente a la acción de usurpación en la medida en que esos derechos hubieran sido adquiridos antes de que las tierras en cuestión hubieran sido excluidas de la legislación sobre pastoreo público de ganado, en 1934, y hubieran ejercido continuamente esos derechos desde entonces. No obstante, las hermanas Dann ulteriormente renunciaron a su reivindicación de títulos aborígenes individuales como excepción contra la acción de usurpación, por lo cual las cortes federales estadounidenses les ordenaron que cumplieran las normas de los Estados Unidos sobre pastoreo.

153. Al disputar las conclusiones contenidas en el informe de la Comisión, el Estado sostiene, en primer lugar, que la Comisión violó la norma procesal de la “cuarta instancia” al aducir argumentos idénticos a los que habían sido objeto de sentencia, examinados y rechazados por las cortes federales en el litigio arriba mencionado conforme a la legislación federal de los Estados

Unidos y, a juicio del Estado, las disposiciones del Derecho Internacional, contemporáneos o no.

154. A este respecto el Estado identifica como “error fundamental”, que viaría enteramente el pronunciamiento de la Comisión, su supuesto de hecho de que la reivindicación de las tierras en cuestión, en el litigio seguido ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, representara una conjunción de reclamaciones individuales y no una reclamación tribal colectiva de los Western Shoshone. El Estado sostiene que la reclamación seguida ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas representaba, en realidad, una reclamación tribal colectiva referente a todas las tierras tribales comunales, y no una agregación de reclamaciones individuales conexas, característica reconocida por el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos y por el “principio firmemente establecido”, conforme a la legislación estadounidense, de que las tribus, y no las personas individuales, son las titulares de la autoridad sobre las tierras tribales comunales. En consecuencia, las hermanas Dann no estaban legitimadas para comparecer individualmente en las actuaciones referentes a las Reivindicaciones sobre Tierras Indígenas.

155. El Estado sostiene también que la Comisión cometió un error de hecho fundamental al concluir que a la fecha de la solicitud de intervención formulada por las hermanas Dann, el interés colectivo en el territorio de los Western Shoshone no fue promovido adecuadamente a través de los procedimientos seguidos por la Banda Temoak. El Estado sostiene, por el contrario, que el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos concluyó, correctamente, que la Banda Temoak era la legítima representante de la totalidad de la tribu Western Shoshone, y que las alegaciones de fraude y colusión formuladas por las hermanas Dann y otros peticionarios contra dicha banda, eran infundadas. El Estado señala, en especial, que el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos consideró la disputa formulada por las hermanas Dann y otros peticionarios, en su solicitud de intervención, como una disputa “acerca de la estrategia que más convenía aplicar en el litigio de autos”. El Estado señala a este respecto que el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos sostuvo también que durante la fase de los procedimientos seguidos ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas se había realizado una evaluación judicial de las pruebas pertinentes referentes a la cuestión de la extinción del título de los Western Shoshone, en virtud de la cual la Comisión de Reivindicaciones Indígenas llegó a su propia conclusión de que las tierras de los Western Shoshone estaban en manos de entidades Shoshone independientes, y que el título de los indígenas sobre las tierras en cuestión se había extinguido en virtud de la usurpación cometida. El Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos consideró,

en especial, que es apropiado que las partes convengan en estipular que las tierras de Nevada se avalúen al 1 de julio de 1872, sin necesidad de seguir un “engorroso” juicio adicional con respecto a las fechas de traslación del dominio de cada una de las parcelas respectivas.

156. Sobre la base de esas conclusiones del Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos, el Estado sostiene que la Comisión padeció error al llegar a la conclusión de que la banda Temoak no había servido adecuadamente los intereses de los Western Shoshone, pero que los tribunales estadounidenses habían examinado exhaustivamente esta cuestión y habían llegado a la conclusión acertada de que la Banda Temoak era la legítima representante de los Western Shoshone, y habían promovido judicialmente en forma completa su reclamación.

157. Otro error de hecho que, según los Estados Unidos, cometió la Comisión, se refleja en su conclusión de que las hermanas Dann no conocían plenamente la estrategia procesal que había aplicado para el litigio la entidad orgánica del grupo de los Western Shoshone. El Estado menciona, a este respecto, una sentencia del Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos de que las hermanas Dann tenían conocimiento, desde hacía muy largo tiempo, de la posición con respecto a las tierras de Nevada adoptada ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas por la Banda Temoak y su abogado patrocinador. El Estado menciona también considerandos de la misma sentencia del Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos, según los cuales el abogado de la Banda Temoak informó que las reuniones del Consejo General de los Western Shoshone tuvieron lugar en 1947, tres años antes de que se incoara la acción ante la ICC; en 1959, tres años antes de que la ICC dictara su sentencia sobre extinción del derecho, y en 1965, cinco años antes de que la ICC dictara su sentencia de condena al pago de US\$26.154.600 a los Western Shoshone, y por lo tanto señala que la Comisión padeció error al concluir que no existían en el expediente pruebas de que se hubieran celebrado apropiadas consultas dentro de la tribu Western Shoshone con respecto a la fecha en que se hubieran adoptado determinadas conclusiones significativas.

158. Además, el Estado cuestiona la conclusión de la Comisión de que los tribunales estadounidenses no hubieran adoptado las medidas necesarias para abordar los aspectos sustanciales de la solicitud de intervención de las hermanas Dann, sino que las desecharon sobre la base del carácter sumario de las actuaciones ante la ICC. El Estado se apoya, a este respecto, en el hecho de que el Tribunal de Reivindicaciones de los Estados Unidos no hizo lugar a la solicitud de intervención basándose en la “injustificada tardanza de la solicitud de intervención” que tuvo lugar 23 años después de que se

iniciara el litigio. Por lo tanto el Estado sostiene que a la luz de la conclusión del Tribunal de Reivindicaciones de que no se justificó adecuadamente la prolongada demora, sumado al hecho de que cualquier otro litigante ante tribunales federales estadounidenses habría estado sujeto a requisitos procesales equivalentes referentes a cumplimiento de plazos, ni la decisión procesal de los tribunales de los Estados Unidos ni el efecto preclusivo que el Congreso ha atribuido a la sentencia de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas violan el debido proceso. Por lo tanto el Estado sostiene que los procesos aplicados en el litigio seguido ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas de los Western Shoshone brindaron las garantías del debido proceso requeridas por la Constitución estadounidense y que se reflejan en la Declaración Americana, y de hecho brindó a las interesadas la oportunidad de llevar adelante sus reclamaciones en condiciones aún más favorables que las que habrían estado a disposición de una persona no indígena que pretendiera ser indemnizada por la usurpación de sus tierras, lo que fue reconocido en parte por la Comisión.

159. En su respuesta al informe de la Comisión, Estados Unidos sostuvo también que los procesos entablados en el marco de la Ley de Reivindicaciones Indígenas de 1946 no violaron las normas contemporáneas del Derecho Internacional. El Estado sostiene, en primer lugar, que la Comisión carecía de competencia en relación con hechos que obedecieron exclusivamente a la sanción de la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, ya que esa ley sólo reconocía la competencia de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas en relación con reclamaciones emanadas de la usurpación de tierras aborígenes antes del 13 de agosto de 1946, en tanto que Estados Unidos ratificó la Carta de la OEA después de promulgada la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas fuera promulgada, el 13 de agosto de 1946.

160. El Estado aduce asimismo que evaluar los procesos entablados en el marco de la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas de 1946 a la luz de las normas internacionales contemporáneas representa una inadmisibles aplicación intertemporal de la ley, ya que “no es admisible introducir en la evaluación jurídica de una situación preexistente, o de un antiguo tratado, doctrinas de derecho modernas, que no existían ni eran aceptadas a la fecha, y que emanaron exclusivamente del desarrollo o la evolución posteriores del derecho internacional”¹⁰⁷. A juicio del Estado, la Comisión violó el principio

107 Respuesta del Estado fechada el 17 de diciembre de 2001, página 13, *en que se cita* Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, XXX BRIT. Y. B. INT'L L. 5 (1953); H. Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1960–1989*, LX BRIT. Y. B. INT'L L. 1, 128–9 (1989); *The South West Africa Cases*, I.C.J. Rep. 4, 23 (1966).

de intertemporalidad del derecho, porque las actuaciones sobre Reivindicaciones Indígenas referentes a los Western Shoshone culminaron en 1977 y la propia Comisión de Reivindicaciones Indígenas fue disuelta el 30 de septiembre de 1978.

161. La segunda objeción del Estado al enfoque jurídico de la Comisión consiste en impugnar la conclusión de la Comisión de que determinados aspectos del Artículo XVIII del proyecto de la OEA sobre Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas reflejan principios generales de Derecho Internacional que emanan del sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo, y que por lo tanto podrían servir de base para interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas. Como respaldo de su posición, según la cual el Artículo XVIII del proyecto de Declaración no refleja principios generales de Derecho Internacional, el Estado menciona el dictamen de 1999 del Comité Jurídico Interamericano, de que “el Derecho Internacional no reconoce el derecho de propiedad individual de los indígenas y el uso de tierras conforme a lo definido en ese artículo”¹⁰⁸, y objeta el hecho de que la Comisión no se esfuerza por reconciliar su posición con la del Comité Jurídico Interamericano.

162. El Estado se basa también en su propia opinión, anteriormente expresada, y en la de otros Estados miembros de la OEA, según las cuales el borrador del Artículo XVIII no refleja principios generales de Derecho Internacional¹⁰⁹. Por lo tanto el Estado rechaza lo que describe como aplicación de normas sustanciales que pueden o no aparecer en un instrumento vinculante, aún no convenido por los Estados miembros de la OEA, a procesos establecidos por Estados Unidos en 1946. El Estado añade que no es pertinente analizar la cuestión de si Estados Unidos violó o no normas generales de Derecho Internacional, ya que la Comisión no es un tribunal internacional, y además objeta que los tratados mencionados por la Comisión, incluido el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la

108 Respuesta del Estado fechada el 17 de diciembre de 2001, página 14, en que se citan las Observaciones y Recomendaciones del Comité Jurídico Interamericano sobre el “proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas”, documento de la OEA RECIDIN/INF.1/99 (29 de enero de 1999).

109 Respuesta del Estado fechada el 17 de diciembre de 2001, página 14, en que se citan las Observaciones y Recomendaciones de los Estados Unidos, 16 de diciembre de 1997, documento de la OEA RECIDIN/INF.7/99; Observaciones y Recomendaciones de Guatemala sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, documento de la OEA RECIDIN/INF.8/99; Observaciones y Recomendaciones de Canadá sobre el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, documento de la OEA RECIDIN/INF.5/99; Observaciones y Recomendaciones de México sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, documento de la OEA. RECIDIN/INF.9/99.

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, no obligan a los Estados Unidos en relación con la situación en disputa, ya que fueron ratificados mucho después de que culminara el litigio en cuestión.

163. La Comisión debe formular las siguientes breves observaciones en relación con las objeciones del Estado a las conclusiones y recomendaciones contenidas en el informe preliminar sobre el fondo del asunto dado a conocer por la Comisión en relación con el caso de autos. Comenzando por la objeción final del Estado referente a la situación jurídica de la Declaración Americana, el Estado sostiene que la Comisión cometió un error al concluir que Estados Unidos violó disposiciones de la Declaración Americana, ya que la competencia de la Comisión, tal como la definen la enmienda de 1967 de la Carta de la OEA y el Estatuto de la Comisión Interamericana de 1979 aprobado por Resolución No. 447 de la OEA de octubre de 1979, “no convierte a un documento no vinculante, como la Declaración Americana, en un tratado que pueda considerarse jurídicamente vinculante para Estados Unidos”¹¹⁰. En las observaciones del Estado no se tienen en cuenta, sin embargo, la jurisprudencia y la práctica firmemente establecidas del sistema interamericano, según las cuales la Declaración Americana es una fuente reconocida de obligaciones jurídicas para los Estados miembros de la OEA, incluidos en especial los Estados que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹¹. Se considera que esas obligaciones emanan de las obligaciones referentes al respeto de los derechos humanos que recaen sobre los Estados miembros en el marco de la Carta de la OEA¹¹², que los Estados miembros han acordado, contenidas en la Declaración Americana y definidas por la misma¹¹³, y de la situación, a la luz del derecho consuetudinario,

110 Respuesta del Estado fechada el 17 de diciembre de 2001, página 15.

111 Véase Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-10/89 “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, Ser. A No. 10 (1989), párrafos 35–45; *James Terry Roach y Jay Pinkerton versus Estados Unidos*, Caso No. 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual de la CIDH 1986–87, párrafos 46–49. Véanse ejemplos de decisiones en que la Comisión concluyó que se había incurrido en violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Caso No. 1742 (Cuba), mayo de 1975, Informe Anual de la CIDH 1975; *Maclean versus Suriname*, Caso No. 10.116, Resolución No. 18/89, Informe Anual de la CIDH 1988–1989; *Michael Edwards y otros versus Bahamas*, Caso No. 12.067, Informe No. 48/01, Informe Anual de la CIDH 2000; *Garza versus Estados Unidos*, Caso No. 12.243, Informe No. 52/01, Informe Anual de la CIDH 2000.

112 Carta de la Organización de los Estados Americanos, Artículos 3, 16, 51, 112, 150.

113 Véase, por ejemplo, Asamblea General de la OEA, Resolución No. 314, AG/RES 314 (VII-O/77), 22 de junio de 1977 (en que se encomienda a la Comisión Americana la preparación de un estudio “que consigne la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”); Asamblea General de la OEA, Resolución No. 371, AG/RES (VIII-O/78), 1 de julio de 1978 (en que reafirma su compromiso de “promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”); Asamblea

de los derechos protegidos en el marco de muchas disposiciones básicas de la Declaración¹¹⁴. Por lo tanto, tratándose de una fuente de obligaciones jurídicas, es apropiado que la Comisión considere si un Estado miembro de la OEA, incluido Estados Unidos, ha incurrido en violaciones de ese instrumento y, cuando corresponda, declare que esa violación se ha producido.

164. La Comisión observa asimismo que muchas de las objeciones del Estado guardan relación con la medida y la manera en que la Comisión evaluó cuestiones, hechos y pruebas que, según el Estado, ya habían sido considerados por los tribunales internos y sobre los que éstos ya se habían pronunciado. Sin embargo, lo que el Estado debe admitir a este respecto es que la Comisión tiene una obligación autónoma de evaluar los hechos y circunstancias de una reclamación tal como han sido elucidados por las partes a la luz de los principios y normas previstos en la Declaración Americana. Ese examen comprende asuntos tales como la pertinencia de los procedimientos a través de los cuales habían de determinarse los intereses dominiales de las peticionarias en las tierras ancestrales de los Western Shoshone. Si bien los procedimientos o conclusiones, a nivel interno, sobre temas similares, pueden ser considerados por la Comisión como parte de las circunstancias de una denuncia, no son en modo alguno determinantes de la evaluación de la propia Comisión sobre los hechos y las consideraciones de derecho de una petición que tiene ante sí. Ello reviste especial importancia en casos como el de autos, en que ni los tribunales ni el Estado mismo consideraron los temas planteados en el caso como cuestiones de derechos humanos, sino como cuestiones referentes al título de propiedad sobre la tierra y al uso de la misma. La Comisión se apresura a añadir, a este respecto, que contrariamente a lo que parece sostener el Estado en su respuesta, los tribunales internos no llegaron a conclusiones coherentes y claras sobre determinados aspectos cardinales de las reclamaciones de las peticionarias con respecto a tierras ancestrales de los Western Shoshone, inclusive, en especial, sobre la cuestión de si la supuesta extinción del título de propiedad de los indígenas sobre la tierra había sido judicialmente debatida en la esfera interna, y si los derechos de las hermanas Dann al debido proceso fueron respetados adecuadamente en el proceso interno¹¹⁵. Por lo tanto, no sólo corresponde,

General de la OEA, Resolución No. 370, AG/RES 370 (VIII-O/78), 1 de julio de 1978 (en que se hace referencia a los “compromisos internacionales” de los Estados miembros de la OEA con respecto a los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

114 Caso No. 12.379, Informe No. 19/02, Lares-Reyes y otros (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002, párrafo 46.

115 La Corte de Apelaciones de Estados Unidos para el Noveno Circuito, por ejemplo, señaló en tres sentencias que la cuestión de la extinción del título nunca había sido objeto de litigio ante la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, y la Corte Suprema de los Estados Unidos nunca se

sino que es esencial, que la Comisión se pronuncie sobre estos temas a la luz de las importantes consecuencias de este aspecto de las circunstancias que rodean a la reivindicación en cuanto a las obligaciones del Estado conforme a los Artículos II, XVIII y XXIII de la Declaración Americana en relación con los intereses dominiales de los indígenas.

165. Específicamente, en relación con la legitimación de las hermanas Dann para participar en el proceso destinado a resolver derechos sobre tierras ancestrales de los Western Shoshone, la Comisión considera importante subrayar, como señaló en su pronunciamiento sobre el fondo del asunto, que la declaración sobre los intereses colectivos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales no excluye la participación de personas individuales en el proceso. La Comisión ha declarado, por el contrario, que todo pronunciamiento sobre la medida en que los pueblos indígenas pueden mantener intereses en las tierras a las que tradicionalmente han tenido título y que han ocupado y usado debe basarse en un proceso de consentimiento plenamente informado y mutuo por parte de la comunidad indígena en conjunto. Y tal como la Comisión concluyó sobre las circunstancias de este caso, el proceso por el cual se determinaron los intereses dominiales de los Western Shoshone presentó fallas a ese respecto. El que sólo probando fraude o colusión podría impugnarse la presunta representación, por parte de la Banda Temoak, de la totalidad del pueblo Western Shoshone, y el que el Consejo General de los Western Shoshone sólo se hubiera reunido en tres ocasiones en el periodo de 18 años comprendido entre 1947 y 1965, no implica el cumplimiento de la obligación del Estado de demostrar que las conclusiones del proceso seguido ante la ICC resultaran del consentimiento plenamente informado y mutuo del pueblo Western Shoshone, incluidas las hermanas Dann.

166. Las objeciones del Estado con respecto a la competencia de la Comisión, referentes a la fórmula de la cuarta instancia y a su jurisdicción *ratione temporis* referente a la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas de 1946, no fueron planteadas por el Estado anteriormente ni en respuesta al informe de la Comisión sobre admisibilidad, en que la Comisión concluyó que

pronunció con carácter definitivo sobre la cuestión, habiéndose basado, en cambio, en el pago de la sentencia pecuniaria de la ICC en un fondo fiduciario como cumplimiento de las obligaciones referentes a todas las reclamaciones y demandas que forman parte de la reclamación sobre tierras de los Western Shoshone. *US v. Dann*, 572 F.2d 222, 226 (Noveno Circuito); *US v. Dann*, 706 F.2d 919, 922 (Noveno Circuito, 1983); *US v. Dann*, 470 U.S. 39 (1985); *US v. Dann*, 873 F.2d 1189, 1199 (Noveno Circuito, 1989). Al desechar las objeciones de las hermanas Dann con respecto a la acción por usurpación entablada por Estados Unidos sobre la base del pago de sumas de dinero en el fondo fiduciario, la Corte Suprema de los Estados Unidos tampoco se refirió al tema de si los mecanismos de protección del debido proceso fueron respetados adecuadamente, en el caso de las hermanas Dann, a lo largo de todo el proceso de reclamaciones referentes a tierras indígenas.

era competente para considerar las reclamaciones de los peticionarios¹¹⁶, y que éstos no habían tenido noticia de esas nuevas alegaciones, ni la oportunidad de responder a las mismas. En consecuencia, el Estado no está facultado para plantear esas objeciones en esta etapa del proceso. De todos modos, la Comisión considera que la fórmula de la cuarta instancia no es aplicable al caso de autos. Según la fórmula de la cuarta instancia, en principio no corresponde que la Comisión revise las sentencias dictadas por los tribunales internos que actúen dentro de la esfera de su competencia y respetando las garantías judiciales. No obstante, la fórmula de la cuarta instancia no impide a la Comisión considerar un caso en que lo alegado por el peticionario entrañe la posible violación de cualquiera de los derechos consagrados en instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos.¹¹⁷ Al caso de autos, han aducido los peticionarios, y, de hecho, la Comisión concluyó que se habían producido violaciones discretas de los principios y normas previstos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, basándose para ello en su evaluación de los hechos y las pruebas presentados por las partes en el procedimiento seguido ante la misma, incluidas fallas de los procesos judiciales internos referentes a las circunstancias del caso. Además, la idea de que la Comisión no puede abordar una cuestión simplemente porque los tribunales internos de un Estado Miembro pueden haber tratado la misma cuestión claramente no concuerda con el requisito del agotamiento de los recursos internos y, por este motivo, también debe rechazarse. En cuanto al hecho de que la Ley de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas fue promulgada en 1946, es un precepto firmemente establecido que un Estado sigue siendo responsable de toda violación de un instrumento de derechos humanos cuya fecha anteceda a la de ratificación o adhesión al instrumento, en la medida en que esas violaciones sigan surtiendo efectos o no se manifiesten hasta la fecha de la ratificación¹¹⁸. En el caso de autos, los hechos cuya existencia concluyó la Comisión indican claramente que la Ley

116 Caso No. 11.140, Informe No. 99/99, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 1999.

117 Véase CIDH, Santiago Marzioni, Informe No. 39/96, Caso No. 11.673 (Argentina), 15 de octubre de 1996, INFORME ANUAL 1996, página 76, párrafos 48–52. Véase también, CIDH, Clifton Wright, Caso No. 9260 (Jamaica), 16 de septiembre de 1988, INFORME ANUAL 1987–88, página 154.

118 Según la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericanas, y la de otros tribunales internacionales de derechos humanos, los instrumentos sobre derechos humanos pueden aplicarse en forma apropiada en relación con actos que se planteen antes de la ratificación de esos instrumentos y que sean de naturaleza continua, y cuyos efectos persistan después de la entrada en vigor de los instrumentos. Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Blake, Excepciones Preliminares, Sentencia del 2 de julio de 1996, Series C No. 27, párrafos 33–34 y 46; CIDH, João Canuto de Oliveira versus Brasil, Informe No. 24/98, Informe Anual de la CIDH 1997, párrafos 13–18. Véase, análogamente, Corte Europea de Derechos Humanos, Papamichalopoulos et al. v. Greece, 24 de junio de 1993, Series A No. 260–B, páginas 69–70, 46.

de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas era aplicable a los peticionarios, y suscitó efectos para los mismos bastante después de la ratificación, por parte de Estados Unidos, de la Carta de la OEA (1951), y que de hecho persisten hasta ahora, por lo cual corresponde entender que el Estado sigue siendo responsable de los efectos de la aplicación de esas normas legales a los peticionarios, en la medida en que sean incompatibles con los derechos de los peticionarios en el marco de la Declaración Americana.

167. En cuanto a la supuesta inadmisibilidad de la aplicación intertemporal del derecho, los escritos presentados por el Estado a este respecto se basan en la errónea premisa de que la Comisión, al evaluar la denuncia de las hermanas Dann, está entendiendo en una “situación preexistente”. Por más que el proceso seguido ante la ICC haya tenido lugar hace más 30 años, las reclamaciones de las peticionarias con respecto al título de propiedad de los indígenas a los respectivos inmuebles, incluidas las posibles fallas del proceso seguido ante la ICC, seguían siendo objeto de controversia y afectando a los intereses de las peticionarias en el momento en que presentaron su petición, lo que sigue ocurriendo. En consecuencia, es apropiado evaluar en forma más amplia las reclamaciones de las peticionarias a la luz de la evolución del corpus de derecho internacional de los derechos humanos ocurrido con posterioridad a la redacción del texto original de la Declaración Americana¹¹⁹. En tanto que las hermanas Dann sigan sufriendo la violación continua de los derechos que les reconocen los Artículos II y XXIII de la Declaración, el Estado está obligado a resolver la situación a la luz de sus obligaciones contemporáneas en el marco del Derecho Internacional de los derechos humanos, y no de las aplicables en el momento en que tuvo lugar el proceso seguido ante la ICC, en la medida en que el derecho haya evolucionado.

168. Las críticas formuladas por el Estado a la alusión de la Comisión al proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas y a normas internacionales contemporáneas sobre derechos humanos en relación con la situación de las hermanas Dann, así como las objeciones referentes a la competencia de la Comisión, son extemporáneas y no corresponde debatirlas en esta etapa del proceso, especialmente porque es evidente que la base de esas objeciones fue considerada durante el trámite de la denuncia ante la Comisión. Sin embargo, como señaló la Comisión en

119 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1 de octubre de 1999, Ser. A No. 16, párrafo 114, en que se citan, inter alia, los pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos en *Tyrer v. United Kingdom*, Sentencia del 25 de abril de 1978, Ser. A No. 26, páginas 15-16, párrafo 31; *Marckx v. Belgium*, Sentencia del 13 de junio de 1979, Ser. A No. 31, página 19, párrafo 41, y *Loizidou*, Excepciones Preliminares, supra, nota 6, párrafo 71.

su informe preliminar sobre el fondo del asunto, es apropiado considerar las disposiciones del referido proyecto de declaración al interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas en la medida en que los principios básicos que reflejan las disposiciones del proyecto, incluidos aspectos referentes al Artículo XVIII, sean la expresión de principios generales de Derecho Internacional emanados del sistema interamericano y aplicables dentro y fuera del mismo¹²⁰.

169. A la luz de la respuesta del Estado, la Comisión debe concluir que éste no ha adoptado medida alguna para cumplir las recomendaciones de la Comisión. En consecuencia, y habiendo considerado las observaciones del Estado, la Comisión ha decidido ratificar sus conclusiones y reiterar sus recomendaciones, en los términos que más abajo se expresan.

VI. Conclusiones

170. La Comisión, en base a las consideraciones que anteceden, de hecho y de derecho, y en ausencia de una respuesta del Estado al Informe N° 113/01, ratifica sus conclusiones siguiente.

171. La Comisión desea subrayar que no compete a esta instancia, en las circunstancias del presente caso, determinar si, y en qué medida, las Dann pueden reivindicar con justicia la validez de un derecho de propiedad en las tierras ancestrales Western Shoshone. Esta cuestión involucra aspectos complejos de derecho y de hecho que competen más a la determinación del Estado a través de los procesos que considere adecuados a tales efectos. Sin embargo, estos procesos deben conformarse con las normas y principios de la Declaración Americana aplicables a la determinación de los derechos de propiedad de los indígenas conforme se describen en este informe. Ello exige en particular que se otorgue a las Dann el recurso ante la justicia para proteger sus derechos de propiedad en condiciones de igualdad y de manera que se considere el carácter colectivo e individual de los derechos de propiedad que las Dann puedan reivindicar por las tierras ancestrales Western Shoshone. El proceso también debe permitir la participación plena e informada de las Dann en la determinación de sus reivindicaciones del derecho de propiedad por las tierras ancestrales Western Shoshone.

172. Sobre la base del análisis que antecede, la Comisión llega aquí a la conclusión de que el Estado no ha garantizado el derecho de las Dann a la

120 Véase supra, párrafo 129. See similarly *Awas Tingni Case*, supra, separate concurring opinion of Judge Sergio García Ramírez, para. 9.

propiedad, en condiciones de igualdad, en contravención de los Artículos II, XVIII y XXIII de la Declaración Americana, en relación con sus reivindicaciones de los derechos de propiedad por las tierras ancestrales Western Shoshone.

VII. Recomendaciones

173. De acuerdo con el análisis y las conclusiones que constan en el presente informe,

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera las recomendaciones siguientes al Estado de los Estados Unidos:

1. Otorgue a Mary y Carrie Dann una reparación efectiva que incluya la adopción de las medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar el respeto del derecho de las Dann a la propiedad, de acuerdo con los Artículos II, XVIII y XXIII de la Declaración Americana, en relación con sus reivindicaciones del derecho de propiedad por las tierras Western Shoshone.
2. Revise su legislación, procedimientos y prácticas para garantizar que los derechos de propiedad de los indígenas se determinan de acuerdo con los derechos establecidos en la Declaración Americana, incluidos sus Artículos II, XVIII y XXIII.

VIII. Publicación

174. Por medio de una comunicación de fecha el 30 de octubre de 2002, la Comisión remitió este informe, adoptado como Informe N° 53/02 de conformidad con el Artículo 45(1) del Reglamento de la Comisión, al Estado y a los Peticionarios de conformidad con la Regla 45(2) del Reglamento de la Comisión y solicitó información en el plazo de 30 días sobre las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con las recomendaciones de la Comisión.¹²¹

121 Por medio de una comunicación de fecha el 26 de julio de 2002, la Comisión proporcionó a los Peticionarios una copia de su informe preliminar sobre los méritos N° 113/01 y la respuesta del Estado a ese informe. Esta medida se tomó porque la Comisión había recibido información de que funcionarios de la Oficina de Administración de Tierras de Estados Unidos en Nevada había publicado la respuesta estadounidense del 17 de diciembre de 2001 al informe confidencial de la Comisión sobre los méritos, la cual contenía citas directas del informe de la Comisión, y porque el Comité de Asuntos Indígenas del Senado estadounidense había programado una audiencia para el 2 de agosto de 2002 sobre la Western Shoshone Claims Distribution Act, a pesar de las deficiencias identificadas por la Comisión en su informe con respecto al proceso de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas.

175. En una nota de fecha el 27 de noviembre de 2002 y que la Comisión recibió el mismo día, el Estado respondió a la solicitud de información del 30 de octubre de la Comisión. En su comunicado, el Estado reiteró los argumentos contenidos en su respuesta al informe preliminar de la Comisión sobre los méritos del caso, específicamente que Estados Unidos rechazaba las conclusiones de la Comisión en su totalidad debido a que: (i) la alegación de las hermanas Dann con respecto a la supuesta falta de debido proceso en el proceso de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas fue plena e imparcialmente litigada en los tribunales de los Estados Unidos y no debería volverse a litigar ante la Comisión; (ii) la Comisión carece de jurisdicción para evaluar procesos establecidos conforme a la Ley de 1946 que establece la Comisión de Reivindicaciones Indígenas, ya que dicha ley es anterior a la ratificación de los Estados Unidos de la Carta de la OEA; y (iii) la Comisión cometió un error en la interpretación de los principios de la Declaración Americana en vista del Artículo XVIII del proyecto de declaración de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas.

176. En su respuesta, Estados Unidos también reiteró su posición de que la denuncia de las hermanas Dann “no se trata, fundamentalmente, de una denuncia de derechos humanos, sino de un intento por parte de dos personas indígenas de reabrir la cuestión de los derechos aborígenes colectivos a la propiedad de la tierra de los shoshone occidentales – una cuestión que ha sido litigada con una sentencia de carácter definitivo en los tribunales estadounidenses”. Conforme a estas presentaciones, Estados Unidos indica que “con todo respeto, rehúsa adoptar cualquier medida adicional para cumplir con las recomendaciones de la Comisión”.

177. También por medio de una comunicación de fecha el 27 de noviembre de 2002, que la Comisión recibió en esa misma fecha, los Peticionarios presentaron una respuesta a la solicitud de información del 30 de octubre de 2002 de la Comisión. En su respuesta, los Peticionarios afirman que Estados Unidos no ha cumplido las recomendaciones de la Comisión. Se refirieron, en este sentido, a las comunicaciones remitidas por Estados Unidos a la Comisión y al público en las que el Estado rechaza explícitamente las conclusiones de la Comisión. Estas comunicaciones incluyen el testimonio de Neal McCaleb, Subsecretario de Estados Unidos para Asuntos Indígenas, en una audiencia del Comité de Asuntos Indígenas del Senado de los Estados Unidos el 2 de agosto de 2002, en la que el señor McCaleb supuestamente indicó que el informe preliminar de la Comisión estaba “errado” y que ese Comité no debería considerarlo importante para su análisis de la Ley sobre la distribución de los shoshone occidentales.

178. Los Peticionarios también alegan que representantes de los Estados Unidos han respondido a repetidas tentativas de acercamiento por parte del abogado de los Peticionarios para emprender conversaciones y solucionar el caso, reiterando que Estados Unidos no está de acuerdo con las conclusiones de la Comisión y que no está obligado a respetar los principios de derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

179. Además, los Peticionarios alegan que, desde la emisión del informe preliminar de la Comisión, Estados Unidos ha tomado medidas que infringen nuevamente los derechos humanos de las hermanas Dann que son el tema de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión. Estas acciones supuestamente incluyen la incautación y confiscación el 22 de septiembre de 2002 por parte de la Oficina de Administración de Tierras de los Estados Unidos y 40 agentes federales armados de aproximadamente unas 225 cabezas de ganado de la tierra ancestral de las hermanas Dann, las cuales fueron posteriormente vendidas al mejor postor unos días después. Esto ocurrió a pesar de la solicitud del 2 del octubre de 2002 de la Comisión de que Estados Unidos cumpliera con las medidas cautelares instruidas por la Comisión el 28 de junio de 1999, devolviendo el mencionado ganado a las hermanas Dann y absteniéndose de incautar más ganado propiedad de las Dann hasta que el proceso ante la Comisión hubiera terminado, incluida la implementación de cualquier recomendación final que la Comisión pueda adoptar sobre el caso. Los Peticionarios también hacen referencia a otras acciones emprendidas por el Congreso de los Estados Unidos para promulgar la Ley sobre la distribución de los shoshone occidentales, la cual autorizará una distribución per capita de los fondos concedidos por la Comisión de Reivindicaciones Indígenas como pago por las tierras ancestrales de los shoshone occidentales, a pesar de las conclusiones en el informe de la Comisión.

180. Por ultimo, los Peticionarios afirman que no es demasiado tarde para que el Congreso de los Estados Unidos adopte medidas correctivas o de otro tipo a fin de implementar las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión. En particular, sostienen que si bien la Ley sobre la distribución de los shoshone occidentales fue considerada en el Senado el 7 de noviembre de 2002, el proyecto de ley no se convirtió en ley porque la Cámara de Representantes levantó la sesión sin tomar ninguna medida con respecto a la legislación. Si bien los Senadores que apoyan la ley han prometido públicamente que la volverán a introducir una vez el Congreso vuelva a reunirse en enero, los Peticionarios y otros indígenas de la Nación Western Shoshone han propuesto que el Congreso promulgue legislación que exija llevar a cabo negociaciones entre la Nación Western Shoshone y Estados Unidos

para identificar y proteger suficientes tierras de los shoshone occidentales para asegurar su prosperidad económica y cultural, y han sugerido que el Congreso convoque audiencias para examinar los procesos de la Comisión de Reivindicaciones Indígenas y otras leyes, procedimientos y prácticas estadounidenses que pueden no cumplir con las protecciones internacionales de los derechos humanos.

181. En vista de la información recibida de las partes, incluida la alegación de los Peticionarios de que aún quedan recursos legislativos internos y otros mecanismos disponibles para que el Estado cumpla las recomendaciones de la Comisión, ésta, de conformidad con el Artículo 45(3) de su Reglamento, decide ratificar las conclusiones y reiterar las recomendaciones en este Informe, hacerlo público, e incluirlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión, conforme a las normas incluidas en los instrumentos que rigen su mandato, continuará evaluando las medidas adoptadas por Estados Unidos con respecto a las recomendaciones anteriores hasta que Estados Unidos las haya cumplido.

Un pueblo tribal puede ser considerado dueño legítimo de sus tierras tradicionales y por lo tanto tiene derecho al uso y goce de las mismas

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname
Sentencia de 15 de junio de 2005
(Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas)

[...] XI

Artículo 21 de la Convención Americana (Derecho a la Propiedad) en relación con el artículo 1.1 de la misma (Obligación de Respetar los Derechos)

Alegatos de los representantes

122. Los representantes argumentaron que el Estado violó el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de Convención Americana con base en las siguientes consideraciones:

- a) mientras que la presunta violación inicial –la expulsión forzosa de la comunidad de sus tierras y territorio tradicionales– ocurrió el 29 de noviembre de 1986, con anterioridad a la ratificación de Suriname a la Convención y su reconocimiento de la competencia de la Corte, la violación del artículo 21 de la Convención es de naturaleza continuada fáctica y jurídicamente;
- b) las violaciones continuadas son particularmente comunes en casos en los que pueblos indígenas y tribales han sido desplazados forzosamente de sus tierras tradicionales;
- c) el Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo ha ejercido su competencia con regularidad sobre las consecuencias de reubicaciones, particularmente en lo que se relaciona con los derechos de propiedad, los cuales persisten aun en los casos en que los hechos que las originaron ocurrieron décadas antes de la entrada en vigor del Convenio No. 169;

- d) las presuntas víctimas continúan siendo privadas de sus derechos de propiedad como consecuencia de las siguientes acciones y omisiones del Estado: i) denegación de justicia, la cual en sí misma impide a las presuntas víctimas reinstalar su comunidad en sus tierras tradicionales; y ii) el hecho que Suriname no ha establecido mecanismos legales o administrativos para que las presuntas víctimas reclamen y aseguren sus derechos a la tenencia de la tierra de conformidad con las normas consuetudinarias, valores y usos N'djuka;
- e) los derechos de propiedad de las presuntas víctimas se encuentran garantizados y protegidos en el artículo 21 de la Convención, el cual tiene un significado autónomo y no se encuentra restringido a la propiedad tal como está definida por los regímenes legales nacionales; esa disposición también protege los derechos de propiedad de los “miembros de comunidades indígenas dentro del marco de la propiedad colectiva”;
- f) las presuntas víctimas se han visto privadas de su medios de subsistencia tradicionales debido a la expulsión forzada de su territorio tradicional y la imposibilidad de regresar a él; viven en condiciones de pobreza; y
- g) el desalojo forzado o el reasentamiento involuntario están prohibidos en el derecho internacional porque provocan daños graves a los derechos básicos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, tanto de individuos como de colectividades. En el caso de pueblos tribales, el desalojo forzado anula las relaciones con sus tierras ancestrales.

Alegatos de la Comisión

123. La Comisión no presentó específicamente argumentos de derecho en relación con la presunta violación del derecho establecido en el artículo 21 de la Convención Americana.

Alegatos del Estado

124. El Estado tampoco presentó expresamente argumentos de derecho que se refirieran a la supuesta violación del derecho establecido en el artículo 21 de la Convención Americana.

Consideraciones de la Corte

125. La Corte observa una vez más que la Comisión no presentó argumentos que expresamente se refirieran a la presunta violación del derecho consa-

grado en el artículo 21 de la Convención Americana. Sin embargo, recuerda (*supra* párr. 91) que los representantes pueden alegar otras violaciones de la Convención diferentes de las alegadas por la Comisión, en la inteligencia de que tales argumentos de derecho se refieran a los hechos recogidos en la demanda¹.

126. Asimismo, como se estableció en el capítulo relativo al artículo 22 de la Convención Americana (*supra* párr. 108), la Corte puede ejercer su competencia sobre desplazamiento continuo de la comunidad de sus tierras tradicionales, situación que persistió después de que el Estado reconoció la competencia del Tribunal en 1987, y continúa hasta el presente.

*

* *

127. El artículo 21 de la Convención Americana dispone:

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

128. En el capítulo relativo al artículo 22 de la Convención, la Corte consideró que la ausencia de una investigación efectiva del ataque de 29 de noviembre de 1986, que lleve al esclarecimiento de los hechos y a la sanción de los responsables, ha impedido a los miembros de la comunidad regresar a sus tierras tradicionales. Así, Suriname no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permitan a los miembros de la comunidad vivir nuevamente en su territorio ancestral en forma segura y pacífica; en consecuencia, la aldea de Moiwana ha estado abandonada desde el ataque de 1986.

129. Para determinar si dichas circunstancias constituyen una privación del derecho al uso y goce de la propiedad, la Corte debe considerar, naturalmente, si la aldea de Moiwana pertenece a los miembros de la comunidad, tomando en cuenta para ello el concepto amplio de propiedad desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal.

130. Las partes en el presente caso están de acuerdo en que los miembros

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. *Caso De La Cruz Flores*, *supra* nota 59, párr. 122; *Caso "Instituto de Reeduación del Menor"*, *supra* nota 59, párr. 125; y *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 59, párr. 179.

de la comunidad no tienen un título legal formal –ni colectiva ni individualmente– sobre sus tierras tradicionales en la aldea de Moiwana y los territorios circundantes. Según lo manifestado por los representantes y por Suriname, el territorio pertenece al Estado residualmente, ya que ningún particular o sujeto colectivo tiene título oficial sobre dichos terrenos.

131. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias –pero que carecen de un título formal de propiedad– la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro². La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica³. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁴.

132. Los miembros de la comunidad no son indígenas de la región; según los hechos probados, la aldea de Moiwana fue fundada por clanes N'djuka a finales del siglo XIX (*supra* párr. 86.11). Sin embargo, desde ese momento hasta el ataque de 1986, los miembros de la comunidad vivieron en el área con estricto apego a las costumbres N'djuka. El perito Thomas Polimé describió la naturaleza de su relación con las tierras en la aldea de Moiwana y sus alrededores de la siguiente manera:

[los] N'djuka, al igual que otros pueblos indígenas y tribales, tienen una relación profunda y omnicomprendiva con sus tierras ancestrales. Se encuentran intrínsecamente ligados a esas tierras y a los sitios sagrados que ahí se encuentran, y su desplazamiento forzado ha cortado esos lazos fundamentales. Muchos de los sobrevivientes y sus familiares señalan su lugar de origen en, o cerca de, la aldea de Moiwana. Su imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y con sus sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Sin una comunión regular con esas tierras y sitios, son incapaces de practicar y gozar sus tradiciones culturales y

2 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151.

3 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 171, párr. 149.

4 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 171, párr. 149.

religiosas, en mayor detrimento a su seguridad personal y colectiva y a su sentido de bienestar.

133. En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una “relación omnicompreensiva” con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo⁵. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes –lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas (*supra* párr. 86.4)– debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas (*infra* párr. 210).

134. Con base en lo anterior, los miembros de la comunidad pueden ser considerados los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual tienen derecho al uso y goce de las mismas. Sin embargo, de los hechos aparece que este derecho les ha sido negado hasta hoy como consecuencia de los sucesos de noviembre del 1986 y la conducta posterior del Estado respecto de la investigación de estos hechos.

135. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que Suriname violó el derecho de los miembros de la comunidad al uso y goce comunal de su propiedad tradicional. Consecuentemente, el Tribunal considera que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana. [...]

5 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 171, párr. 149.

La existencia de un procedimiento efectivo para la reivindicación de tierras indígenas y la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay
Sentencia de 17 de junio de 2005
(Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VIII Violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (garantías judiciales y protección judicial) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma

Alegatos de la Comisión

52. En relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, la Comisión alegó que:

- a) a la luz de los artículos 25 y 8.1 de la Convención Americana, así como de las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, ratificado por el Paraguay el 10 de agosto de 1993, el Estado tiene la obligación de proveer a la Comunidad indígena Yakye Axa de un recurso efectivo para solucionar su reclamación territorial, de garantizar que la Comunidad sea oída con las debidas garantías y de determinar un plazo razonable para garantizar los derechos y obligaciones sometidos a su jurisdicción;
- b) la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos fundamentales reconocidos por la Convención constituye en sí misma una trasgresión de este instrumento por parte del Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar;
- c) en el año 1993 la Comunidad indígena Yakye Axa inició los trámites para obtener la reivindicación de su territorio ancestral, sin que hasta la fecha se le haya dado una solución definitiva y satisfactoria a su reclamo. Como parte de dichos trámites, la Comunidad cumplió los requisitos impuestos por el Paraguay para el reconocimiento de sus líderes y para la obtención de personalidad jurídica, esperó por ellos e interpuso los recursos pertinentes de acuerdo con las leyes paraguayas aplicables en materia de reivindicación de tierras ancestrales de pueblos indígenas;

- d) el argumento planteado por el Estado en el sentido de que la Comunidad indígena Yakye Axa existe desde que el Poder Ejecutivo le reconoció personalidad jurídica es contrario a la propia legislación interna paraguaya que reconoce la existencia de los pueblos indígenas como anteriores a la formación del propio Estado. El reconocimiento de personalidad jurídica es sólo una forma de operativizar la transferencia de las tierras reclamadas por determinadas comunidades indígenas;
- e) el recurso administrativo contemplado para solucionar la reivindicación de la Comunidad indígena Yakye Axa, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley No. 904/81, no ha sido efectivo para la solución definitiva de la reclamación de la Comunidad. Asimismo, las gestiones realizadas por la Comunidad en el año 2000 y por el propio Poder Ejecutivo en el año 2002 ante el Congreso Nacional del Paraguay, a través de la presentación de los proyectos de ley de expropiación del área reclamada, tampoco fueron efectivas;
- f) la legislación paraguaya no contempla un recurso judicial efectivo, destinado a proteger las legítimas reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas del Paraguay. Si las gestiones ante el Poder Ejecutivo (reclamación territorial) o ante el Poder Legislativo (expropiación) no son efectivas, los afectados, en este caso la Comunidad Yakye Axa y sus miembros, no tienen un recurso judicial por medio del cual puedan hacer valer sus derechos, y
- g) la ineficacia de estos procedimientos ha significado concretamente que no se garantice por parte del Estado el derecho de propiedad de la Comunidad Yakye Axa a su territorio ancestral.

Alegatos de los representantes

53. En relación con los artículos 8 y 25 de la Convención, los representantes alegaron que:

- a) en el proceso interno de restitución de la tierra ancestral iniciado por la Comunidad Yakye Axa ante las autoridades paraguayas, no se respetó el principio de plazo razonable, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención. La inscripción de los líderes de la Comunidad Yakye Axa tardó tres años en producirse, cuando el plazo para proceder a esta inscripción, de conformidad con lo establecido por el artículo 12 de la Ley No. 904/81, es de 30 días. El elemento de complejidad era, en este caso, mínimo y los representantes legales de la Comunidad acompañaron a la solicitud de inscripción los documentos requeridos por la normativa

interna. Igualmente, el reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa tardó más de tres años en producirse. La Comunidad hizo la solicitud ante el INDI el 21 de mayo de 1998, sin embargo, la personería jurídica fue reconocida el 10 de diciembre de 2001. Este acto de reconocimiento de la personería jurídica sólo constituye un requisito para hacer efectiva la titulación de la tierra ancestral que pertenece a las comunidades indígenas y no es un requisito para declarar la existencia de las comunidades, ni para el inicio del procedimiento de reivindicación de sus tierras ancestrales;

- b) la solicitud de restitución de la tierra ancestral fue presentada por la Comunidad el 13 de octubre de 1993 y a la fecha, casi doce años después de presentada, el Estado no ha dado una respuesta definitiva al reclamo de la Comunidad. La reconocida complejidad de este asunto no justifica que el proceso se haya prolongado por tantos años;
- c) la demora de casi doce años del procedimiento administrativo no se debe a la complejidad del asunto, sino a la falta de aplicación de criterios adecuados, de parte del Estado, para restituir la tierra ancestral reclamada por la Comunidad Yakye Axa;
- d) dentro del proceso penal que se inició el 17 de marzo de 1999 contra los miembros de la Comunidad Yakye Axa por la supuesta comisión de los delitos de invasión de inmueble ajeno, coacción grave y hurto, éstos no tuvieron derecho de nombrar un abogado ni pudieron ejercer su derecho de defensa, lo que configura una violación de los literales d) y e) del artículo 8.2 de la Convención. Asimismo, el Estado no ha adoptado medidas destinadas a investigar y sancionar si correspondiere a los magistrados u otros funcionarios judiciales que han intervenido en este proceso;
- e) el Paraguay no ha garantizado a la Comunidad Yakye Axa y a sus miembros un recurso efectivo que la ampare de actos que violen sus derechos ni un procedimiento adecuado que solucione su reivindicación de la tierra ancestral y que, de esta forma, tutele su derecho a la propiedad y posesión de la misma;
- f) el derecho interno paraguayo establece como único procedimiento a seguirse por parte las comunidades indígenas para la adjudicación de sus tierras, el contemplado en la Ley No. 904/81. En efecto, esta ley substraer la materia relativa a la propiedad inmobiliaria colectiva de los pueblos indígenas de la jurisdicción ordinaria. La Comunidad Yakye Axa inició el proceso de reclamo de su tierra ancestral en octubre de 1993. Este procedimiento fue agotado, en todas sus etapas, sin que a la fecha se hayan producido resultados;

- g) el 3 de marzo de 1997 la Comunidad Yakye Axa presentó una acción de amparo para proteger su derecho a cazar, pescar y recoger frutos en su tierra ancestral, que fue rechazada en primera y segunda instancia por una cuestión de forma. De esta manera, la Comunidad Yakye Axa quedó privada de una decisión judicial que amparara su derecho a la subsistencia. Asimismo, la acción de inconstitucionalidad interpuesta ante la Corte Suprema de Justicia contra las decisiones que rechazaron la acción de amparo fue decidida, con un retardo injustificado, de manera desfavorable, y
- h) la inexistencia de un recurso efectivo, que de manera eficaz tutele en la legislación interna esos derechos, ha significado para la Comunidad Yakye Axa la privación del uso y disfrute, libre y pleno, de su tierra ancestral y de su territorio y hábitat tradicionales. Asimismo, esto ha significado la imposibilidad de la Comunidad Yakye Axa y de sus miembros de disfrutar, libre y plenamente, del derecho a vivir en condiciones dignas y a dar sentido a su existencia. En esta medida, el Estado violó el artículo 2 de la Convención Americana en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa.

Alegatos del Estado

54. Por su parte, el Estado alegó que:

- a) no ha violado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en perjuicio de la Comunidad Yakye Axa y sus miembros. Los mecanismos legales y el procedimiento previsto en la ley como parte de la materialización de los derechos humanos están en plena vigencia para ser utilizados en procura de justicia. El Estado no puede suplir la voluntad de las partes en la reclamación de derechos en sede judicial ni instruir a los particulares sobre cuál debe ser el mecanismo legal idóneo para reclamar sus derechos;
- b) en el presente caso se dio trámite a la solicitud de reivindicación de la tierra ante el organismo encargado de la administración de tales recursos, lo que constituye una prueba del ejercicio de las garantías y protección en sede administrativa prevista en la legislación del Paraguay. La legislación administrativa admite todo tipo de peticiones para que las instituciones especializadas se pronuncien mediante decretos, resoluciones, ordenanzas, etc. Estos actos, a su vez, son recurribles mediante el órgano que en cada caso determine la ley, y posteriormente ante el Tribunal Contencioso Administrativo;

- c) los representantes de la Comunidad no supieron plantear y defender ante los órganos jurisdiccionales internos sus legítimos derechos. Las acciones emprendidas fueron inapropiadas, extemporáneas o negligentes. En efecto, la acción de amparo promovida en este caso fue rechazada en dos instancias por extemporánea, las medidas cautelares fueron revocadas porque el juez consideró que se estaría imposibilitando que los inmuebles reclamados sigan siendo explotados racionalmente por sus propietarios y la acción de inconstitucionalidad fue declarada en abandono, es decir, se declaró la caducidad de la instancia por falta de impulso procesal de los interesados;
- d) para el derecho interno y la justicia interna la Comunidad Yakye Axa no tenía la posesión ni la propiedad del inmueble que reivindica. La Comunidad no tenía ni siquiera el número mínimo de integrantes que requiere la ley para acceder y justificar una propiedad ancestral ante los derechos que la legislación nacional reconoce y protege con la propiedad privada, cuyos titulares, conforme a los procedimientos administrativos y judiciales han defendido y obtenido protección jurisdiccional en el derecho interno;
- e) los miembros de la Comunidad han pretendido hacer valer una posesión históricamente reconocida, pero que jurídicamente estaba siendo mal planteada. Los miembros de la Comunidad Yakye Axa han sido objeto de manipulación a efectos de obtener derechos, que el Estado reconoce expresamente, pero que deben ser planteados sobre bases jurídicas y antecedentes de hecho y de derecho razonablemente fundados;
- f) se debió discutir el derecho de propiedad ancestral en juicio ordinario, a fin de determinar el mejor derecho pretendido. De haberse utilizado el procedimiento correcto, el resultado habría servido de antecedente jurisprudencial para casos similares de reivindicaciones de tierras comunitarias indígenas;
- g) nunca fue controvertida en sede contencioso-administrativa la calidad de tierras racionalmente explotadas, que sirvieron de fundamento para el rechazo de la expropiación solicitada por el Poder Ejecutivo;
- h) no existe disposición alguna que deniegue o prohíba solicitar nuevamente al Congreso Nacional la expropiación del inmueble reclamado por la Comunidad o cualquier otro inmueble, máxime considerando que la denegatoria de expropiación se produjo en un período parlamentario anterior;
- i) no existe una demora de más de diez años en el procedimiento de reivindicación de tierras, por cuanto la personería jurídica de la Comunidad se otorgó el 10 de diciembre de 2001. La personería jurídica otorgada a la Comunidad mediante el Decreto No. 15.228 es la que le da el derecho

- a las reclamaciones que como pueblo indígena le corresponde, considerando que la propiedad indígena prevista en la Constitución y en las leyes vigentes en el Paraguay son de carácter comunitario y no individual;
- j) en todos los procesos internos iniciados en este caso se ha dado perfecta intervención a los abogados de las presuntas víctimas, se les ha posibilitado todo el mecanismo legal y procesal para la obtención de sus derechos y finalmente se ha garantizado el cumplimiento de las sentencias, que lamentablemente, por errores procesales insalvables, les fueron adversas;
 - k) las disposiciones de derecho interno paraguayo sobre pueblos indígenas son variadas y copiosas. Además, tienen como complemento necesario las que rigen para el resto de la población, que igualmente forman parte del repertorio legislativo vigente. Es cierto que la legislación procesal y la de fondo no es definitiva y concluyente, pero esto se debe a que las leyes no son eternas ni inmutables sino dependen de los requerimientos de las circunstancias histórico-sociales y las necesidades de los ciudadanos;
 - l) la Constitución vigente de 1992, el Convenio No. 169 de la OIT, la Ley No. 1863/02 del Estatuto Agrario, la Ley No. 904/81, la Ley General de Educación No. 1.264/98 y el Código Procesal Penal, entre otras normas, demuestran los esfuerzos que están siendo dirigidos hacia la adecuación legislativa de parámetros participativos y democráticos que reformulen los objetivos nacionales hacia metas de desarrollo integral de la ciudadanía en general y de los colectivos específicos, como es el caso de los pueblos indígenas, y
 - m) la legislación vigente sobre el acceso a la tierra es perfectible y por lo tanto necesita una disposición especial que trate de la situación que implica el reconocimiento del derecho de propiedad ancestral indígena ante el derecho de los propietarios actuales de inmuebles de dominio privado. En este sentido, existe la necesidad de implementar una legislación que contemple un recurso efectivo y rápido para ser utilizado en dichas situaciones de colisión de derechos.

Consideraciones de la Corte

55. El artículo 8 de la Convención Americana establece que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de

sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...]
 - d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; [...]

56. El artículo 25 de la Convención señala que:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la [...] Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

57. El artículo 1.1 de la Convención establece que

[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

58. El artículo 2 de la Convención determina que

[s]i en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados

partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

59. La Comisión y los representantes alegan, como punto fundamental, la ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación del Paraguay para responder a las reclamaciones de territorio ancestral y hacer efectivo el derecho de propiedad de los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, a pesar de las múltiples gestiones iniciadas por ésta a partir del año 1993. Agregan los representantes que los recursos que se han interpuesto, a fin de proveer la diaria subsistencia de las presuntas víctimas a través de sus métodos tradicionales de cacería, pesca y recolección, han sido ineficaces.

60. Por su parte, el Estado señala, básicamente, que ha cumplido con sus obligaciones constitucionales y legales para garantizar y facilitar a los miembros de la Comunidad el acceso a los mecanismos administrativos en el proceso de reivindicación de sus derechos a la propiedad comunitaria de la tierra, pero sus instituciones administrativas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de los miembros de la Comunidad indígena debido a la complejidad del caso.

61. La Corte ha señalado, en relación con el artículo 25 de la Convención, que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla¹.

62. Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción². En este sentido, la

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 136, y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 164.

2 Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 2, párr. 76; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 194, y *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 60.

Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas³.

63. En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (*supra* párr. 51).

64. En el presente caso, el análisis de los artículos 8 y 25 de la Convención debe hacerse desde dos perspectivas: a) debe analizarse si existe o no un procedimiento efectivo para responder a las reclamaciones territoriales de los pueblos indígenas que reúna las características ya señaladas; y b) debe establecerse si el procedimiento penal instaurado en contra de los miembros de la Comunidad, seguido ante el Juez de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional del Menor de la Circunscripción Judicial de Concepción, respetó las garantías consagradas en el artículo 8.2 de la Convención Americana.

a) Existencia de un procedimiento efectivo para la reivindicación de tierras indígenas

65. Al analizar el proceso administrativo de reivindicación de tierras indígenas en el presente caso, la Corte examinará, en primer término, la existencia formal de un recurso que permita solicitar la reivindicación de tierras indígenas. En segundo término, compete a la Corte analizar la efectividad del mencionado recurso, lo que implica examinar, *inter alia*, el respeto al principio del plazo razonable. Para ello, la Corte recuerda que para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso es preciso tomar en cuenta tres elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales⁴.

66. En razón de lo anterior, el Tribunal analizará las distintas fases del procedimiento administrativo en el presente caso, a saber: i) el proceso de reconocimiento de los líderes de la Comunidad Yakye Axa; ii) el proceso de reconocimiento de personería jurídica a la mencionada Comunidad; y iii) la efectividad del citado proceso de reivindicación de tierras.

3 Cfr. *Caso Baena Ricardo*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.

4 Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 2, párr. 67; *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 175, y *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 141.

i. Proceso de reconocimiento de líderes

67. En lo referente al reconocimiento de líderes, el artículo 12 de la Ley No. 904/81 dispone que

[l]os líderes ejercerán la representación legal de su comunidad. La nominación de los líderes será comunicada al Instituto [Paraguay del Indígena], el que la reconocerá en el plazo de treinta días a contar desde la fecha en que tuvo lugar dicha comunicación y la inscribirá en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas.

68. La Corte ha constatado que el 15 de agosto de 1993 los miembros de la Comunidad Yakye Axa solicitaron al INDI el reconocimiento de los señores Tomás Galeano y Esteban López como líderes de la Comunidad y su inscripción en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (*supra* párr. 50.17); no fue sino hasta el 18 de septiembre de 1996 que el Presidente del Consejo Directivo del INDI emitió una resolución mediante la cual aceptó dicha solicitud (*supra* párr. 50.18).

69. El plazo de tres años, un mes y tres días para resolver una solicitud cuya complejidad era mínima, cuando el plazo legal es de treinta días, desconoce el principio del plazo razonable.

ii. Proceso de reconocimiento de personería jurídica

70. Las normas pertinentes de la Ley No. 904/81 señalan que:

Artículo 9.– El pedido de reconocimiento de la personería jurídica será presentado por el Instituto Paraguayo del Indígena por los líderes de la comunidad, con los siguientes datos:

- a) denominación de la comunidad; nómina de las familias y sus miembros, con expresión de edad, estado civil y sexo;
- b) ubicación geográfica de la comunidad si ella es permanente, o de los sitios frecuentados por la misma, cuando no lo fuere; y
- c) nombre de los líderes de la comunidad y justificación de su autoridad.

Artículo 10.– El Instituto, en un término no mayor de treinta días solicitará al Poder Ejecutivo por conducto del Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento de la personería jurídica.

Artículo 11.– El Instituto inscribirá el Decreto que reconozca la personería jurídica de una Comunidad Indígena en el Registro Nacional de Comunidades y expedirá copia auténtica a los interesados.

Artículo 20.– Cuando una comunidad indígena tuviera reconocida personería jurídica, se le transferirán las tierras en forma gratuita e indivisa y libre de todo

gravamen, debiendo inscribirse el título en el Registro Agrario, Registro General de la Propiedad y Registro Nacional de Comunidades Indígenas. La escritura traslativa de dominio se hará conforme a las disposiciones del artículo 17 de esta Ley.

Artículo 27.– Cuando una comunidad indígena tuviese reconocida su personería jurídica, el Estado le transferirá el inmueble apropiado en su beneficio, en la forma prevista en el artículo 19.

71. La Corte ha constatado que el 21 de mayo de 1998 se iniciaron los trámites ante el INDI para el reconocimiento de la personería jurídica de la Comunidad Yakye Axa (*supra* párr. 50.19).

72. El decreto mediante el cual se reconoció la personería jurídica de la Comunidad fue emitido el 10 de diciembre de 2001, es decir, tres años, seis meses y 19 días después (*supra* párr. 50.22).

73. La Corte considera que la complejidad de este procedimiento era mínima y que el Estado no ha justificado la mencionada demora, en consecuencia, el Tribunal la considera desproporcionada.

iii. Proceso administrativo de reivindicación de tierras

74. El artículo 64 de la Constitución Política del Paraguay establece que

[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

75. La Ley No. 904/81 consagra el procedimiento a seguirse para la reivindicación de tierras de dominio privado. Las normas pertinentes señalan que:

Artículo 24.– La solicitud de tierras del dominio privado para el asentamiento de comunidades indígenas será hecha por la propia comunidad, o por cualquier indígena o indigenista con personería jurídica en forma directa al I.B.R. o por intermedio del Instituto.

Artículo 25.– La solicitud contendrá los mismos requisitos establecidos en el artículo 22, inc. a) incluyendo el nombre y apellido de los propietarios de la fracción que los indígenas ocupen. El procedimiento será el establecido en el mismo artículo.

Artículo 26.– En casos de expropiación, el procedimiento y la indemnización a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes y para el pago de las indemnizaciones serán previstos los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación.

76. En este tipo de procedimientos deben presentarse los mismos requisitos que los requeridos en el artículo 22 de la misma Ley, para la reivindicación de tierras fiscales. El artículo 22 dispone que

[p]ara el asentamiento de comunidades indígenas en tierras fiscales, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Denuncia del Instituto al I.B.R. sobre la existencia de una comunidad indígena, con expresión del número de sus integrantes, lugar en que encuentra, tiempo de permanencia en el mismo, cultivos y mejoras introducidas, fracción ocupada efectivamente y la reclama adicionalmente para atender a sus necesidades económicas y expansión;
- b) Ubicación de la fracción en el catastro del I.B.R. dentro de los veinte días de la presentación;
- c) Inspección ocular por parte del I.B.R. dentro del plazo de treinta días de la ubicación en el catastro, incluyéndose en este plazo la presentación del informe;
- d) Mensura y deslinde de la fracción a cargo del I.B.R. dentro del término de sesenta días a contar de la presentación del informe del funcionario comisionado para la inspección ocular;
- e) Aprobación de la mensura dentro del plazo de treinta días desde la fecha de su presentación; y
- f) Resolución del I.B.R., previo dictamen favorable del Instituto, habilitando el asentamiento de la comunidad indígena.

77. El trámite de expropiación, por su parte, se encontraba regulado en la Ley No. 854/63 que establecía el Estatuto Agrario, modificada por el artículo 67 de la Ley No. 352/94 de Áreas Silvestres Protegidas, en los siguientes términos:

Artículo 146. – Decláranse de utilidad social, sujetas a expropiación, las tierras del dominio privado siguientes:

- a) Las que no estén racionalmente explotadas y sean aptas para la formación de colonias agropecuarias; [...]
- e) Las tierras necesarias para el establecimiento de Áreas Silvestres Protegidas y Colonias Indígenas;

Artículo 147.– Antes de gestionar la expropiación el Instituto de Bienestar Rural, podrá de acuerdo con sus posibilidades financieras o disponibilidad de tierras, proponer al propietario la adquisición del inmueble declarado de utilidad social en compra o permuta.

Artículo 148.– Tanto si optare por la expropiación como por la compra o permuta, el Instituto de Bienestar Rural cumplirá las diligencias previas siguientes:

- a) Notificar al propietario;
- b) Comprobar que las tierras, por su ubicación y condiciones agrológicas son aptas para emprender una colonización agropecuaria;
- c) Comprobar la existencia y la trascendencia del problema social en la localidad de que se trata;
- d) Emplazar al propietario del inmueble para que dentro del término perentorio de noventa días manifieste su conformidad en colonizarlo o venderlo directamente a los ocupantes, de acuerdo con las condiciones prescriptas por esta ley. [...]

Artículo 150. – Como resultado de las diligencias prescritas en el artículo 148, el Poder Ejecutivo, a petición del Instituto de Bienestar Rural, podrá decretar la expropiación de las tierras sobre la base de la calificación constitucional contenida en esta ley.

78. En el presente caso existe una discrepancia entre las partes respecto a la fecha de inicio del citado procedimiento de reivindicación de tierras. Por un lado, la Comisión Interamericana y los representantes sostienen que el procedimiento inició el 5 de octubre de 1993, con la comunicación dirigida por el señor Tomás Galeano, líder de la Comunidad, al IBR, mediante la cual informó sobre el interés de la Comunidad indígena Yakye Axa de regresar a su territorio tradicional y solicitó la “legalización” de un mínimo de 15.000 hectáreas. Por otro lado, el Estado sostiene que las gestiones que deben considerarse como válidas para acceder a la propiedad comunitaria de la tierra son aquellas posteriores al 10 de diciembre de 2001, fecha en la cual la Comunidad Yakye Axa recibió el reconocimiento de su personería jurídica.

79. El artículo 62 de la Constitución Política del Paraguay establece que

[e]sta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

80. Por su parte, las normas pertinentes de la Ley No. 904/81 señalan que:

Artículo 7.– El Estado reconoce la existencia legal de las comunidades indígenas, y les otorgará personería jurídica conforme a las disposiciones de esta ley.

Artículo 8.– Se reconocerá la personería jurídica de las comunidades indígenas preexistentes a la promulgación de esta ley y a las constituidas por familias indígenas que se reagrupan en comunidades para acogerse a los beneficios acordados por ella.

81. Ahora bien, de los citados artículos surge que la obtención de personería jurídica es indispensable para la transferencia de la tierra, mas no para la iniciación del trámite de reivindicación.

82. La Corte considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.

83. La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo legal que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la propiedad comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados.

84. En consecuencia, la Corte concluye que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, es otro derecho garantizado a la Comunidad indígena, como sujeto de derechos, y por tanto, es irrelevante la fecha en que ésta fue otorgada, a efectos del establecimiento del inicio de contabilización del plazo de duración del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras. Por ello, la Corte tomará en cuenta el 5 de octubre de 1993 como fecha de inicio de dicho procedimiento (*supra* párr. 50.24).

85. Desde esta fecha hasta la fecha de emisión de la presente Sentencia, han transcurrido 11 años 8 meses y 12 días, y aún no se ha dado una solución definitiva al reclamo de los miembros de la Comunidad Yakye Axa. Esto a pesar de que el artículo 4 de la Ley No. 43/89 establece que

[d]urante la tramitación administrativa y judicial contemplada en el artículo 2, el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y el Instituto de Bienestar Rural (IBR) deberán proponer soluciones definitivas para los asentamientos de las comunidades indígenas conforme a la Ley No. 854/63, Estatuto Agrario, y la Ley No. 604/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas, proponiendo la expropiación de acuerdo con el artículo 1 de la Ley No. 1372/88 cuando no se obtengan soluciones por las vías previstas.

86. La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales⁵. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo.

87. Basándose en los antecedentes expuestos en el capítulo sobre Hechos Probados, la Corte reconoce que el asunto en este caso es complejo y que esto debe tenerse en consideración para apreciar la razonabilidad del plazo.

88. Sin embargo, el Tribunal advierte que las demoras en el proceso administrativo que se examina en la presente Sentencia no se han producido por la complejidad del caso, sino por las actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales. En efecto, en múltiples ocasiones el IBR requirió al INDI la presentación de cualquier dato respecto a la Comunidad Yakye Axa, (*supra* párrs. 50.25 y 50.32) sin que esta institución dé cumplimiento a lo requerido. El INDI esperó hasta el 28 de mayo de 1997 para solicitar la ubicación de la fracción reivindicada y su relación con las fincas afectadas, y el informe técnico-antropológico de la Comunidad Yakye Axa (*supra* párr. 50.33). En diversas ocasiones los abogados de la Comunidad solicitaron al IBR la realización de una inspección ocular en las tierras reivindicadas (*supra* párr. 50.26), la que no fue ordenada sino hasta el 25 de julio de 1996 (*supra* párr. 50.31). El IBR demoró hasta el 8 de septiembre de 1998 para emitir la resolución No. 755, mediante la cual resolvió decretar racionalmente explotadas las tierras reivindicadas. El expediente administrativo pasó de las manos del IBR al INDI y viceversa en múltiples ocasiones, sin que se dé respuesta definitiva a la Comunidad, y no fue sino hasta el 2 de noviembre de 2001 cuando el INDI decidió solicitar al Parlamento Nacional, por vía Poder Ejecutivo, la expropiación de parte de las fincas reivindicadas (*supra* párr. 50.53).

89. De esta manera, este Tribunal considera que a pesar de la demostrada complejidad del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras en el presente caso, las actuaciones de las autoridades estatales competentes no han sido compatibles con el principio del plazo razonable.

90. Por otro lado, el Estado ha argumentado que la instancia contenciosa-administrativa nunca fue utilizada por los representantes para contradecir la calidad de tierras racionalmente explotadas, así como que tampoco fue

5 Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 2, párr. 69; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 179, párr. 142, y *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 177, párr. 191.

instaurado por los interesados un juicio ordinario para determinar cuál es el mejor derecho, el de la propiedad comunal ancestral de la tierra o el de propiedad privada.

91. Al respecto, la Corte considera que el citado argumento del Estado encierra aspectos relacionados con la falta de agotamiento de recursos internos. Conforme a la jurisprudencia constante de este Tribunal, no es posible que en la presente etapa del procedimiento puedan discutirse asuntos que debieron tratarse en etapas anteriores y en donde ha operado una renuncia tácita del Estado a la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos⁶.

92. Sobre la efectividad del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras para comunidades indígenas, el perito Enrique Castillo manifestó que este procedimiento ha brindado resultados positivos en casos en que los terratenientes han accedido a negociar la transferencia de los inmuebles reivindicados, pero ha sido abiertamente ineficaz frente a casos en que las negociaciones con los propietarios no han sido viables (*supra* párr. 38.b).

93. El propio Estado en su contestación de la demanda señaló que

el sistema legal protectorio de los derechos indígenas en materia de sus tierras ancestrales, es eficaz dando respuesta favorables a las solicitudes, siempre que no existen derechos igualmente protegidos por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes vigentes [...]

94. Asimismo, el Estado manifestó que

“[l]a legislación interna no contempla un modo de acceder al derecho de propiedad basado en un derecho histórico” y agregó que “aunque en forma genérica se reconoce el derecho de propiedad ancestral de los indígenas a sus tierras[,] es menester que los indígenas estén en posesión y convivan en comunidad dentro de esa tierra”.

95. Al respecto, el Convenio No. 169 de la OIT, incorporado al derecho interno paraguayo mediante la Ley No. 234/93, en su artículo 14.3 dispone que

[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

96. Esta norma internacional, en conjunción con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, obligan al Estado a ofrecer un recurso eficaz con las garantías del debido proceso a los miembros de las comunidades indígenas

6 Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118, párr. 135; *Caso Tibi*, *supra* nota 179, párr. 49, y *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 81.

que les permita solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales, como garantía de su derecho a la propiedad comunal.

97. Los procedimientos establecidos en la Ley No. 854/63 y en la Ley No. 904/81 únicamente permiten al IBR y al INDI, respectivamente, disponer de tierras fiscales, expropiar tierras irracionalmente explotadas o negociar con los propietarios privados, a efectos de entregarlas a las comunidades indígenas, pero cuando los propietarios particulares se niegan a vender las tierras y demuestran la explotación racional de las mismas, los miembros de las comunidades indígenas no tienen un recurso administrativo efectivo que les permita reclamarlas.

98. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el proceso administrativo seguido ante IBR en colaboración con el INDI desconoció el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Además, el Tribunal observa que este procedimiento se mostró abiertamente inefectivo para atender las solicitudes de reivindicación de las tierras que los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa consideran como su hábitat ancestral y tradicional.

*

* *

99. La Corte ha dicho que el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales⁷.

100. El artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención. Es necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado⁸.

101. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Estados Partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las

7 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 176, párr. 135; *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 176, párr. 135, y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237.

8 Cfr. *Caso Caesar*, supra nota 2, párr. 93.

normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido.

102. De conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos.

103. En el presente caso, el Paraguay no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para asegurar un procedimiento efectivo que dé una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la Comunidad Yakye Axa, en los términos del párrafo anterior.

104. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Yakye Axa desconoció el principio del plazo razonable y se mostró abiertamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma.

105. En cuanto al recurso de amparo y a las acciones de no innovar y anotación en la litis, la Corte considera que son procesos accesorios, que dependen del proceso administrativo de reivindicación de tierras, que ya fue calificado por la Corte como inefectivo. Por lo que no hay necesidad de entrar en más detalles. [...]

IX. Violación del artículo 21 de la convención americana (derecho a la propiedad privada) en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma

Alegatos de la Comisión

120. En cuanto al artículo 21 de la Convención, la Comisión alegó que:

- a) el derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana no puede interpretarse aisladamente, sino que debe hacerse tomando en cuenta el conjunto del sistema jurídico en el que opera, considerando tanto el derecho nacional como el internacional, en virtud del artículo 29 de la Convención. Al respecto, y en una situación que también involucraba reclamaciones sobre tierras ancestrales de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana, mediante una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención, consideró que dicho artículo protege los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal;
- b) si bien la legislación vigente en el Paraguay presenta un marco jurídico favorable para los pueblos indígenas, ésta no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañada de políticas y acciones estatales que velen por la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas a las que el propio Estado soberanamente se ha obligado;
- c) la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra;
- d) en el año 1993 la Comunidad Yakye Axa inició los trámites contemplados en la legislación paraguaya para reclamar al menos parte de su territorio ancestral. Desde esa fecha han transcurrido 12 años y la Comunidad aún no puede gozar de las tierras que reclama;
- e) en este caso se realizaron todos los trámites para encontrar una “solución definitiva” al reclamo planteado por la Comunidad. Solución que contemplaba al menos dos vías. La primera, la compra directa del bien reclamado para luego ser transferido a la comunidad solicitante y, la segunda, en caso de no fructificar la compra directa del bien reclamado, solicitar la expropiación del bien. Efectivamente, el Poder Ejecutivo, a través del INDI y del propio Presidente de la República, ha intentado estas vías sin resultados. El Poder Legislativo ha denegado el reclamo aduciendo “la racionalidad de la explotación en la tierra reclamada”;

- f) las tierras reclamadas por la Comunidad indígena Yakye Axa son parte de su hábitat tradicional o territorio ancestral, tal como el propio Estado lo reconoció. La Corte debería tutelar el derecho de la Comunidad a vivir en dicho territorio, derecho contemplado y protegido por el artículo 21 de la Convención y por la propia legislación interna paraguaya;
- g) el territorio que reclaman es un lugar sagrado, es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece, es el lugar donde podrán recuperar la convivencia, la cultura y la alegría;
- h) la ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena de acuerdo a la legislación paraguaya no se restringe al simple núcleo de casas de los indígenas. Por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural;
- i) ha quedado acreditado que la Comunidad Yakye Axa es una comunidad cazadora y recolectora, por lo que la superficie del territorio que se le transfiera debe ser suficiente para que preserve sus propias formas de vida, asegure su viabilidad cultural y económica, así como su propia expansión, y
- j) el Estado no ha garantizado el derecho de propiedad de la Comunidad indígena Yakye Axa de Pueblo Enxet–Lengua y sus miembros a su territorio ancestral, privándoles no sólo de la posesión material de su territorio sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Alegatos de los representantes

121. En cuanto al artículo 21 de la Convención, los representantes alegaron que:

- a) éste incluye el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la propiedad comunitaria sobre las tierras ancestralmente habitadas, tierras que incorporan su hábitat tradicional, esto es, el hábitat que los miembros de estas comunidades han recorrido y humanizado, y en relación con el cual mantienen vínculos de pertenencia. En estas tierras los pueblos y comunidades indígenas, por el solo hecho de su existencia, tienen el derecho a vivir libremente;
- b) el reconocimiento del derecho a vivir en la tierra de los antepasados y en el hábitat humanizado por los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con su propia forma de vida, implica la adopción, en el orden jurídico interno del Paraguay, de un concepto de derecho de propiedad

de la tierra distinto del concepto general del derecho de propiedad privada. Conforme a este concepto, la tierra vuelve a ser fuente de la vida y de la cultura de los pueblos y comunidades indígenas. Esto implica, a su vez, la adopción de criterios de valoración del uso de la tierra distintos a los contemplados en el derecho privado y en el propio derecho agrario;

- c) la Constitución Nacional del Paraguay reconoce el derecho de los pueblos indígenas, como grupos de cultura anteriores a la conformación del Estado, a vivir en su tierra ancestral y en su hábitat respectivo. La Constitución es complementada por el Convenio No. 169 de la OIT, incorporado en el derecho interno paraguayo, mediante la Ley No. 234 de 1993. De esta forma, el Convenio No. 169 de la OIT, en los términos del artículo 29.b) de la Convención, establece el alcance dado por la legislación paraguaya al derecho de propiedad y vincula asimismo al Estado en su deber de protección del derecho de propiedad comunitaria;
- d) el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva de sus tierras tradicionales se concreta, entre otras, en la obligación del Estado de delimitar, demarcar y titular el territorio de las respectivas comunidades. En este mismo sentido, el Estado tiene la obligación de restituir a los pueblos y comunidades indígenas su tierra ancestral y el hábitat que les es propio, así como protegerlos de terceros que pretenden turbar la posesión o realizar actos contra su integridad, sobre la existencia, valor, uso o el goce de los bienes ubicados en las zonas geográficas donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad;
- e) la obligación de los Estados de restituir sus tierras a comunidades indígenas debe realizarse acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas;
- f) en los trámites de reivindicación de las tierras ancestrales de la Comunidad ante el IBR y ante el INDI, el Estado ha reconocido y señalado el territorio que debería ser demarcado, delimitado y titulado a favor de la Comunidad Yakye Axa. Ese territorio corresponde a la tierra ancestral de la Comunidad. Sin embargo, a pesar de este explícito reconocimiento, el Estado no ha garantizado el derecho de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad y posesión comunitaria de su tierra ancestral;
- g) lo que la Comunidad Yakye Axa reclama es la tierra ancestral a la que pertenece históricamente y de la que depende la permanencia e identidad de la Comunidad como tal. En este sentido, la Comunidad ha probado con su historia (recogida en los testimonios de sus miembros y en los peritajes antropológicos) y con las normas y usos que guían su manera de identificar su tierra, que el derecho de propiedad comunitaria existía

antes de ser despojada de la misma, y de que varias de las familias de la Comunidad se vieron forzadas a desplazarse a la Colonia de “El Estribo”. El desplazamiento de la Comunidad a esta Colonia, forzado por condiciones de extrema precariedad y pobreza, no ha anulado ese derecho. Este es el aspecto del derecho de propiedad comunitaria cuya protección se reclama en el marco de la Convención Americana, interpretada a la luz del Convenio No. 169 de la OIT y de las obligaciones reconocidas en la propia Constitución paraguaya, y es el aspecto del derecho que no ha sido garantizado por el Estado;

- h) el derecho a la tierra ancestral prevalece, en este sentido, en el marco de la Convención Americana y en el orden constitucional paraguayo sobre el derecho de propiedad privada. Este derecho goza de una posición preferente frente al derecho de propiedad en general, y ello en razón del conjunto de derechos que, en la situación específica de la Comunidad Yakye Axa, están vinculados estrechamente a la garantía de este derecho: el derecho a la vida, el derecho a la identidad étnica, el derecho a la cultura y a la recreación de la misma, el derecho a la integridad y supervivencia como comunidad indígena;
- i) la imposibilidad de restituir la tierra ancestral a la Comunidad Yakye Axa en razón de la existencia de una “explotación racional” por los actuales propietarios de la tierra reclamada, es un argumento errado. En el presente caso, el Estado ha aplicado a la tierra ancestral criterios de valoración de la explotación de la tierra propios del derecho agrario rural no indígena, a pesar de la incorporación en su legislación interna del Convenio No. 169 de la OIT y de la remisión expresa que hace la Ley No. 904/81 al Convenio, y
- j) la Convención Americana provee pautas para definir las restricciones permisibles a los derechos; a saber: a) ser una medida adoptada legalmente, b) ser necesaria (y no solo útil o razonable) y c) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática de acuerdo con lo establecido por la Convención. En el presente caso, la decisión tomada no es una medida necesaria porque es posible compensar económicamente a los actuales propietarios, no corresponde a la medida menos restrictiva del derecho, ya que sacrificar el derecho de propiedad de la Comunidad Yakye Axa a su tierra ancestral en aras de tutelar una particular noción de productividad de la propiedad privada implica sacrificar la existencia misma de la Comunidad, y no garantiza tampoco el interés social en una sociedad democrática y pluralista en el marco de la Convención.

Alegatos del Estado

122. En cuanto al artículo 21 de la Convención, el Estado alegó que:

- a) el instrumento de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana es suficientemente claro cuando establece que los hechos a ser juzgados por este Tribunal, a la luz de la Convención, deben ser posteriores a la ratificación producida el 11 de marzo de 1993. En consecuencia, devienen improcedentes los argumentos históricos (coloniales y post-coloniales) introducidos por la parte demandante en el presente caso;
- b) no ha violado el derecho a la propiedad comunitaria de la Comunidad Yakye Axa. Reconoce su derecho a las tierras ancestrales, que abarcan una parte importante del vasto territorio chaqueño y que corresponden a un espacio geográfico mucho más amplio que el espacio reivindicado de la Estancia Loma Verde, y en tal sentido ha venido actuando diligentemente para allanar el camino para ese fin;
- c) según el informe final del II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002, la Comunidad Yakye Axa forma parte de la familia lingüística Lengua-Maskoy, autodenominado Enxet-Sur. Si alguna vez los miembros de esta Comunidad indígena estuvieron en la finca que hoy reivindican: Estancia Loma Verde, lo hicieron individualmente como “peones”. En efecto, se ha probado que muchos de los indígenas identificados como “peones” de la mencionada Estancia han nacido en lugares diversos. Sus ascendientes probablemente vivieron y migraron internamente en un amplio territorio del Chaco Central, dentro del cual se encuentra la Estancia en cuestión, así como otras estancias con fincas diferentes, lo cual hace que sea inexplicable jurídica y racionalmente la radicalización del petitorio de expropiación de la Estancia Loma Verde;
- d) la Comunidad Yakye Axa no tiene ni la propiedad ni la posesión de la tierra reclamada. Sus reivindicaciones se basan en un derecho ancestral de sus antepasados, documentado únicamente en un dictamen antropológico formulado por el antropólogo Miguel Chase Sardi, quien en una obra anterior sobre comunidades indígenas del Paraguay no hace referencia a la propiedad ni a la posesión de las tierras que reivindica la Comunidad Yakye Axa;
- e) en el derecho paraguayo no hay forma de adquirir derecho de propiedad con sólo justificar que alguna vez los antepasados ocuparon tal o cual espacio geográfico;
- f) el derecho a la tierra ancestral debe ir acompañado de la posesión del bien reivindicado. Si bien el Poder Ejecutivo ha reconocido que el territorio tra-

dicional de la población indígena identificada como Enxet-Lengua tenía su hábitat tradicional en la zona del Chaco paraguayo, no significa que por su sola voluntad se estaría desposeyendo a quienes tienen la propiedad de los inmuebles conforme a la legislación interna. En tal sentido, el Poder Judicial es el que tiene la jurisdicción para entender en los casos de disputa del mejor derecho. En este caso, el Poder Judicial ha determinado que no es posible privar a los propietarios del inmueble de ejercer dentro de su propiedad los derechos que la ley le confiere. Asimismo, el Poder Legislativo ha denegado la expropiación solicitada por haberse comprobado que el inmueble reclamado está racionalmente explotado;

- g) ha garantizado a la Comunidad indígena el acceso a todos los medios legales disponibles para ejercer el derecho a la propiedad, y si tal derecho no se ha podido satisfacer hasta la fecha se debe a situaciones de hecho y de derecho que no han sido resueltas en sede interna, sin que ello represente una obstrucción o denegación de derechos;
- h) ha ofrecido a la Comunidad Yakye Axa soluciones de ubicación temporal, mientras se negociaba una solución al fondo del asunto, sin que ello fuera posible dada la intransigencia de los representantes y la insistencia de los miembros de la Comunidad de ubicarse en la vera del camino público. Asimismo, el INDI ha ofrecido a la Comunidad, como alternativa de solución a este conflictivo caso, una propiedad de 25.000 hectáreas en una zona de asentamiento de un grupo importante del pueblo Enxet-Lengua. Sin embargo, este ofrecimiento, inicialmente aceptado por los líderes indígenas, fue rechazado al día siguiente de la reunión mantenida con los representantes de la Comunidad;
- i) con el propósito de terminar el litigio, los líderes de la Comunidad indígena Yakye Axa han manifestado su voluntad de llegar a un acuerdo en relación con varias ofertas realizadas por el Estado para su asentamiento definitivo. Sin embargo, los representantes han mantenido la petición de las 18.000 hectáreas en la propiedad de la Estancia Loma Verde, por lo que han sustituido la voluntad de la Comunidad que sí está dispuesta a considerar una solución alternativa que se adecue a sus pretensiones conforme a la ley;
- j) no ha intervenido en la migración de la Comunidad Yakye Axa hacia la denominada “zona anglicana” o específicamente a la Estancia “El Estribo”;
- k) el derecho a la tierra comunitaria consagrado por la Constitución Nacional del Paraguay protege el colectivo conformado por los individuos de una misma cultura, en la inteligencia de que ésta perdurará sobre la base del intercambio socio cultural de sus integrantes. La legislación paraguaya regula la cantidad de tierra que corresponde a una comunidad

organizada con personería jurídica, que en el caso de la región occidental del Chaco es de un mínimo de 100 hectáreas por familia;

- l) las instituciones administrativas internas han encontrado dificultades para responder efectivamente el reclamo de la Comunidad Yakye Axa, debido a la compleja situación de colisión de derechos, entre los institutos del derecho a la propiedad privada y a la propiedad comunitaria de tierras indígenas, ambos amparados constitucionalmente y por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y
- m) está dispuesto a encontrar una solución al problema de acceso a la tierra comunitaria de la Comunidad en el marco de la Constitución, de la Convención Americana, del Convenio No. 169 de la OIT, agotando todos los medios internos a su alcance, como la negociación con los propietarios, la eventual solicitud de expropiación o la ubicación en una tierra en la extensión y calidad necesarias para el desarrollo de sus actividades tradicionales, más aún teniendo en cuenta que dicha Comunidad no tiene arraigo en un lugar determinado, sino que considera como su territorio una vasta extensión del Chaco paraguayo.

Consideraciones de la Corte

123. El artículo 21 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

124. Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente⁹, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho (*supra* párr. 51).

9 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 176, párr. 148.

125. En otras oportunidades, tanto este Tribunal¹⁰ como la Corte Europea de Derechos Humanos¹¹ han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

126. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención)¹².

127. En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintivos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

128. Al respecto, la Corte ha señalado que:

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo¹³.

10 Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, párr. 165; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, supra nota 176, párr. 146; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 182, párr. 193, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/97 de 14 de noviembre de 1997. Serie A No. 16, párr. 114.

11 Cfr. *Eur. Court H.R., Tyrer v. The United Kingdom*, 5856/72, judgment of 25 April 1978. Series A no. A26, párr. 31.

12 Cfr. *Caso Tibi*, supra nota 179, párr. 144; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, supra nota 192, párr. 164; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros)*, supra nota 182, párrs. 192 y 193; y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra nota 191, párr. 113.

13 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120, y cfr. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, supra nota 191, párr. 115.

129. Debe tenerse en cuenta, además, que en virtud del artículo 29.b) de la Convención ninguna disposición de ésta puede 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 o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

130. El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.

131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras¹⁴.

132. Al respecto, el testigo Albino Fernández, maestro y miembro de la Comunidad Yakye Axa, en su declaración por *affidávit* señaló que

[l]as celebraciones que hacemos en la Comunidad, pero no en nuestras tierras, no las podemos hacer siguiendo del todo la tradición, no las podemos hacer completas.

[...]

En nuestras tierras, en las tierras Yakye Axa, al este del casco de la Estancia Loma Verde, se encuentra el cementerio de nuestros antepasados, donde la Comunidad enterraba a los ancianos que vivieron y murieron ahí. De recuperar nuestras tierras, allí seguiríamos enterrando a nuestros muertos. Para cambiar y mejorar toda esta situación necesitamos nuestras tierras. Sin nuestras tierras sufre el maestro, sufren los niños y las niñas y sufren sus padres.

[...]

En nuestras tierras podríamos también mantener nuestro idioma y nuestra cultura tradicional y enseñarlos en la Escuela.

14 Cfr. *Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, y *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 176, párr. 149.

133. Por su parte, el señor Tomás Galeano, líder de la Comunidad, manifestó que:

pensamos ir a Yakye Axa porque ahí tenemos todo, [...] según nuestra cultura, del bosque, de los animales, ahí ya entra la fiesta cultural que nosotros podamos realizar adentro del territorio de Yakye Axa para esa práctica de la cultura.

134. En este sentido, el señor Tomás Galeano indicó que

la fiesta consiste, la cultura nuestra consiste [en] la armonía, tranquilidad. También [...] puede haber entre eso gente que cura a los enfermos, que cura a su comunidad, que protege a su gente, por eso nuestros hijos estaban muy bien anteriormente, y nuestros nietos porque habían muchos chamanes entre nosotros, por eso necesitamos, requerimos tener el territorio nuestro [...] para seguir practicando la cultura nuestra.

135. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religión y, por ende, de su identidad cultural.

136. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

137. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corpóreos e incorpóreos y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”¹⁵.

138. La Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgando-

15 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 176, párr. 144, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 176, párr. 122.

les, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención, como lo ha hecho en los párrafos anteriores. La Constitución señala:

Artículo 62 – DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 63 – DE LA IDENTIDAD ÉTNICA

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Artículo 64 – DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Artículo 65 – DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66 – DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

139. Por su parte, el artículo 3 de la Ley No. 43/89 señala que el asentamiento de las comunidades indígenas comprende un “área física conformada por el núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural [...]”.

140. Ahora, en el presente caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad

Yakye Axa, a sus territorios, en el entendido de lo que la tierra significa para sus miembros, ni se discute el hecho que la caza, pesca y recolección sea un elemento esencial de su cultura. Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas. Lo que está en discusión es la realización efectiva de estos derechos.

141. Como ya fue señalado, Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero, en el presente caso, la Corte debe determinar si lo ha hecho efectivo en la realidad y la práctica. Está probado (*supra* párr. 50.24) que los miembros de la Comunidad iniciaron desde 1993 los trámites establecidos en la legislación interna para la reivindicación de los territorios que reclaman como propios, sin que hasta la fecha sus derechos territoriales hayan sido materializados. En efecto, el Estado en su contestación a la demanda “reconoc[ió] que por circunstancias de hecho y de derecho no ha podido satisfacer este derecho hasta la fecha”.

142. El Estado alegó que el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad no ha podido efectivizarse porque los representantes de la misma han mantenido una actitud “intransigente en la obtención de 18.000 [hectáreas] de la Estancia Loma Verde” y porque el Congreso “ha considerado la productividad o la utilización económica de la tierra” como criterio para negar la expropiación de los territorios reivindicados, haciéndose imposible que el Estado confisque tierras en desconocimiento del derecho a la propiedad privada de sus actuales dueños.

143. 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. No obstante, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad.

144. Ahora bien, 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.

145. El artículo 21.1 de la Convención dispone que “[l]a ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las

restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido¹⁶.

146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

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

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

149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que

16 Cfr. (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 179, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 181, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 176, párr. 155.

se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (*supra* párrs. 131, 135 y 139).

150. Al respecto, el artículo 16.4 del Convenio No. 169 de la OIT, al referirse al retorno de los pueblos indígenas a los territorios de los que han sido desplazados señala que

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

151. La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario.

152. En el presente caso, no se ha llegado a un acuerdo entre los miembros de la Comunidad y el Estado respecto de los ofrecimientos de tierras alternativas que este último ha realizado. El testigo Esteban López, en la audiencia pública llevada ante este Tribunal, sostuvo que

[...]astimosamente para el Gobierno yo creo que no han trabajado en forma en donde corresponde, en forma legal, digamos así, el Gobierno de Paraguay puede hacer lo que quiera, no consultar a los pueblos indígenas, podemos hacer la aclaración, porque si la Cámara de Diputados tenía interés de solucionar el problema, por qué no se llega a la Comunidad, se reúne con la gente, queremos preguntar esta oferta, tenemos un lugar, [...] buscamos una solución, usted podrá estar de acuerdo, o no estar de acuerdo, pero nosotros recibimos la notificación sin consulta, así rápidamente se quiso hacer y después viendo a los propietarios con papel en su mano, toda la noche anda por mi casa, [...] hay que saber, hay que entender, entonces, eso es una violación, [...] si hubiese sido la voluntad del Estado de buscar una salida, bueno, nos reunimos otras veces, llegamos a un acuerdo, firmamos todos, no hay problema, no se puede hacer jugar un indígena [...].

Nosotros conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas, los Estados, si se llega a un acuerdo con la Comunidad yo creo que se solucionaría el problema, pero depende ya de los grupos, de los miembros de la Comunidad, pero el acercamiento al Estado tiene que ser, no sé, cada semana, porque como estoy diciendo, estoy expresando nuestra lucha ya propusimos que es una lucha sagrada, hemos pasado momentos difíciles y la

lucha no se puede vender no más en un día ni en ocho días, y hay que dialogar, llevaría mucho tiempo.

153. Debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁷.

154. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.

155. Si bien el Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria en su propio ordenamiento, no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo por parte de los miembros de la Comunidad Yakye Axa de sus tierras tradicionales y con ello ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales, en los términos señalados en el párrafo anterior.

156. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. [...]

17 Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 187, párr. 142; *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 176, párr. 168, y *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 109.

**La posesión no es un requisito
que condicione la existencia del derecho
a la recuperación de las tierras indígenas
y ese derecho no caduca si se continúan realizando
actividades tradicionales en ellas**

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay
Sentencia de 29 de marzo de 2006
(Fondo, Reparaciones y Costas)

**[...] IX. Violación del artículo 21 de la Convención Americana
(Derecho a la Propiedad Privada) en relación con los artículos
1.1 y 2 de la misma**

Alegatos de la Comisión:

113. En relación con el artículo 21 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma, la Comisión alegó que:

- a) el Paraguay no ha garantizado el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de sus tierras ancestrales, privando en consecuencia a dicha Comunidad indígena y a sus miembros no sólo de la posesión material de sus tierras sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica;
- b) la legislación vigente en el Paraguay constituye un marco jurídico favorable para los pueblos indígenas, sin embargo, por sí sola no puede garantizar los derechos de estos pueblos. En el caso en estudio, a pesar de existir normas constitucionales y legales que reconocen el derecho de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa a su territorio ancestral y a pesar del reconocimiento expreso de este derecho por parte del Estado, aún se encuentran pendientes las gestiones de restitución iniciadas por éstos en el año 1993, y
- c) las tierras reclamadas por la Comunidad son parte de su hábitat tradicional o territorio ancestral y su situación actual viola el derecho de la misma a vivir en dichas tierras. La Comisión no desconoce que, como lo ha alegado el Estado, el territorio del pueblo Enxet–Lengua comprende

un territorio ancestral mucho más amplio que el señalado por la Comunidad como su hábitat tradicional, el cual representa una ínfima porción de todo el territorio ancestral del pueblo Enxet-Lengua; sin embargo, la zona reivindicada no es producto de un capricho de los miembros de la Comunidad indígena y eso se desprende de los testimonios presentados como prueba al Tribunal.

Alegatos de los representantes

114. En relación con el artículo 21 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma, los representantes alegaron que:

- a) de acuerdo con lo señalado por el Estado, estarían en colisión el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa y el derecho a la propiedad privada particular de los actuales propietarios de la tierra. Al respecto, el Estado debió argumentar que, en el caso concreto, la invocación del principio de explotación racional de la tierra reivindicada por la Comunidad, por los actuales propietarios privados, configuraba un interés público imperativo, distinto al cumplimiento de un propósito útil u oportuno. El Estado no ha presentado ningún argumento en ese sentido. Por el contrario, en el presente caso el desconocimiento del derecho ancestral de la Comunidad y de sus miembros sobre sus tierras afectaría radicalmente otros derechos básicos, entre ellos y de un modo fundamental, el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de la Comunidad indígena y de sus miembros;
- b) la restricción permitida actualmente por el Estado al derecho de propiedad comunitaria de la Comunidad Sawhoyamaxa a su hábitat tradicional excede el principio de proporcionalidad. En primer lugar, no es claro cuál es el fin legítimo que se busca con la no restitución de su hábitat tradicional. En segundo lugar, la restricción actualmente existente no solo interfiere el ejercicio del derecho de la Comunidad a su tierra ancestral sino que la impide de una forma absoluta y afecta otros derechos básicos ligados esencialmente al derecho a la tierra. En tercer lugar, en la medida en que la restricción impuesta al ejercicio del derecho de la Comunidad anula totalmente el ejercicio del derecho, resulta, en sí, desproporcionada, con independencia del interés legítimo que el Estado pudiese alegar, y
- c) el reconocimiento de la injusticia del despojo padecido por la Comunidad Sawhoyamaxa, permitiría también al Tribunal considerar la violación de los principios de necesidad, proporcionalidad y logro de objetivos legítimos en una sociedad democrática cometida por el Paraguay al no restituir a la Comunidad su tierra ancestral.

Alegatos del Estado

115. En relación con el artículo 21 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la misma, el Estado alegó que:

- a) ha garantizado a los miembros de la Comunidad el acceso a todos los medios legales disponibles para ejercer el derecho de propiedad, y si tal derecho no se ha podido satisfacer hasta la fecha se debe a situaciones de hecho que no han podido ser resueltas en sede interna, sin que ello represente una obstrucción o denegación de derechos;
- b) las tierras solicitadas por la Comunidad fueron declaradas parte de su hábitat tradicional por el INDI, lo que sin embargo tropieza con el problema de que el propietario del área solicitada se ha negado a vender dicha propiedad al INDI, para que pueda ser transferida a la Comunidad Sawhoyamaxa. Además, el propietario está amparado por un tratado suscrito entre el Paraguay y Alemania relativo al fomento y recíproca protección de inversiones de capital de ambos países;
- c) ha ofrecido a los miembros de la Comunidad soluciones de ubicación temporal mientras se negociaba una solución de fondo. Esto no ha sido posible por causa de la intransigencia de los representantes legales de la Comunidad indígena y la negativa de sus miembros a ubicarse en otros sitios no conflictivos;
- d) la ubicación geográfica de los Enxet–Lengua comprende un territorio ancestral mucho más amplio que el que precisamente señalan como su lugar tradicional, por cuya causa hoy demandan al Estado;
- e) no niega sus obligaciones de restituir derechos a estos pueblos, pero ellos deben ser proporcionales a los del resto de la población que también cumple con las demás obligaciones que impone la ley para acceder a la propiedad de la tierra;
- f) llama la atención que siendo la Comunidad Yakye Axa y la Comunidad Sawhoyamaxa, comunidades indígenas pertenecientes a una misma etnia o pueblo –Enxet Lengua–, reivindiquen cada una fracciones de tierra ubicadas en lugares tan distantes. Al separarse cada grupo en una comunidad diferente, han “elegido” un espacio de tierra particular como de “sus ancestros”, sin mayores exigencias que su propio capricho. Sus lugares históricos de movilidad comprenden un espacio mayor dentro del territorio chaqueño, por lo que su empecinamiento en reivindicar propiedades declaradas racionalmente explotadas y con los títulos de propiedad en regla, es una muestra de intolerancia y evidencia la voluntad de obstaculizar la labor del Paraguay, y

- g) no ha violado derechos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa ni de ningún otro colectivo indígena en cuanto a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos de los pueblos indígenas del Paraguay. Por el contrario, nunca como en esta etapa de la historia del Paraguay se han reconocido y protegido tantos y tan variados aspectos de la vida de la ciudadanía en general y de las comunidades indígenas en particular.

Consideraciones de la Corte

116. El artículo 21 de la Convención Americana dispone que:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

117. Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención, en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos^{*1}. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93².

118. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana³. La

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párrs. 124 a 131, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 148 y 149.

2 Ley No. 234/93 que ratifica el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes.

3 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párrs. 137, y *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 184, párr. 149.

cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁴.

119. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

120. Asimismo, este Tribunal considera que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”⁵. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas.

121. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”⁶.

4 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 1, párr. 135.

5 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 184, párr. 149.

6 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 1, párr. 137; *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, supra nota 184, párr. 144, y *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 122.

122. La Constitución paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunales de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención.

123. Por su parte, el artículo 3 de la Ley No. 43/89 señala que el asentamiento de las comunidades indígenas comprende un “área física conformada por el núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural [...]”.

124. En el presente caso el Estado no niega que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a contar con tierras propias; que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura; que los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa descienden del subgrupo Chanawatsan, el que a su vez pertenece al pueblo Enxet, habitante tradicional del Chaco paraguayo; y que las Estancias Santa Elisa y Michi “fueron declaradas parte de[el] hábitat tradicional [de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa] por el INDI”. Lo que se discute es la realización efectiva del derecho a la propiedad.

125. El Estado ha señalado que “no niega sus obligaciones de restituir derechos a estos pueblos”, pero los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa “reclaman la propiedad de un inmueble sin otro título que un informe antropológico que, aunque muy atendible, colisiona con un título de propiedad del inmueble que ha estado inscripto y ha sufrido la tradición de propietario en propietario desde hace mucho tiempo”. Asimismo, el Estado teme que de concederse la solicitud de los indígenas, “estaría siendo condenado por ‘pecados’ cometidos durante la [C]onquista” (comillas internas del original), y que se podría llegar “al absurdo de que todo el país podría ser reivindicado por los pueblos indígenas, ya que son los primitivos habitantes de la extensión territorial que hoy se denomina Paraguay”.

126. Consecuentemente, para analizar las controversias planteadas, el Tribunal examinará, en primer lugar, si la posesión de las tierras por parte de los indígenas es un requisito para acceder al reconocimiento oficial de propiedad sobre los mismos. En caso de que la posesión no sea un requisito que condicione la existencia del derecho a la devolución, la Corte analizará, en segundo lugar, si tal derecho tiene un límite temporal. Finalmente, el Tribunal se referirá a las acciones que el Estado debe adoptar para hacer efectivo el derecho de propiedad comunitaria de los indígenas.

i) la posesión de las tierras

127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro⁷. Por otro lado, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte consideró que los miembros del pueblo N'djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros⁸. Finalmente, en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita⁹.

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes 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 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. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.

129. El Paraguay reconoce el derecho de los pueblos indígenas a solicitar la devolución de sus tierras tradicionales perdidas. En efecto, la Ley No. 904/81 consagra el procedimiento a seguirse para la reivindicación de tierras de dominio privado. Las normas pertinentes señalan que:

7 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 184, párr. 151.

8 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. párr. 134.

9 Cfr. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párrs. 124 a 131.

Artículo 24.– La solicitud de tierras del dominio privado para el asentamiento de comunidades indígenas será hecha por la propia comunidad, o por cualquier indígena o indigenista con personería jurídica en forma directa al I.B.R. o por intermedio del [INDI].

El IBR podrá hacerlo de oficio, en coordinación con el Instituto.

Artículo 25.– La solicitud contendrá los mismos requisitos establecidos en el artículo 22, inc. a)¹⁰ incluyendo el nombre y apellido de los propietarios de la fracción que los indígenas ocupen. El procedimiento será el establecido en el mismo artículo.

Artículo 26.– En casos de expropiación, el procedimiento y la indemnización se ajustarán a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes y para el pago de las indemnizaciones serán previstos los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación.

130. Consecuentemente, conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tiene el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierras tradicionales, aún cuando éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de las mismas.

ii) limitación temporal del derecho de recuperación

131. El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo

10 El artículo 22 de la Ley No. 904/81 dispone que

[p]ara el asentamiento de comunidades indígenas en tierras fiscales, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Denuncia del Instituto al I.B.R. sobre la existencia de una comunidad indígena, con expresión del número de sus integrantes, lugar en que encuentra, tiempo de permanencia en el mismo, cultivos y mejoras introducidas, fracción ocupada efectivamente y la reclama adicionalmente para atender a sus necesidades económicas y expansión;
- b) Ubicación de la fracción en el catastro del I.B.R. dentro de los veinte días de la presentación;
- c) Inspección ocular por parte del I.B.R. dentro del plazo de treinta días de la ubicación en el catastro, incluyéndose en este plazo la presentación del informe;
- d) Mensura y deslinde de la fracción a cargo del I.B.R. dentro del término de sesenta días a contar de la presentación del informe del funcionario comisionado para la inspección ocular;
- e) Aprobación de la mensura dentro del plazo de treinta días desde la fecha de su presentación; y
- f) Resolución del I.B.R., previo dictamen favorable del Instituto, habilitando el asentamiento de la comunidad indígena.

indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura¹¹.

132. Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.

133. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados del presente fallo (*supra* párr. 73.70), los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación, continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias. Así lo señalan los propios miembros de la Comunidad que presentaron sus declaraciones mediante affidavit:

“[N]osotros no podíamos cambiar las tierras donde vivieron nuestros padres, nuestros abuelos así porque sí, nosotros sentíamos una identificación plena con Sawhoyamaya, eso sostenemos hasta ahora [...] Las tierras que solicitamos eran las que nuestros ancestros usaban para cazar y son las únicas que todavía tienen monte y otras cosas [...] que son importante para nosotros, para que podamos vivir, como agua. Tiene mucho significado para nosotros porque antes eran nuestras. Ahí también están enterrados muchos de nuestros antepasados. [...]”

Esas tierras son las mejores para que nosotros podamos vivir, no es que pidamos porque sí, sino porque son las únicas que todavía tienen rastros de nuestros abuelos”¹².

“En esa forma también nos afecta la falta de tierra, nosotros no queremos enterrar así nomás a nuestros muertos en la calle, pero como no tenemos tierra propia lo hacemos en un cementerio que está en Loma Porâ, pero nos gustaría que se nos restituya nuestra tierra de Sawhoyamaya para que esto ya no pase y podamos dar sepultura a nuestro seres queridos en las tierras que estamos pidiendo”¹³.

11 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párr. 154.

12 Cfr. declaración rendida ante fedatario público por el Carlos Marecos el 17 de enero de 2006, *supra* nota 27.

13 Cfr. declaración rendida ante fedatario público por la señora Elsa Ayala el 17 de enero de 2006, *supra* nota 119.

“Muchas veces queremos recurrir a nuestros conocimientos de medicina tradicional, pero no podemos acceder a la recolección de hierbas medicinales porque se encuentran dentro de las tierras alambradas y debemos resignarnos a las enfermedades y las muertes”¹⁴.

“Es triste porque se pierde nuestro idioma. En Km. 16 son cada vez menos los que hablan nuestro idioma, ya en Loma Porâ se comenzaba a perder porque estábamos entre paraguayos también, así, ahora que estamos sobre la ruta se pierde todavía más. No es que no queramos hablar, nosotros queremos recuperar nuestras costumbres, pero es difícil cuando, en la escuela por ejemplo y en el día a día tenemos que tratar y convivir con paraguayos nada más, es difícil que nuestros niños aprendan nuestras costumbres así [...]. Si hay profesores que enseñen en nuestro idioma rápido vamos a poder usar y hablar, y así vamos a recuperar nuestra cultura que se va perdiendo... Cuando yo era chica veía como nuestra gente practicaba nuestros ritos, y ahora las mujeres ancianas nos cuentan cómo era cuando eso, ahora ya no se hace más eso, porque es difícil ahora donde estamos viviendo. ¿Cómo vamos a poder si no tenemos un lugar adecuado? En la calle no se puede, además necesitamos algunos recursos de la naturaleza que no podemos conseguir en esta situación, por eso pensamos que si tenemos nuestras tierras todo eso vamos a poder recuperar y así nuestros niños no van a pasar lo que ahora pasamos. Vamos a poder practicar nuestras costumbres”¹⁵.

134. Por lo anterior, la Corte considera que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa de recuperar sus tierras perdidas no ha caducado.

iii) acciones para efectivizar el derecho de los miembros de la Comunidad sobre sus tierras tradicionales

135. Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión¹⁶.

14 Cfr. declaración rendida ante fedatario público por el señor Leonardo González el 17 de enero de 2006, *supra* nota 145.

15 Cfr. declaración rendida ante fedatario público por la señora Mariana Ayala el 17 de enero de 2006, *supra* nota 120.

16 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párr. 149.

136. Ahora bien, la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado paraguayo. No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa.

137. En tal sentido, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional. El Estado ha presentado tres argumentos: 1) que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario “desde hace mucho tiempo” y están debidamente inscritas; 2) que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3) que el propietario de las tierras “está amparado por un Tratado entre la República del Paraguay y la República Federal de Alemania[,] el cual [...] es Ley de la Nación”.

138. Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye *per se* un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar *prima facie* las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, por lo que hace remisión expresa a lo ya resuelto¹⁷.

139. El mismo análisis se aplica al segundo argumento del Estado respecto a la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos.

17 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párr. 149.

140. Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes “por causa de utilidad o interés público”, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados¹⁸.

141. Por lo expuesto, la Corte rechaza los tres argumentos estatales señalados *supra*, y no los considera suficientes para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya.

*

142. Finalmente, debe recordarse que, con fundamento al artículo 1.1 de la Convención, el Estado está obligado a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁹.

143. Si bien el Paraguay reconoce en su ordenamiento el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras y recursos naturales de los indígenas, el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya. Con ello se ha amenazado el libre desarrollo y transmisión de su cultura y prácticas tradicionales.

144. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 21 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. [...]

18 *Cfr. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 29.

19 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yákye Axa*, *supra* nota 1, párr. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 142, y *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 189, párr. 168.

El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal y de los recursos naturales que se encuentran en el territorio que les pertenece. El reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos tribales y la existencia de recursos judiciales adecuados y eficaces garantizan estos derechos

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007
(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

[...] VII

Falta de Cumplimiento del Artículo 2^{*1} (Disposiciones de Derecho Interno) y Violación de los Artículos 3² (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 21³ (Derecho a la Propiedad Privada) y 25⁴ (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 El artículo 2 establece que: “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

2 El artículo 3 establece que: “[t]oda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

3 El artículo 21 establece, *inter alia*, que: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

4 El artículo 25 establece que: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
- c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Americana, en relación con el artículo 1.1⁵ (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho instrumento

77. Debido a la interrelación de los argumentos presentados ante la Corte en el presente caso, el Tribunal abordará en un único capítulo las presuntas falta de cumplimiento con el artículo 2 y violaciones de los artículos 3, 21 y 25 de la Convención. De este modo, la Corte tratará las siguientes ocho cuestiones: primero, si los miembros del pueblo Saramaka conforman una unidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos; segundo, si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal; tercero, si el Estado ha reconocido el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka que deriva de su sistema comunal de propiedad; cuarto, si, y en qué medida, los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente tradicionalmente les pertenece; quinto, si, y en que medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y la extracción de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el presunto territorio Saramaka; sexto, si las concesiones que el Estado ya otorgó cumplen con las garantías establecidas conforme al derecho internacional; séptimo, si la falta de reconocimiento del pueblo Saramaka como persona jurídica los convierte en inelegibles conforme al derecho interno para poder recibir un título comunal de propiedad sobre sus tierras en calidad de comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de su derecho de propiedad, y finalmente, si existen recursos legales efectivos y adecuados disponibles en Surinam para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra los actos que violan su alegado derecho al uso y goce de la propiedad comunal.

A. Los integrantes del pueblo Saramaka como una comunidad tribal sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos

78. La Comisión y los representantes alegaron que el pueblo Saramaka conforma una unidad tribal y que el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho

5 Artículo 1(1) establece que: [L]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

a la posesión colectiva de la propiedad. El Estado ha objetado que el pueblo Saramaka pueda definirse como una comunidad tribal sujeta a la protección del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho a la posesión colectiva de la propiedad. Por lo tanto, la Corte debe analizar si los integrantes del pueblo Saramaka conforma una comunidad tribal y, de ser así, si está sujeta a medidas especiales que garanticen el ejercicio de sus derechos.

79. En principio, la Corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan; sino que fueron llevados durante la época de colonización a lo que hoy se conoce como Surinam (*infra* párr. 80). Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

A.1) Los integrantes del pueblo Saramaka como un grupo distinto en lo social, cultural y económico y con una relación especial respecto de su territorio ancestral

80. Conforme a la prueba presentada por las partes, el pueblo Saramaka es uno de los seis grupos distintivos maroon de Surinam, cuyos ancestros fueron esclavos africanos llevados a la fuerza a Surinam durante la colonización europea en el siglo XVII⁶. Sus ancestros se escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas⁷. El pueblo Saramaka está organizado en doce clanes de linaje materno (*lös*) y se estima que el número actual de la población Saramaka va de 25,000 a 34,000 miembros, quienes se dividen en 63 comunidades situadas en la región superior del Río Surinam y en algunas comunidades desplazadas que están ubicadas al norte y al oeste de dicha región⁸.

6 Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 291). Cfr. también Testimonio de Capitán Jefe y Fiscal Wazen Eduards durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, pp. 3-4).

7 Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 288). Cfr. también Testimonio de Capitán Jefe y Fiscal Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 4), Peritaje del Profesor Richard Price durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 57), y peritaje de Salomon Emanuels durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 67).

8 Este hecho fue reconocido por el Estado (fondo, tomo II, folio 297). Cfr. también Profesor Richard Price, "Report in support of Provisional Measures", el 15 de octubre de 2003 (expediente de apéndices a la demanda, anexo 2, folio 15).

81. Su estructura social es diferente a la de otros sectores de la sociedad en tanto el pueblo Saramaka está organizado en clanes de linaje materno (*lōs*), y se rigen, al menos en forma parcial, por sus propias costumbres y tradiciones⁹. Cada clan (*lō*) reconoce la autoridad política de varios líderes locales, incluyendo a los que ellos llaman Capitanes y Capitanes Jefes, así como un *Gaa'man*, que es el oficial de más alto rango dentro de la comunidad¹⁰.

82. Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio¹¹ ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka¹². Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera¹³. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos¹⁴. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada “primera vez”¹⁵. Durante la audiencia pública del presente caso el Capitán Jefe Wazen Edwards describió la especial relación que tienen con la tierra del siguiente modo:

9 Aunque el asunto de los derechos de propiedad está en controversia, las partes concuerdan en que el pueblo Saramaka tiene sus propias normas tradicionales y costumbres con respecto a la forma en que el pueblo Saramaka usa y goza de la propiedad.

10 *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63.

11 Al hacer referencia al término “territorio” la Corte se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente. En este sentido, el territorio Saramaka pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka (*supra* párr. 100). *Cfr.* Affidávit de Capitán Jefe y Fiscal Eddie Fonkie, el 5 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 4, folio 1911); Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 60-61), y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63.

12 *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folios 17-18).

13 *Cfr.* Testimonio del Capitán Cesar Adjako durante la audiencia pública del 9 a 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 15); Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); Informe del Profesor Richard Price del 30 de septiembre de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 1, folio 4), y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

14 *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 14), y Affidávit del Dr. Peter Poole de 30 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 8, folio 1961).

15 *Cfr.* Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63.

El bosque es como nuestro mercado local; allí obtenemos nuestras medicinas, nuestras plantas medicinales. Allí cazamos para tener carne que comer. El bosque constituye verdaderamente nuestra vida entera. Cuando nuestros ancestros se escaparon al bosque, no llevaban nada con ellos. Aprendieron cómo sobrevivir, qué plantas comer, cómo manejar sus necesidades de subsistencia una vez que llegaron al bosque. Es toda nuestra forma de vida¹⁶.

83 Asimismo, se puede caracterizar su economía como tribal. De acuerdo con el peritaje del Dr. Richard Price, por ejemplo, “la mayor cantidad de alimentos que consumen los Saramaka proviene de [...] fincas y de jardines” tradicionalmente cultivados por las mujeres Saramaka¹⁷. Los hombres, de acuerdo al Dr. Price, pescan y “cazan cerdos salvajes, ciervos, tapir, toda clase de monos, distintas clases de aves, todo lo que comen los Saramakas”¹⁸. Asimismo, las mujeres recolectan distintos tipos de frutas, plantas y minerales, que utilizan en varias formas, incluso para hacer canastas, para cocinar aceite y para los techos de sus viviendas¹⁹.

84. Por ello, de acuerdo con lo expuesto, la Corte considera que los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas son diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulan ellos mismos, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones. Consecuentemente, la Corte procederá a analizar si, y en qué medida, los integrantes de pueblos tribales requieren de ciertas medidas especiales que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos.

A.2) Medidas especiales debidas a los miembros de los pueblos tribales que garanticen el ejercicio de sus derechos

85. Esta Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan

16 Testimonio del Capitán Jefe y Fiscal Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 5).

17 *Cfr.* Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

18 *Cfr.* Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

19 *Cfr.* Peritaje del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 55); Informe del Profesor Richard Price, *supra* nota 68, y Profesor Richard Price, “Report in support of Provisional Measures”, *supra* nota 63, (folio 16).

ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural²⁰. Otras fuentes del derecho internacional han declarado, en igual sentido, que dichas medidas son necesarias²¹. Particularmente, en el caso *Moiwana*, la Corte determinó que otra de las comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que se centraba no “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”²². Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad *Moiwana* su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención²³.

86. La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos

20 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 49, párrs. 148–149, y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118–121, y 131, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131, 135–137 y 154.

21 Desde el año 1972, en la resolución adoptada por la Comisión sobre “Protección Especial de las Poblaciones Indígenas – Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial”, la Comisión declaró que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un sagrado compromiso de los Estados”. Cfr. Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas. Acción para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial, OEA/Ser.L/V/II/29 Doc. 41 rev. 2, 13 de marzo de 1973, citado en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 12/85, Caso No. 7615, Yanomami. Brasil*, 5 de marzo de 1985, párr. 8. Cfr. también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador, OAS/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev 1, 25 abril de 1997, Capítulo IX (señalando que “Dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizás sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural –un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales.”); UNCERD, *Recomendación General No. 23, Los Derechos de los Pueblos Indígenas (sesión cincuenta y uno, 1997)*, U.N. Doc. A/52/18, anexo V, 18 de agosto de 1997, párr. 4 (invitando a los Estados Partes a tomar ciertas medidas para reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas), y ECHR, *Caso Connors Vs. El Reino Unido*, Sentencia del 27 de mayo de 2004, Demanda no. 66746/01, párr. 84 (señalando que los Estados tienen la obligación de tomar acciones positivas para promover y proteger las diferentes tradiciones de minorías bajo el umbral de igualdad bajo la ley).

22 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párrs. 132–133.

23 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 77, párr. 133.

indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo.

B. El derecho de los integrantes de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana y los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento

87. La Corte ahora analizará si el artículo 21 de la Convención Americana protege el derecho de los miembros de los pueblos tribales al uso y goce de la propiedad comunal.

B.1) Derecho a la propiedad comunal conforme al artículo 21 de la Convención Americana

88. Esta Corte ha tratado previamente esta cuestión y ha sostenido en repetidas oportunidades que

la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana²⁴.

89. Asimismo, en el caso *Mayagna* la Corte señaló que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”²⁵. De igual manera, en el caso *Sawhoyamaxa* la Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’”²⁶. Además, el Tribunal señaló en el caso *Yakye Axa* que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comu-

24 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 118. *Cfr.* también *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 137.

25 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 49, párr. 148.

26 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 120 (citando *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 49, párr. 149).

nitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana²⁷.

90. Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos. En este sentido, la Corte ha afirmado que:

la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁸.

91. En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica²⁹. Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

27 *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 143.

28 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 49, párr. 149. *Cfr.* también *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 118, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 131.

29 *Cfr.* *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 49, párrs. 148–149, y 151; 148–149, y 151; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párrs. 118–121, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 124, 131, 135 y 154. *Cfr.* también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 75/02, Case 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 128 (observando que “la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”), y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Mayas del Distrito de Toledo. Belice*, 12 de octubre de 2004, párr. 114 (haciendo énfasis en que “los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los pueblos indígenas gozan de una relación particular con la tierra y los recursos tradicionalmente ocupados y usados por ellos, conforme a los cuales esas tierras y recursos son considerados de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto y de acuerdo con el cual el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales.”)

B.2) Interpretación del artículo 21 de la Convención Americana en el presente caso

92. La Corte reconoce que llegó a esa interpretación del artículo 21 en casos anteriores a la luz del artículo 29.b de la Convención, el cual prohíbe interpretar alguna disposición de la Convención en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes internas del Estado en cuestión o de acuerdo con otra convención en que sea parte el Estado. En este sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención a la luz de la legislación interna de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales de Nicaragua³⁰ y Paraguay³¹, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes (en adelante, “Convenio OIT 169”)³².

93. Como se discutirá seguidamente (*infra* párrs. 97–107), la legislación interna de Surinam no reconoce el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales y no ha ratificado el Convenio OIT No. 169. No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas³⁴. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios

30 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 49, párrs. 148, 150 y 152-153.

31 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 138-139, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párrs. 122-123.

32 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 127–130, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 117.

33 Surinam ratificó ambos el 28 de marzo de 1977. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 Diciembre 1966, 99 U.N.T.S. 171, Can T.S. 1976 No. 47, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 23 de marzo de 1976), y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 Diciembre 1966, 993 U.N.T.S. 3, 6 I.L.M. 368 (entró en vigencia el 3 de enero de 1976).

34 Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión)*. N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”.

medios de subsistencia”³⁵. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos³⁶. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (*supra*, párrs. 80-86)³⁷.

94. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos ha analizado las obligaciones de los Estados Parte del PIDCP, incluido Surinam, bajo el artículo 27 de dicho instrumento y notó que “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”³⁸.

95. El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.

35 Artículo 1 común del PIDCP y PIDESC.

36 *Cfr.* Artículo 29 de la Convención Americana. *Cfr.* también *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37, y *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 113-115 (sosteniendo una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en consideración el desarrollo progresivo del *corpus juris gentium* del derecho internacional de los derechos humanos en el tiempo y en su estado actual).

37 *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra* nota 77, párr. 133.

38 ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27) (quincuagésima sesión, 1994)*, ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrs. 1 y 3.2.

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

C. Los derechos de los miembros del Pueblo Saramaka derivados del sistema de propiedad comunal de aquellos (artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento)

97. Toda vez que se declaró que la Convención Americana reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal, la Corte procederá ahora a analizar si el Estado ha adoptado el marco adecuado para efectivizar, mediante la legislación interna, dicho derecho.

98. La cuestión general respecto de los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en Surinam ya ha sido materia de estudio por esta Corte en el caso *Moiwana*. En dicho precedente, la Corte sostuvo que el Estado no reconocía a dichos pueblos un derecho a la propiedad comunal³⁹. La Corte observa que ésta conclusión se encuentra también respaldada por una serie de organismos y organizaciones internacionales que han tratado esta cuestión en otras oportunidades. El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial⁴⁰, la Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos⁴¹, y el Relator Especial de la Comisión de

39 *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra* nota 77, párrs. 86.5 y 130.

40 *Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones sobre los Informes presentados por los Estados Parte bajo el Artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales sobre Surinam, supra* nota 43, párr. 11.

41 *Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Consideraciones sobre los informes presentados por los Estados Parte bajo el Artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales sobre Surinam, supra* nota 42, párr. 21 (expresando preocupación “sobre la falta de reconocimiento legal y garantías para la protección de los derechos indígenas y tribales a sus tierras y otros recursos”, y recomendando que Surinam “garantice a los miembros de comunidades indígenas el pleno goce de todos los derechos reconocidos en el artículo 27 del Pacto y que adopte legislación específica para tal propósito”) (expediente de anexos al escrito de los representantes, anexo 4.3, folios 1495-1496).

Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas⁴² todos han observado que Surinam no reconoce legalmente los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de sus tierras, recursos y territorios comunales.

99. El Estado también aceptó que su legislación interna no reconoce el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre su territorio, sino que les reconoce un privilegio sobre el uso de la tierra. No obstante, el Estado proporcionó cuatro presuntas razones por las cuales no debería considerarse responsable de esta situación en el presente caso. Primero, el Estado manifestó que la falta de claridad respecto del sistema de posesión de tierras del pueblo Saramaka, particularmente acerca de quiénes son los titulares de la tierra, presenta un problema práctico para el reconocimiento del Estado del derecho comunal a la propiedad. Segundo, algunas “complejidades y sensibilidades” respecto de la cuestión de los derechos colectivos no ha permitido que el Estado legalmente reconozca esos derechos. El Estado sugirió que una legislación que proporcione un “trato especial” a los grupos indígenas y tribales plantearía cuestiones de soberanía de Estado y discriminación respecto del resto de la población. Tercero, el Estado argumentó que el poder judicial, mediante sus cortes, podría reconocer los derechos comunales de la propiedad, pero que los integrantes del pueblo Saramaka se han negado a demandar ante los tribunales internos para reclamar dicho reconocimiento. Finalmente, el Estado arguyó que su legislación doméstica reconoce a los miembros del pueblo Saramaka un “interés”, más que un derecho, a la propiedad. La Corte abordará estas cuestiones en dicho orden.

42 Cfr. ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión* (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, párr. 21 (explicando que, “[l]egalmente, el Estado es el dueño de la tierra que ocupan, y éste puede otorgar concesiones de propiedad privada a particulares. Las tierras, territorios y recursos indígenas y tribales no están reconocidos en la ley. [...] No obstante se hayan presentado peticiones al Gobierno nacional y ante el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos (Comisión y Corte), las comunidades indígenas y maroon aún no han recibido la protección que requieren”). El Banco Interamericano de Desarrollo asimismo apoyó este análisis en su estudio realizado en agosto del 2006 sobre los pueblos indígenas y maroon en Surinam. Dicho estudio indica que “la ley surinamés no reconoce ni protege el sistema tradicional de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas y tribales, ni su relación especial con el bosque. Todas las tierras y todos los recursos naturales se entienden que pertenecen al Estado”. Cfr. Banco Interamericano de Desarrollo, *Pueblos Indígenas y Maroon en Surinam, agosto del 2006* (fondo, tomo II, folio 567).

C.1) Sistema de posesión de la tierra de los miembros del pueblo Saramaka

100. Primero, la cuestión respecto de la presunta falta de claridad del sistema tradicional de posesión de las tierras de los integrantes del pueblo Saramaka ha sido tratado exhaustivamente por las partes, testigos y peritos en el presente caso. De la prueba y declaraciones presentadas ante la Corte, se extrae que los *lòs*, o clanes, son las entidades propietarias primarias de las tierras dentro de la sociedad Saramaka⁴³. Cada *lò* es autónomo y es quien asigna los derechos de la tierra y los recursos entre los *bëë* (grupos familiares extendidos) y sus miembros individuales de conformidad con la ley consuetudinaria Saramaka⁴⁴. Conforme a dicha ley consuetudinaria, los Capitanes o miembros de un *lò* no pueden afectar o enajenar de modo alguno la propiedad comunal de su *lò* y un *lò* no puede afectar o enajenar las tierras del conjunto colectivo del territorio Saramaka⁴⁵. Sobre este último punto, el Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie explicó que “[s]i un *lò* trata de vender su tierra, los otros *lòs* tienen el derecho de objetar y detener dicha transacción porque, de lo contrario, se afectarían los derechos y la vida de todo el pueblo Saramaka. Los *lò* son muy autónomos y [...] no interfieren en los asuntos de los demás a menos que se vean afectados los intereses de todo el pueblo Saramaka”⁴⁶. Esto es porque el territorio “pertenece a los Saramakas, en última instancia. [Es decir] le pertenece a los Saramaka como pueblo”⁴⁷.

101. En todo caso, la presunta falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de la tierra de los Saramaka no presenta un obstáculo insuperable para el Estado, quien tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo Saramaka (*infra*, párr. 129) y solicitar una aclaración sobre esta cuestión a fin de cumplir con sus obligaciones conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 2 de dicho instrumento.

43 Cfr. Testimonio del Capitán Jefe y *Fiscali* Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8); Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16); Affidávit de Silvi Adjako, 7 y 8 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 5, folios 1919-1925); Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 59); Dictamen de Salomon Emanuels, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 67 y 69), y Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66, (folios 1911-1912).

44 Cfr. Testimonio del Capitán Jefe y *Fiscali* Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8); Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16); Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 59); Dictamen de Salomon Emanuels, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 67 y 69), y Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66.

45 Cfr. Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66, y Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 60).

46 Affidávit del Capitán Jefe y *Fiscali* Eddie Fonkie, *supra* nota 66.

47 Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 60).

C.2) Complejidad de las cuestiones relacionadas e inquietud por parte del Estado respecto de la discriminación hacia personas que no sean miembros indígenas o tribales

102. Dos argumentos adicionales e interrelacionados presentados por el Estado respecto del por qué no ha reconocido y protegido, legalmente, los sistemas de posesión de la tierra de los pueblos indígenas y tribales se refieren a las supuestas dificultades y sensibilidades de las cuestiones comprendidas, y la inquietud que gira en torno a que la legislación a favor de los pueblos indígenas y tribales puede ser percibida como una actitud discriminatoria hacia el resto de la población. En cuanto a la primera cuestión, la Corte observa que el Estado no puede abstenerse de cumplir con las obligaciones internacionales de acuerdo con la Convención Americana simplemente porque le es difícil hacerlo. La Corte comparte la inquietud del Estado en cuanto a lo complejo de las cuestiones relacionadas con este tema; sin embargo, el Estado tiene el deber de reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka, en el marco de su sistema colectivo de propiedad, y establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivo a nivel interno el derecho consagrado en la Convención, según lo ha interpretado este Tribunal en su jurisprudencia.

103. Asimismo, es improcedente el argumento del Estado en cuanto a que es discriminatorio aprobar una ley que reconozca las formas comunales de posesión de la tierra. Es un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida⁴⁸. La legislación que reconoce

48 Cfr., por ejemplo, CTEDH, *Connors vs. El Reino Unido*, supra nota 76, párr. 84 (declarando que los Estados tienen una obligación positiva de adoptar los pasos necesarios para salvaguardar y proteger los diferentes estilos de vida de las minorías con el fin de garantizarles el derecho a la igualdad ante la ley). Cfr. también, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Ecuador*, supra nota 76 (señalando que “en el derecho internacional general y en el derecho interamericano específicamente, protecciones especiales para los pueblos indígenas pueden ser necesarios para que estos ejerzan sus derechos plenamente y con igualdad ante el resto de la población. Adicionalmente, puede que se requieran protecciones especiales para los pueblos indígenas con el fin de garantizar su supervivencia física y cultural – lo cual es un derecho protegido en varios convenios e instrumentos internacionales”). Cfr. también ONU, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Art. 1.4 (señalando que “[l]as medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial [...]”, y Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, supra nota 76, párr. 4 (haciendo un llamado a los Estados a adoptar ciertas medidas con el fin de reconocer y garantizar los derechos de los pueblos indígenas).

dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres (*supra*, párrs. 78–86, 91 y 96). Por ello, es improcedente el argumento del Estado respecto de su incapacidad para crear legislación en esta área debido a la presunta complejidad de la cuestión o la posible naturaleza discriminatoria de dicha legislación.

C.3) Reconocimiento de derechos por el poder judicial

104. Adicionalmente, el Estado argumentó que el poder judicial, por medio de sus tribunales, podría reconocer los derechos a la propiedad comunal, pero que los miembros del pueblo Saramaka se han negado a demandar ante los tribunales internos para reclamar dicho reconocimiento. Primeramente, se debería hacer una distinción entre la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para efectivizar, mediante legislación interna, los derechos allí consagrados y la obligación conforme al artículo 25 de proporcionar recursos efectivos y adecuados para reparar las presuntas violaciones a dichos derechos. La Corte tratará, *infra* (párrs. 76–85), en su análisis sobre la presunta violación del artículo 25 de la Convención, la efectividad de los recursos mencionados por el Estado, incluso aquellos disponibles conforme al artículo 1386 del Código Civil de Surinam, para reparar las presuntas violaciones al derecho de los miembros del pueblo Saramaka a la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

105. La Corte observa que aunque la llamada legislación judicial pueda ser un medio para el reconocimiento de los derechos de los individuos, especialmente conforme a los sistemas de derecho común (*common law*), la disponibilidad de un procedimiento de este tipo no cumple, en sí mismo, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos consagrados en la Convención Americana. Es decir, la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos. El proceso judicial mencionado por el Estado debe, entonces, ser entendido como un medio a través del cual se podrían efectivizar esos derechos en el futuro, pero que aún no ha reconocido, efectivamente, los derechos en cuestión. En todo caso, el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka en particular, o de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en general, de poseer la tierra en forma colectiva no ha sido reconocido, aún, por ningún tribunal interno de Surinam.

C.4) Legislación interna

106. Finalmente, el Estado alega que, aunque “pueda ser correcto que los intereses sobre la tierra de los Saramaka no estén reconocidos como un derecho subjetivo en el sistema legal surinamés[,] es una tergiversación tendenciosa sugerir que el sistema no reconoce y no respeta, en la práctica, los intereses legítimos de la Tribu”. De acuerdo al Estado, la legislación interna existente reconoce ciertos “intereses”, en oposición a derechos, de los miembros de los pueblos indígenas y tribales respecto de la tierra. Entre los instrumentos legales se puede mencionar la Constitución de 1987, los Decretos L-1 de 1982, el Decreto Minero de 1986 y la Ley de Gestión Forestal de 1992. Como una cuestión preliminar, la Corte observa que el reconocimiento y respeto en la práctica de los “intereses legítimos” de los integrantes del pueblo Saramaka no puede interpretarse como que satisface las obligaciones del Estado conforme al artículo 2 de la Convención respecto del artículo 21 de dicho instrumento. La Corte procederá a analizar en qué medida estos instrumentos legales reconocen un “interés”, y no un derecho, respecto de la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka.

C.4.a) La Constitución de 1987

107. Respecto de este argumento, el Estado primero reconoció que “los derechos a la tierra de la Tribu Saramaka no están de hecho explícitamente consagrados en la Constitución de 1987”, pero también alegó que dicho reconocimiento constitucional no es un requisito conforme al artículo 2 de la Convención. Como puntualizó el Estado, Surinam no es una excepción en este sentido, ya que muchos Estados Parte de la Convención tienen constituciones que no reconocen explícitamente los sistemas de propiedad colectiva que puedan ejercer los integrantes de los pueblos indígenas y tribales. Aún así, la obligación de efectivizar, mediante legislación interna, el derecho a la propiedad comunal no implica, necesariamente, un reconocimiento constitucional de dicho derecho. El artículo 2 de la Convención ordena que los Estados efectivicen, con arreglo a sus legislaciones internas, aquellos derechos y libertades mediante “la adopción de medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias”. En el caso de Surinam, no se ha adoptado ninguna medida legislativa o de otra índole.

C.4.b) Los Decretos L-1

108. Segundo, el Estado se refirió a los Decretos L-1 de 1982. El artículo 4 del Decreto L-1 establece lo siguiente:

- (1) En la asignación de *domain land* [tierra de la cual el Estado es propietario en virtud de su Constitución], se respetarán los derechos que tienen los Bush-negroes [Maroons] tribales e Indios respecto de sus pueblos, asentamientos y parcelas forestales, siempre que no se afecte el interés general.
- (2) El interés general incluye la ejecución de todo proyecto dentro del marco de un plan de desarrollo aprobado⁴⁹.

109. La nota explicativa oficial del artículo 4.1 del Decreto L-I indica que se tendrán en cuenta los “derechos fácticos” de los miembros de los pueblos indígenas y tribales cuando se emitan títulos sobre el *domain land*⁵⁰.

110. El uso del término “derechos fácticos” (o derechos *de facto*) en la nota explicativa del artículo 4.1 del Decreto L-I tiene como fin distinguir estos “derechos” de los derechos legales (*de jure*) otorgados a los tenedores de títulos reales individuales y otros derechos de propiedad que sean registrables, reconocidos y emitidos por el Estado. Esta limitación al reconocimiento del derecho de los integrantes del pueblo Saramaka para gozar plenamente del territorio que han poseído y ocupado tradicionalmente es incompatible con la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para hacer efectivos los derechos consagrados en el artículo 21 de dicho instrumento.

C.4.c) Decreto de Explotación Minera de 1986

111. Del mismo modo, el Decreto de Explotación Minera, al que se refirió el Estado, tampoco logra hacer efectivos los derechos a la propiedad que los miembros del pueblo Saramaka tienen en razón de su sistema de propiedad comunal. El Decreto de Explotación Minera reconoce, únicamente, el derecho a una compensación para los demandantes legítimos y los terceros con un interés en la tierra en la cual se conceda un derecho de explotación minera⁵¹. Este decreto define a los “demandantes legítimos” como aquellas personas “que son dueños de la tierra o tienen derecho de uso real sobre la propiedad privada”⁵². Se define a los terceros como “aquellos cuyos intereses [...] se basan en derechos de uso personal sobre la propiedad privada”⁵³. La

49 Decreto L-1 del 15 de junio de 1982, que contiene principios básicos sobre la política de tierras, SB 1982, no. 10, Artículo 4 (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 53).

50 Decreto L-1 del 15 de junio de 1982, *supra* nota 104.

51 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, que contiene reglas generales para la explotación y exploración de minerales (Decreto de Minería), Artículos 47 y 48 (expediente de anexos a la demanda, anexo 8, folio 144).

52 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(b).

53 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(c).

propiedad privada, a su vez, está definida en el artículo 46 del Decreto de Explotación Minera, como la tierra emitida por el Estado en títulos personales o reales⁵⁴. Por lo tanto, para calificar como “demandante legítimo” o “tercero” conforme a los artículos 47 y 48 del Decreto de Explotación Minera, las personas en cuestión deben ser titulares de algún tipo de derecho que haya sido registrado o que posean algún título emitido por el Estado. Por lo tanto, el Decreto de Explotación Minera, más que hacer efectivo el derecho a la propiedad que tienen los miembros del pueblo de conformidad con su sistema comunitario, enfatiza la necesidad de obtener un título sobre el territorio que tradicionalmente han poseído a fin de poder reclamar una compensación (*infra* párr. 183).

C.4.d) Ley de Gestión Forestal de 1992

112. El Estado también ha hecho referencia a la Ley de Gestión Forestal de 1992 como un ejemplo de la legislación interna que hace efectivo el derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. Surinam ha afirmado que la emisión de los permisos llamados “bosques comunitarios” que podrían establecerse conforme a la Ley de Gestión Forestal de 1992 podrían proporcionar reconocimiento efectivo del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka. Sin embargo, la prueba presentada ante la Corte contradice dicha afirmación.

113. Aunque surgen preguntas con respecto a si el Estado ha hecho algún esfuerzo para informar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales de la posibilidad de obtener estos permisos llamados “bosques comunitarios”⁵⁵, el problema verdadero yace en que dichos permisos no se emiten como una cuestión de derecho, sino que se emiten a discreción del Ministro responsable de los bosques y con sujeción a las condiciones que el Ministro pueda imponer⁵⁶. La Corte observa que no cuenta con prueba que demuestre que se haya emitido algún permiso de “bosque comunitario” a algún miembro del pueblo Saramaka⁵⁷. No obstante lo anterior, la Corte considera que los

54 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46(a).

55 *Cfr.* Artículo 41(2) de la Ley de Gestión Forestal, 18 de septiembre de 1992 (expediente de anexos a la demanda, anexo 6, folio 75). *Cfr.* también Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 19), y Testimonio de Rene Somopawiro durante la audiencia pública en la Corte los días 9 y 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, pp. 40 y 53).

56 *Cfr.* Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, pp. 39 y 42).

57 *Cfr.* Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, pp. 18-20), y Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 49).

permisos de “bosques comunitarios” son, en esencia, concesiones forestales revocables que transmiten derechos de uso limitado y restringido y que, por lo tanto, no representan un reconocimiento adecuado de los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad⁵⁸. Asimismo, dado que aún no se han adoptado las leyes necesarias para implementar la emisión de los bosques comunitarios, se puede poner en tela de juicio la certeza jurídica de dicho título⁵⁹.

114. Asimismo, el artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 establece también que los derechos consuetudinarios de los habitantes tribales, respecto de sus aldeas y asentamientos, así como de las parcelas agrícolas, serán respetados “en la mayor medida posible”⁶⁰. Esta disposición limita, en forma inadecuada, el alcance del “respeto” al derecho al territorio de los miembros del pueblo Saramaka a, únicamente, sus “aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas”. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas. De acuerdo con el análisis de esta Corte, el deber del Estado es aún mayor a fin de garantizar y proteger los derechos a la propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka (*supra* párrs. 85–96). Por ello, la Corte considera que la Ley de Gestión Forestal no hace efectivo los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka.

*

* *

115. En resumen, el marco legal del Estado meramente le otorga a los integrantes del pueblo Saramaka un privilegio para usar la tierra, el cual no le garantiza el derecho de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa. La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra⁶¹. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho

58 Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 52).

59 Cfr. Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 52).

60 Cfr. Artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal, *supra* nota 110, (folios 74-75).

61 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, *supra* nota 49, párr. 153; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 215, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 77, párr. 209.

título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos⁶². Sobre este particular, la Corte ha declarado previamente que “el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”⁶³.

116. En última instancia, el Estado ha expresado su compromiso de “mejorar la codificación actual del sistema de derechos a la tierra de los pueblos tribales e indígenas”. El Presidente de Surinam designó, a tal efecto, un comité de expertos en el año 2006 para que traten esta cuestión. Sin embargo, a la fecha, el sistema legal del Estado sigue sin reconocer el derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka en relación con su territorio, sino que sólo les otorga un privilegio o permiso de uso y ocupación de las tierras a discreción del Estado. Por esta razón, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con su deber de hacer efectivo, a nivel interno, los derechos a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka de conformidad con el artículo 21 de la Convención, en relación con los artículos 2 y 1.1 de dicho instrumento.

117. Seguidamente, la Corte debe determinar el alcance del derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto del territorio que han poseído tradicionalmente y las obligaciones respectivas del Estado, dentro del contexto del presente caso.

D. El derecho de los integrantes del Pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído

118. Una cuestión que se deriva necesariamente de la afirmación de que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de su territorio conforme a sus tradiciones y costumbres es el tema del derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras, incluso los recursos naturales bajo la superficie. En el presente caso, tanto el Estado como los Saramaka reclaman un derecho sobre estos recursos naturales. Los miembros del pueblo Saramaka alegan que su derecho a usar y gozar de todos estos

62 La Corte observa que en el caso de la *Comunidad Moiwana* se ordenó al Estado crear un mecanismo efectivo para la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de la comunidad Moiwana. *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra* nota 77, párr. 209.

63 *Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra* nota 75, párr. 143.

recursos naturales es una condición necesaria para el goce de su derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención. El Estado argumentó que todos los derechos a la tierra, en particular los recursos naturales bajo la superficie, pertenecen al Estado, quien puede disponer libremente de estos recursos a través de concesiones a terceros. La Corte tratará esta cuestión tan compleja en el siguiente orden: primero, el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras que han poseído tradicionalmente; segundo, el otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales, incluso aquellos que se encuentran bajo la superficie, dentro del territorio Saramaka; y finalmente, el cumplimiento con las garantías establecidas en el derecho internacional en torno a las concesiones para la exploración y extracción ya otorgadas por el Estado.

119. Primero, la Corte debe analizar si, y en qué medida, los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho de usar y gozar los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre el territorio que tradicionalmente han poseído. El Estado no objeta que los Saramaka hayan tradicionalmente usado y ocupado ciertas tierras durante siglos; tampoco objeta que los Saramaka tienen un “interés” en el territorio que han usado tradicionalmente de acuerdo con sus costumbres. La controversia existente apunta a la naturaleza y el alcance de dicho interés. De acuerdo con el marco constitucional y legal de Surinam, los integrantes del pueblo Saramaka no tienen derechos a la propiedad *per se*, sino que tienen un mero privilegio o permiso de usar y ocupar las tierras en cuestión (*supra* párrs. 97–115). De acuerdo con el artículo 41 de la Constitución de Surinam y el artículo 2 del Decreto de Explotación Minera de 1986, los derechos de propiedad de todos los recursos naturales le pertenecen al Estado⁶⁴. Por esta razón, el Estado alega que tiene un derecho inalienable para explorar y explotar dichos recursos. Por otro lado, las leyes consuetudinarias del pueblo Saramaka presuntamente otorgan a la comunidad todos los recursos naturales que se encuentren en y subyacente al territorio tradicional o que de alguna forma estén relacionados con dicho territorio. Para sostener esta afirmación, la Corte oyó la declaración de un Capitán Saramaka respecto de que el pueblo Saramaka tiene el derecho general de “poseer todo, desde la copa de los árboles hasta los lugares más profundos que se puedan llegar debajo de la superficie”⁶⁵.

64 Constitución de Surinam, Artículo 41 (expediente de anexos a la demanda, anexo 3, folio 28), y Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 2 (folio 120).

65 Testimonio del Capitán Jefe y Fiscali Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8).

120. Sobre este particular, la Corte ha sostenido previamente⁶⁶ que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio “que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí” y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (*supra* párrs. 85–96)⁶⁷. Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.

121. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo⁶⁸. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

122. Como se mencionó anteriormente (*supra* párrs. 85–96), debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tie-

66 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 118.

67 La Corte también toma nota que la Comisión Africana, así como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur han declarado que los derechos de las comunidades indígenas a las tierras deben ser entendidos de manera tal que incluyan los recursos naturales que allí se encuentren. Sin embargo, la Comisión Africana y la Corte Suprema de Canadá han observado que tales derechos no son absolutos, y que pueden ser restringidos bajo ciertas condiciones. Cfr. Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párrs. 42, 54 y 55, y *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010 (11 de diciembre de 1997), párrs. 194, 199 y 201. La Corte Constitucional de África del Sur, citando una ley interna que requería la devolución de tierras a dueños que habían sido desposeídos de éstas por políticas racialmente discriminatorias, sostuvo el derecho de un pueblo indígena a los recursos minerales que se encontraban en tales tierras. Cfr. *Alexkor Ltd. and the Government of South Africa v. Richtersveld Community and Others*, CCT/1903 (14 de octubre de 2003), párr. 102.

68 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 118.

nen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo⁶⁹.

123. Por ello, en el presente caso, la Corte debe determinar cuáles son los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka que son necesarios para la supervivencia de su modo de vida y que deben ser, por lo tanto, protegidos conforme al artículo 21 de la Convención. En consecuencia, la Corte debe también decidir si y en qué medida el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de aquellos y de otros recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka.

E. El otorgamiento por parte del Estado de concesiones para la exploración y extracción de recursos naturales dentro y sobre el territorio Saramaka

124. La Comisión y los representantes alegaron que las concesiones de tierra para la explotación forestal y minera otorgadas por el Estado a terceros sobre el territorio que el pueblo Saramaka posee, sin haber consultado plena y efectivamente con ellos, viola el derecho a los recursos naturales que se encuentran en dicho territorio. El Estado alegó que toda la titularidad sobre las tierras, incluido todos los recursos naturales, pertenece al Estado y que, como tal, el Estado puede otorgar concesiones a empresas madereras o mine-

69 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 124 y 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párrs. 118 y 121.

ras dentro del territorio Saramaka, respetando lo más posible las costumbres y tradiciones de los Saramaka.

E.1) Restricciones al derecho a la propiedad

125. En consecuencia, la Corte debe decidir si, y en qué medida, el Estado puede otorgar concesiones para la exploración y extracción de los recursos naturales que se encuentran en el territorio Saramaka. Sobre este particular, el Estado alegó que, en caso que la Corte reconociera un derecho de los miembros del pueblo Saramaka sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras que les pertenecen tradicionalmente, este derecho debe limitarse a aquellos recursos que han usado tradicionalmente para su subsistencia y para las actividades culturales y religiosas. De acuerdo con el Estado, los presuntos derechos a la tierra de los miembros del pueblo Saramaka “no incluirían ningún interés sobre otros bosques o minerales más que los que la Tribu tradicionalmente posee y usa para su subsistencia (agricultura, caza, pesca, etc.) y las necesidades culturales y religiosas de sus miembros”.

126. El Estado parece reconocer que los recursos relacionados con la subsistencia del pueblo Saramaka incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca. Esto es consistente con el anterior análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros del pueblo Saramaka respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física (*supra* párrs. 120–122). Sin embargo, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en el territorio Saramaka podría afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka. El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (*infra* párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (*supra* párrs. 82–83 e *infra* párrs. 144–146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar

dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.

127. No obstante, la protección del derecho a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención no es absoluta y, por lo tanto, no permite una interpretación así de estricta. Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁷⁰. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

128. Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal (*supra* párrs. 120–122)⁷¹.

70 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 144–145 citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Cfr., también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 137.

71 Cfr., e.g. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman y otros vs. Finlandia (quincuagésima segunda sesión, 1994)*, Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8

E.2) Garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia del pueblo Saramaka

129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)⁷² que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

130. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención⁷³. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs.*

de noviembre de 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

72 Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

73 *Cfr.*, e.g. OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos

Nueva Zelanda, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”⁷⁴.

131. Del mismo modo, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que fue aprobada recientemente en la Asamblea General de la ONU con el apoyo del Estado de Surinam⁷⁵, establece lo siguiente⁷⁶:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”) El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, *Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10)*. Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. *Cfr.*, e.g. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27)*, *supra* nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”).

74 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000)*, ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

75 Por un voto de 143 a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Cfr.* <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>).

76 La Corte observa que, al explicar la posición del Estado a favor de este texto, el representante de Surinam hizo referencia al texto del artículo 32 de esta Declaración. Al respecto, el comunicado de prensa emitido por las Naciones Unidas señaló: “[El representante de Surinam] dijo que su Gobierno aceptó el hecho que los Estados deberían buscar consultar previamente a fin de evitar desconsiderar los derechos humanos. El nivel de dichas consultas depende de las circunstancias específicas. No se deben entender a dichas consultas como un fin en sí mismas, sino como un medio para servir el objetivo de respetar los intereses de aquellos que utilizaron la tierra”, *supra* nota 130. *Cfr.* también <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/drip.html>.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

132. Aún más importante, el Comisionado de Distrito de Sipaliwini en Surinam, quien declaró ante la Corte por parte del Estado, reconoció la importancia de consultar con las autoridades tradicionales del pueblo Saramaka antes de autorizar concesiones que puedan afectar “las comunidades en las vecindades directas”⁷⁷. Sin embargo, la Corte considera que el alcance real de las garantías respecto de las consultas y la participación de los Saramaka en los beneficios de los planes de desarrollo, requieren de una mayor aclaración.

E.2.a) Derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y

77 Testimonio de Comisionado de Distrito Rudy Strijk durante la audiencia pública en la Corte los días 9 y 10 de mayo de 2007 (transcripción de audiencia pública, p. 23).

de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones⁷⁸.

134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

135. Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.⁷⁹

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁸⁰.

78 Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe* 40/04, *Fondo. Caso* 12.052. *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, *supra* nota 84, párr. 142. *Cfr.* también, los Principio del Ecuador, Principio 5.

79 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, *supra* nota 97, p. 2.

80 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, *supra* nota 97, párr. 66.

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.⁸¹

137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.

E.2.b) Beneficios compartidos

138. La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales⁸², es inherente al derecho de indemnización reconocido

81 El CEDR ha observado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomendando que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”. *Cfr.* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

82 *Cfr.* Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 130, Artículo 32.2 (señalando que “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”. *Cfr.* también O.I.T. Convenio No. 169, *supra* nota 128, Artículo 15(2) (señalando que “[l]os pueblos interesados

en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece que

[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

139. La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el presente caso, el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa” conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

140. En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”⁸³. Del mismo modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]”⁸⁴. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka.

deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”).

83 Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador*, para. 16.

84 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, supra nota 97, párr. 66.

F. El cumplimiento con las garantías establecidas por el derecho internacional en relación con las concesiones ya otorgadas por el Estado

141. Toda vez que se declaró que el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo Saramaka poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia, y habiendo establecido las garantías y limitaciones respecto del derecho que tiene el Estado de emitir concesiones que restrinjan el uso y goce de dichos recursos naturales, la Corte ahora procederá a analizar si las concesiones que el Estado ya otorgó dentro del territorio Saramaka cumplen con las garantías mencionadas anteriormente.

142. En el presente caso, la prueba presentada ante la Corte demuestra que, entre los años 1997 y 2004, el Estado emitió al menos cuatro concesiones madereras y un número de concesiones para explotación minera a miembros del pueblo Saramaka y a personas y empresas ajenas a dicho pueblo, dentro del territorio que los integrantes del pueblo Saramaka poseen tradicionalmente⁸⁵. El testigo René Somopawiro, jefe de la Fundación del Estado para la Gestión y Control Forestal, reconoció, en la declaración rendida ante la Corte, que el Estado emitió concesiones dentro del territorio Saramaka⁸⁶. El Comisionado de Distrito Strijk también declaró que durante su gestión, el Estado otorgó al menos una concesión maderera dentro del territorio Saramaka a una persona o empresa ajena al pueblo Saramaka⁸⁷.

143. Como se mencionó anteriormente, el artículo 21 de la Convención no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas, y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social (*supra* párrs. 126–129).

85 Mapa preparado por el Ministerio de Recursos Naturales (expediente de anexos a la demanda, anexo 16, folios 180–181).

86 Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, pp. 45–46).

87 Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, p. 26).

F.1) Concesiones madereras

144. Por lo tanto, respecto de la extracción maderera, surge la cuestión de si este recurso natural ha sido usado tradicionalmente por los miembros del pueblo Saramaka de modo intrínsecamente relacionado con la subsistencia del pueblo. Sobre este particular, el Dr. Richard Price, antropólogo que declaró durante la audiencia pública en el presente caso, presentó un mapa en el cual el pueblo Saramaka hizo cientos de marcas para indicar la ubicación y la variedad de árboles que utilizan para distintos fines⁸⁸. Por ejemplo, los integrantes del pueblo Saramaka utilizan un tipo especial de árbol para construir botes y canoas a fin de trasladarse y transportar gente y bienes de un pueblo a otro⁸⁹. Los Saramaka también utilizan distintos tipos de especies de palmeras para hacer varias cosas, incluido el techo de sus hogares, y de las cuales obtienen frutas que procesan para obtener aceite para cocinar⁹⁰. Cuando se hizo referencia al bosque, uno de los testigos manifestó durante la audiencia pública que “era allí donde cortaban los árboles para construir sus hogares, para subsistir, para hacer sus botes [...]; todo con lo que viven”⁹¹. Otro testigo expresó la importancia de la tala de madera para el pueblo Saramaka y su preocupación por el ambiente:

Cuando talamos los árboles, pensamos en nuestros hijos y nietos, en las futuras generaciones. [...] Cuando ingresamos en el bosque por cualquier razón, pensamos en lo que estamos haciendo, pensamos en proteger el ambiente. Tenemos mucho cuidado de no destruir algo que se encuentre en el bosque. Obtenemos la madera que necesitamos para nuestra propósitos y tenemos mucho cuidado de no destruir el ambiente⁹².

145. Asimismo, la prueba presentada ante el Tribunal indica que los Saramaka también dependen de la extracción de madera como parte de su estructura económica. En ese sentido, el Estado enfatizó que algunos de los miembros individuales Saramaka han solicitado concesiones en nombre propio para la explotación maderera. Cuando se le cuestionó durante la audiencia pública por qué él, por ejemplo, había solicitado una concesión maderera

88 Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55–56).

89 Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55–56).

90 Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, pp. 55–56).

91 Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 6).

92 Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, pp. 15–16).

a título personal al Estado, el Capitán Ceasar Adjako, del clan (*lō*) Matjau, respondió que lo hizo “porque el gobierno había adoptado una nueva ley mediante la cual si uno quería vender la madera que talaba, tenía que tener una concesión a su nombre. De lo contrario, no estaba permitido vender madera. [...] Una vez que obtenga la concesión, todos mis hijos podrán talar madera”⁹³. Es decir, el objetivo de solicitar una concesión personal era permitir que los integrantes del pueblo Saramaka continúen vendiendo madera legalmente, como lo han estado haciendo tradicionalmente para subsistir.

146. Esta prueba indica que los Saramaka han cosechado, utilizado, comercializado y vendido los productos de madera y de otra índole en forma tradicional y que continúan haciéndolo en el presente⁹⁴. Por lo tanto, de conformidad con el análisis mencionado respecto de la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka, y por ende de sus integrantes, el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

F.1.a) Participación efectiva

147. En el presente caso, el Estado no garantizó, de antemano, la participación efectiva del pueblo Saramaka, a través de sus métodos tradicionales de toma de decisión, respecto de las concesiones madereras emitidas dentro del territorio Saramaka, y tampoco compartió los beneficios con los miembros de dicho pueblo. De acuerdo con el Comisionado de Distrito Strijk, quien declaró ante este Tribunal, “no era necesario” consultar u obtener el consentimiento del pueblo Saramaka en relación con las concesiones madereras en cuestión dado que no se había informado sobre lugares tradicionales Saramaka en el área⁹⁵. En las palabras del Comisionado de Distrito Strijk, “si hay lugares sagrados, cementerios y parcelas agrícolas, entonces procedemos a la consulta; si no hay lugares sagrados, cementerios o parcelas agrícolas, entonces no se realiza la consulta”⁹⁶. Este procedimiento, evidentemente, no garantiza la par-

93 Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 14).

94 *Cfr.* Dictamen del Profesor Richard Price, *supra* nota 62 (transcripción de audiencia pública, p. 58), y Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 13).

95 Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, pp. 26 y 30).

96 Testimonio del Comisionado de Distrito Rudy Strijk, *supra* nota 132 (transcripción de audiencia pública, p. 30).

tipicación efectiva del pueblo Saramaka, mediante sus propias costumbres y tradiciones, en el proceso de evaluación de la emisión de concesiones madereras dentro de su territorio. Tal como se mencionó anteriormente, la cuestión no es si el Estado debe consultar con los Saramaka, sino, más bien, si el Estado adicionalmente debe obtener su consentimiento (*supra* párrs. 133–137).

F.1.b) Evaluaciones previas de impacto ambiental y social

148. El Estado asimismo alegó que “las concesiones otorgadas a terceros no afectaron los intereses tradicionales del pueblo [Saramaka]”. La prueba presentada ante el Tribunal indica que no sólo el nivel de consulta al que se refiere el Estado no fue suficiente para garantizar al pueblo Saramaka su participación efectiva en el proceso de la toma de decisiones, sino que también el Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios de impacto ambiental y social antes de emitir dichas concesiones⁹⁷, y que, al menos, algunas de las concesiones otorgadas afectaron, de hecho, recursos naturales necesarios para la subsistencia económica y cultural del pueblo Saramaka. Una vez más, la Corte observa que cuando se otorga una concesión maderera, se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar.

149. En este sentido, el mapa que realizó el perito Dr. Peter Poole y que fue presentado ante la Corte, demuestra la ocupación y el uso de personas y empresas ajenas a dicho pueblo de las tierras y recursos otorgadas en concesión dentro del territorio Saramaka⁹⁸. Según la prueba presentada, los integrantes del pueblo Saramaka han estado utilizando extensamente las áreas otorgadas a empresas madereras para cazar y pescar, así como para obtener una gran variedad de productos forestales⁹⁹.

150. El Capitán Jefe Wazen Eduards¹⁰⁰, el Capitán Cesar Adjako¹⁰¹, la señora Silvi Adjako¹⁰², y el señor Hugo Jabini¹⁰³, por ejemplo, todos declararon

97 *Cfr.* Testimonio de Rene Somopawiro, *supra* nota 110 (transcripción de audiencia pública, p. 47).

98 *Cfr.* Mapa II, presentado por Peter Poole ante la Comisión Interamericana durante la audiencia pública del 5 de marzo de 2006 (expediente de anexos a la demanda, anexo 15, folio 172).

99 *Cfr.* Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1965).

100 *Cfr.* Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, pp. 4–5).

101 *Cfr.* Testimonio del Capitán Cesar Adjako, *supra* nota 68 (transcripción de audiencia pública, p. 16).

102 *Cfr.* Affidávit de Silvi Adjako, *supra* nota 98 (folio 1924).

103 *Cfr.* Affidávit de S. Hugo Jabini de 3 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 6, folios 1937–38).

que las actividades de las empresas madereras dentro del territorio tradicional Saramaka eran altamente destructivas y produjeron un daño masivo en un área sustancial del bosque del pueblo Saramaka y en las funciones ecológicas y culturales que éste proporcionaba. La señora Silvi Adjako, por ejemplo, declaró que las empresas madereras “destruyeron nuestro bosque e inutilizaron parte de nuestra tierra porque bloquearon los arroyos y dejaron que el agua sentara sobre la tierra. Antes de eso, podíamos usar el bosque libremente y con tranquilidad y constituía una gran comodidad y apoyo para nosotros”¹⁰⁴. Esta declaración también está respaldada por la declaración del señor Hugo Jabini, quien agregó que estas empresas “dejaron el bosque totalmente arruinado donde trabajan. No se puede seguir utilizando gran parte del bosque para cosechar y los animales se alejan de éstas áreas también. Se bloquearon los arroyos, se inundó el área y se convirtió en un pantano. Quedó inutilizable y los espíritus están totalmente ofendidos”¹⁰⁵.

151. Las observaciones de los testigos Saramaka están corroboradas por la investigación llevada a cabo por los peritos Dr. Roberto Goodland y Dr. Peter Poole, quienes visitaron las áreas sujetas a concesiones y sus alrededores entre el año 2002 y el 2007¹⁰⁶. En general, el Dr. Goodland manifestó que “los impactos sociales, ambientales y de otra índole de las empresas madereras son graves y traumáticos”¹⁰⁷, y que “la explotación forestal se llevó a cabo por debajo de los estándares mínimos aceptables para operaciones de este estilo”¹⁰⁸. El Dr. Goodland la caracterizó como “entre las explotaciones forestales peor planeadas, más dañinas y derrochadoras posibles”¹⁰⁹. El Dr. Poole agregó que era “inmediatamente evidente que las operaciones forestales de esas concesiones no se estaban llevando a cabo conforme a las especificaciones mínimas o aceptables y que la gestión sustentable no era un factor importante en la toma de decisión”¹¹⁰.

152. Los Dres. Goodland y Poole declararon que las empresas madereras construyeron en sus concesiones puentes de mala calidad y que estos puentes innecesariamente bloquearon una gran cantidad de arroyos¹¹¹. Dado que es-

104 Affidavit de Silvi Adjako, *supra* nota 98, (folio 1924).

105 Affidavit de S. Hugo Jabini, *supra* nota 158 (folio 1938).

106 *Cfr.* Affidavit del Dr. Robert Goodland de 27 de abril de 2007 (expediente de affidavits y observaciones, anexo 3, folios 1887–1894), y Affidavit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folios 1964–65).

107 Affidavit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1888).

108 Affidavit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1892).

109 Affidavit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1892).

110 Affidavit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1964).

111 *Cfr.* Affidavit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1890–1891), y Affidavit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folios 1964–1965).

tos arroyos son la fuente principal de agua potable que utilizan los miembros del pueblo Saramaka, “no tienen acceso al agua necesaria para beber, cocinar, lavar, irrigar, regar y pescar. [Asimismo,] las granjas de subsistencia se vuelven menos productivas o tan improductivas que se tienen que abandonar”¹¹². De acuerdo con el Dr. Goodland, estas grandes áreas con agua estancada hacen que el bosque sea incapaz de producir cosechas agrícolas tradicionales de los Saramaka¹¹³. El Dr. Poole llegó a la misma conclusión¹¹⁴.

F.1.c) Beneficios compartidos

153. No sólo se le ha dejado a los integrantes del pueblo Saramaka un legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales, sino que además no han recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio. Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indican que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio Saramaka y no se les pagó ningún tipo de indemnización¹¹⁵.

*

* *

154. En resumen, la Corte considera que las concesiones madereras que el Estado ha emitido sobre las tierras de la región superior del Río Surinam han dañado el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente, los que se encuentran, en todo o en parte, dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo o supervisó estudios ambientales y sociales previos ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y comunidades Saramaka. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones y costumbre, en el proceso de la toma de decisiones respecto de las concesiones madereras y, a su vez, los miembros del pueblo Saramaka no recibieron ningún bene-

112 Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1891).

113 *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folios 1890–1891).

114 *Cfr.* Affidávit del Dr. Peter Poole, *supra* nota 69 (folio 1964).

115 *Cfr.* Affidávit del Dr. Robert Goodland, *supra* nota 161 (folio 1894) (citando las estadísticas forestales de 1999 a 2005 de la Fundación de Manejo Forestal de Surinam), y Resumen de las concesiones madereras en la Región Pokigron. Mapa producido por la Fundación de Manejo Forestal de Surinam, Ministerio de Recursos Naturales, agosto 2003 (expediente de anexos al escrito de los representantes, anexo 1.1, folio 1460).

ficio de la extracción maderera en su territorio. Todo esto constituye una violación al derecho de propiedad de los integrantes del pueblo Saramaka reconocido en el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

F.2) Concesiones mineras auríferas

155. La Corte también debe analizar si las concesiones otorgadas a empresas mineras auríferas dentro del territorio tradicional Saramaka afectaron los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural. De acuerdo con la prueba presentada ante la Corte, los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico. Salvo algunas posibles excepciones individuales, los Saramaka no se identifican con el oro ni han demostrado una relación particular con este recurso natural en especial, más que reclamar el derecho general de “ser titular de todo, desde lo más alto de los árboles hasta el lugar más profundo bajo la superficie”¹¹⁶. Sin embargo, como se mencionó anteriormente (*supra* párrs. 126–129), dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida.

156. La Corte reconoce que, a la fecha, no se han realizado operaciones mineras a gran escala dentro del territorio tradicional Saramaka. Sin embargo, el Estado no cumplió con las tres garantías mencionadas anteriormente cuando emitió concesiones mineras de oro de pequeña escala dentro del territorio Saramaka¹¹⁷. Es decir, esas concesiones se emitieron sin realizar o

116 Testimonio del Capitán Jefe y Fiscalí Wazen Eduards, *supra* nota 61 (transcripción de audiencia pública, p. 8).

117 *Cfr.* Mapa preparado por el Ministerio de Recursos Naturales, *supra* nota 140.

supervisar evaluaciones previas de impacto ambiental y social, sin consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus tradiciones, y sin garantizarle a sus miembros una participación razonable de los beneficios. De este modo, el Estado violó el derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento.

157. Respecto de aquellas concesiones que se han otorgado a terceros dentro del territorio Saramaka, incluido a integrantes individuales, la Corte ya ha manifestado que (*supra* párrs. 127–128) “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada individual entra en contradicción aparente o real, la Convención Americana misma y la jurisprudencia de la Corte proporcionan pautas para establecer restricciones admisibles al goce y ejercicio de dichos derechos”¹¹⁸. Por lo tanto, el Estado tiene el deber de evaluar, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de la Corte¹¹⁹, si es necesaria una restricción a estos derechos de propiedad privada para preservar la subsistencia física y cultural del pueblo Saramaka.

*

* *

158. En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado ha el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka.

118 *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa*, *supra* nota 75, párr. 144. *Cfr.* también, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Iván Kítok vs. Suecia*, Comunicación No. 197/1985, ONU Doc. CCPR/C/33/D/197/1985, 10 de agosto de 1988, párr. 9.8.

119 *Cfr.* *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa*, *supra* nota 75, párrs. 144–145, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párr. 137.

G. La falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un impedimento para poder recibir un título de propiedad comunal de sus tierras en calidad de comunidad tribal y para tener acceso equitativo a la protección judicial de sus derechos de propiedad

159. Los representantes manifestaron que el Estado violó sus obligaciones conforme al artículo 3 de la Convención al negarle al pueblo Saramaka el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. De acuerdo con los representantes, la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka convierte a dicho pueblo en inelegible conforme al derecho interno para poder recibir el derecho comunal a la tierra en calidad de comunidad tribal. Únicamente los miembros individuales de la comunidad Saramaka, en calidad de particulares, pueden solicitar al Estado un permiso para el uso de la tierra. Los representantes solicitaron, por lo tanto, que el Estado reconozca la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un pueblo distinto, de conformidad con el derecho a la autodeterminación.

160. Como una cuestión preliminar, el Estado manifestó que la Comisión no alegó una violación del artículo 3 de la Convención en su demanda ante la Corte y que dicha presunta violación tampoco se incluyó en el informe del artículo 50. El Estado reiteró que los representantes no tienen legitimación para argumentar ante la Corte, de forma separada e independiente, que Surinam violó el artículo 3 de la Convención.

161. La Corte ha resuelto esta cuestión (*supra*, Excepciones Preliminares, párrs. 25–29) y sostuvo que las presuntas víctimas o sus representantes pueden invocar otros derechos distintos de aquéllos incluidos en la demanda de la Comisión, siempre que se refieran a hechos que ya fueron incluidos en la demanda¹²⁰. La Corte observa que, aunque la Comisión no alegó una violación del artículo 3 de la Convención, los argumentos legales de los representantes respecto de la presunta falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka se fundamentan en hechos ya incluidos en la demanda. Por lo tanto, la Corte procederá a analizar los argumentos de las partes respecto de esta cuestión.

162. Fundamentalmente, el Estado cuestionó la capacidad de cohesión del pueblo Saramaka “como titular independiente de derechos y obligaciones regido por sus propias leyes, regulaciones y costumbres, como sugiere el

120 Cfr. Caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 8, párr. 155; Caso *Escué Zapata*, *supra* nota 22, y Caso *Bueno Alves*, *supra* nota 8, párr. 121.

concepto de personalidad judicial [sic] consagrado en el artículo 3 de la Convención”. En segundo lugar, el Estado alegó que la Convención Americana garantiza que toda “persona” tiene el derecho de ser reconocida como tal ante la ley y no como un “pueblo distinto”, como manifiestan los representantes. Finalmente, el Estado alegó que es posible para el pueblo Saramaka “acercarse a los tribunales civiles y solicitar una decisión declaratoria por medio de la cual se reconozca la tribu como una entidad legal”.

163. La Corte abordará los dos primeros argumentos del Estado en la presente sección y el último argumento, respecto de la disponibilidad de recursos internos, en la sección relacionada con la protección judicial (*infra* párrs. 176–185).

164. El primer argumento del Estado se refiere a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la “sociedad moderna” ha afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal. Es decir, el Estado cuestiona si se puede definir legalmente a los Saramaka de una forma que se tome en cuenta los distintos grados en que varios miembros auto-identificados del pueblo Saramaka se adhieren a las leyes, costumbres y economía tradicional del pueblo Saramaka, particularmente de aquellos que viven en Paramaribo o fuera del territorio reclamado por los Saramaka. En este sentido, la Corte ha declarado que el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal (*supra* párrs. 80–84) cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera colectiva distintiva (*supra* párrs. 87–96). El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad. Asimismo, la cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso. Además, la falta de identificación individual respecto de las tradiciones y leyes Saramaka por parte de algunos miembros de la comunidad no puede utilizarse como un pretexto para denegar al pueblo Saramaka el derecho a la personalidad jurídica.

165. Toda vez que se enfatizó que el pueblo Saramaka es un grupo tribal distinto, cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos de manera colectiva, la Corte tratará ahora el segundo argumento del Estado respecto de la posibilidad de reconocer la personalidad legal de un grupo más que la personalidad de sus miembros individuales.

166. La Corte ha analizado anteriormente el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana¹²¹. De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones¹²². Es decir, el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”¹²³. La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones¹²⁴, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros¹²⁵. En especial, la Corte ha observado que “el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley”¹²⁶. La cuestión que se plantea en el presente caso es si se puede aplicar este criterio al pueblo Saramaka como grupo y no, meramente, como individuos.

167. La Corte ha tratado en otras ocasiones el tema del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas y ha sostenido que los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares¹²⁷. La cuestión en el presente caso es de distinta naturaleza. Aquí la cuestión reside en si la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo Saramaka

121 Este derecho también está reconocido en otros instrumentos internacionales. *Cfr.*, *inter alia*, Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 6; PIDCP, Artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XVII, y Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Artículo 5.

122 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 179; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 188, y *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 177. *Cfr.* también Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Consideración de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales respecto de Gabón*, ONU Doc. CCPR/C/31/ADD.4, 18 de noviembre de 1996, párr. 54.

123 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 188.

124 *Cfr. Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 177, párr. 179; *Caso La Cantuta Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 120, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 188.

125 *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *supra* nota 177, párr. 179, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 188.

126 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 189.

127 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, *supra* nota 75, párr. 189.

lo convierte en inelegible conforme al derecho interno para recibir el título comunal de sus tierras como comunidad tribal y tener acceso igualitario a la protección judicial de sus derechos de propiedad. La cuestión no gira en torno al derecho individual a que el Estado reconozca la personalidad jurídica de cada miembro. En Surinam, todas las personas, sean miembros individuales Saramaka o no, tienen derecho a ser propietarios y a obtener protección judicial contra toda violación de ese derecho individual¹²⁸. Aún así, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como entidad jurídica capaz de usar y gozar de la propiedad comunal como un grupo tribal. Asimismo, el Estado no reconoce al pueblo Saramaka como una entidad jurídica capaz de obtener acceso igualitario a la protección judicial ante toda violación de sus derechos de propiedad comunal.

168. La Corte nota que es necesario el reconocimiento de la personalidad jurídica de los miembros individuales de la comunidad para el goce de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad personal¹²⁹. Sin embargo, dicho reconocimiento individual no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial; es decir, el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales.

169. la Corte observa que todo miembro individual del pueblo Saramaka puede obtener protección judicial contra violaciones a sus derechos individuales de propiedad y que un fallo a su favor puede también tener un efecto favorable en toda la comunidad. En un sentido jurídico, estos miembros individuales no representan a la comunidad en su conjunto. Las decisiones correspondientes al uso de tal propiedad individual dependen del individuo y no del pueblo Saramaka conforme a sus tradiciones. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica del pueblo Saramaka como un conjunto ayudaría a evitar esas situaciones, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y autoridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales.

170. Se plantea una situación similar en el presente caso, donde el Estado ha constantemente objetado si los doce capitanes de los doce clanes (*lös*)

128 Cfr. Constitución de Surinam, Artículo 41, *supra* nota 119, y Artículo 1386 del Código Civil de Surinam (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 51).

129 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 75, párrs. 188–190.

Saramaka verdaderamente representan la voluntad de la comunidad en su conjunto (*supra* párrs. 19–24). El Estado, además, alegó que el verdadero representante de la comunidad debería ser el *Gaa'man* y no otros. Esta controversia sobre quién realmente representa al pueblo Saramaka es una consecuencia natural de la falta de reconocimiento de su personalidad jurídica¹³⁰.

171. El reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad, en su conjunto, podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.

172. La Corte considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.-

173. En este caso, el Estado no reconoce que el pueblo Saramaka pueda gozar y ejercer los derechos de propiedad como una comunidad¹³¹. Asimismo, la Corte observa que se le ha negado a otras comunidades en Surinam el derecho de solicitar protección judicial contra presuntas violaciones de su derecho a la propiedad colectiva, precisamente porque un juez consideró que esa comunidad no tenía la capacidad legal necesaria para solicitar dicha protección¹³². Esto sitúa al pueblo Saramaka en una situación vulnerable donde los derechos a la propiedad individual pueden triunfar sobre los derechos a la propiedad comunal, y donde el pueblo Saramaka no pueda solicitar, como personalidad jurídica, protección judicial en contra de las violaciones a sus derechos de propiedad reconocidos en el artículo 21 de la Convención¹³³.

130 Durante el procedimiento de este caso ante la Corte, y anteriormente durante el procedimiento de la petición ante la Comisión, se han utilizado varios nombres para referirse a este caso. En el informe del artículo 50 la Comisión utilizó el nombre “12 Clanes Saramaka”; en las Resoluciones del Presidente de la Corte de 30 de marzo y 14 de abril de 2007 se utilizó el nombre “Comunidad Saramaka”, y en varias comunicaciones entre la Secretaría de la Corte y las partes se ha utilizado el nombre de “Wazen Edwards y otros”. Sin embargo, en reconocimiento del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema comunal y tradiciones ancestrales como comunidad tribal, la Corte considera que el nombre “Pueblo Saramaka” es más apropiado.

131 *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana*, *supra* nota 77, párr. 86.5.

132 *Affidávit de Mariska Muskiet* de 3 de abril de 2007 (expediente de *affidávits* y observaciones, anexo 7, folio 1946).

133 *Cfr.*, por ejemplo, caso *Marijkedorp* (decidiendo que los títulos de propiedad privada opacan las formas tradicionales de tenencia de tierras). *Cfr. además* *Affidávit de Mariska Muskiet*, *supra* nota 187, y Banco Interamericano de Desarrollo, *Pueblos Indígenas y Maroons en Surinam*, *supra*

174. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distintiva que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. Esto puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Por tanto, el Estado debe establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica, a través de la realización de consultas con el pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con el objeto de asegurarle el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley¹³⁴.

175. El incumplimiento por parte del Estado de llevarlo a cabo ha resultado en la violación del derecho de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención en relación con su derecho a la propiedad de acuerdo con el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial conforme al artículo 25 del mismo cuerpo legal, así como respecto de la obligación general de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo esos derechos y respetar y asegurar su libre y pleno ejercicio sin discriminación, de conformidad con los artículos 2 y 1.1 de la Convención, respectivamente.

H. La existencia de recursos legales efectivos y adecuados en Surinam para proteger al pueblo Saramaka contra los actos que violan su Derecho a la Propiedad

176. La Comisión y los representantes alegaron que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial del pueblo Saramaka en tanto que el sis-

nota 97, (folio 568) (declarando que “[b]ajo el derecho surinamés, las comunidades y pueblos indígenas y tribales carecen de personalidad jurídica y por tanto no tienen la capacidad para ejercer sus derechos [...] Cualquier intento por parte de pueblos indígenas para hacer uso del sistema judicial a, por tanto, fracasado”)

134 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra* nota 75, párr. 189.

tema judicial del Estado no está diseñado adecuadamente para reparar las violaciones a los derechos de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales. El Estado afirmó que existen, a nivel interno, recursos legales para tratar las presuntas violaciones a los intereses en la propiedad del pueblo Saramaka y que las víctimas tenían disponibles estos recursos pero optaron por no utilizarlos. En respaldo de su postura, el Estado se refirió a distintas disposiciones del sistema legal interno, algunas de las cuales ya han sido tratadas por la Corte en su análisis sobre la violación por parte del Estado del artículo 21 de la Convención en relación con el artículo 2 del mismo instrumento (*supra* párrs. 106–116). En especial, el Estado alegó que hay distintos artículos en el Código Civil de Surinam que consagran recursos legales efectivos¹³⁵, los cuales permiten que todo individuo inicie una demanda ante el poder judicial en el caso de una presunta violación de sus derechos de propiedad, incluso por violaciones cometidas por el Estado mismo. La Comisión y los representantes argumentaron que dichas disposiciones son irrelevantes respecto de la cuestión de los derechos a las tierras de los pueblos indígenas y tribales y que sólo las personas individuales pueden recurrir a estos recursos, no los pueblos.

177. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos generales, la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales. Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido, en otras oportunidades, que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son “verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación”¹³⁶. De este modo, la Corte ha declarado que “la inexistencia de un recurso efectivo contra la violación de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la Convención por el Estado Parte en el cual ocurre esta situación”¹³⁷.

135 *Cfr.* Artículos 1386, 1387, 1388, 1392 y 1393 del Código Civil de Surinam (expediente de anexos a la demanda, anexo 4, folios 51) y Contestación a la demanda (fondo, volumen II, folios 335–336).

136 *Cf. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24.

137 *Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 185; *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 130, y *Caso Yátama, supra* nota 13, párr. 168. *Cfr.* también *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 191, párr. 24.

178. En lo que respecta a los miembros de los pueblos indígenas, la Corte ha establecido que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹³⁸. En especial, la Corte ha sostenido que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”¹³⁹.

H.1) Código Civil de Surinam

179. La Corte considera que el recurso judicial disponible conforme al Código Civil del Estado es inadecuado e ineficaz a fin de reparar las presuntas violaciones al derecho de propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka por las siguientes dos razones. Primero, dicho recurso presuntamente solo está disponible para las personas individuales que reclaman una violación de sus derechos individuales a la propiedad privada. El pueblo Saramaka, como entidad colectiva cuya personalidad jurídica no está reconocida por el Estado, no puede utilizar dicho recurso en calidad de comunidad para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes (*supra* párrs. 159–175). Segundo, el derecho a la propiedad comunal de los miembros del pueblo Saramaka no está reconocido por el Estado (*supra* párrs. 97–116) y por lo tanto, un recurso judicial que exige que se demuestre la violación de un derecho reconocido por el Estado no sería un recurso adecuado para este tipo de reclamos.

180. La prueba presentada ante este Tribunal respecto de casos planteados por miembros de pueblos indígenas y tribales en Surinam conforme a su Código Civil respalda el argumento de los Saramaka que el recurso es inefectivo para solucionar sus reclamos. En uno de esos casos, un tribunal interno negó el pedido de una comunidad de revocar una concesión minera, con fundamento en que la comunidad no tenía capacidad legal como entidad colectiva para solicitar dichas medidas y refirió la comunidad de nuevo al Ministerio quien había emitido la concesión minera¹⁴⁰. En otro caso, se confirmó el título privado emitido por el Estado sobre el terreno ubicado dentro de un área residencial en una aldea indígena a pesar de las objecio-

138 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 63.

139 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 75, párr. 96.

140 Affidávit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, (folio 1943).

nes del Capitán de dicha aldea. El juez sostuvo que dado que el titular del terreno tenía un título válido conforme a la ley surinamés y toda vez que la comunidad indígena no tenía título o ningún otro permiso escrito emitido por el Estado, la aldea debía respetar el derecho a la propiedad del tenedor de dicho título privado¹⁴¹.

181. Los puntos mencionados también coinciden con el dictamen pericial brindado por la Profesora Mariska Muskiet, quien observó que “el artículo 1386 [del Código Civil] implica una acción civil por un hecho ilícito y no proporciona un medio efectivo para reparar el problema subyacente que los Saramaka enfrentan: la falta de reconocimiento de sus derechos a la propiedad comunal”¹⁴². En la declaración rendida ante fedatario público de la profesora Muskiet se explica la naturaleza de una serie de “problemas insuperables que el pueblo Saramaka tiene que atravesar para iniciar una demanda y ganar el caso conforme al artículo 1386”¹⁴³, y que respaldan su conclusión según la cual “es inútil invocar el artículo 1386 del Código Civil de Surinam en las circunstancias en las que se encuentran los reclamos y los derechos que el pueblo de Saramaka está buscando proteger. No tendrían esperanzas de ganar”¹⁴⁴.

182. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones del Código Civil de Surinam no proporcionan un recurso adecuado y efectivo contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo Saramaka.

H.2) Decreto de Explotación Minera

183. El Estado también argumentó que el Decreto de Explotación Minera proporciona recursos efectivos que las presuntas víctimas no invocaron. La Corte reitera (*supra* párr. 111) que este decreto sólo permite apelar ante el poder judicial si el poseedor de un derecho de explotación minera y un “demandante legítimo” o “tercero” no llegaren a un acuerdo sobre el monto de la indemnización solicitada¹⁴⁵. No obstante, para calificar como “demandan-

141 Affidavit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187.

142 Affidavit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, (folio 1950).

143 Affidavit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187, (folio 1950).

144 Affidavit de Mariska Muskiet, *supra* nota 187 (folio 1950). Cfr. también ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, Rodolfo Stavenhagen*, U.N. Doc. A/59/258, 12 de agosto de 2004, párr. 29 (por el cual el Relator Especial enfatizó que “los pueblos indígenas no tienen acceso igualitario al sistema judicial y se encuentran con discriminación de todo tipo en la operación del sistema de justicia.”)

145 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46 (a) (folio 144).

te legítimo” o “tercero”, la persona en cuestión debe ser titular de un derecho o interés registrable emitido por el Estado¹⁴⁶. Por lo tanto, el aparente recurso establecido conforme al Decreto de Explotación Minera es inadecuado e ineficaz en el presente caso dado que los miembros del pueblo Saramaka no tienen un título sobre su territorio tradicional o sobre alguna parte de él. Por lo tanto, no califican como “demandante legítimo” o “tercero” conforme al Decreto de Explotación Minera. Esta posición coincide con el dictamen pericial de la Dra. Hoever–Venoaks según el cual el “Decreto de Explotación Minera [...] no ofrece una protección legal a los habitantes del interior que viven en comunidades tribales”¹⁴⁷.

H.3) Ley de Gestión Forestal de 1992

184. Asimismo, el Estado alegó que el artículo 41.1.b de la Ley de Gestión Forestal le permite a los miembros de los pueblos tribales interponer demandas escritas ante el Presidente de Surinam en los casos donde no se respeten sus presuntos derechos consuetudinarios a las aldeas y asentamientos, así como a las parcelas agrícolas. Los integrantes del pueblo Saramaka interpusieron al menos dos reclamos ante el Presidente de Surinam y al día de la fecha no han recibido ninguna respuesta oficial de la Oficina del Presidente¹⁴⁸. Esto pone en duda la eficacia de dicho procedimiento. En todo caso, la demanda interpuesta ante el Presidente no satisface el requisito conforme al artículo 25 de la Convención de proporcionar recursos judiciales adecuados y efectivos por las presuntas violaciones a los derechos de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales.

*

* *

185. La Corte, por lo tanto, concluye que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25 de la Convención, en relación con los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, toda vez que las disposiciones internas antes mencionadas no proporcionan recursos legales

146 Decreto E 58 de 8 de mayo de 1986, *supra* nota 106, Artículo 46 (a) (folio 144).

147 Affidávit de la Dra. M. R. Hoever–Venoaks de 29 de abril de 2007 (expediente de affidávits y observaciones, anexo 10, folio 1982).

148 Peticiones presentadas por las presuntas víctimas ante el Presidente de la República de Surinam el 15 de enero de 2003 y 16 de abril de 2000, de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de Surinam *supra* nota 119 (folios 182–185 y 204–205); y peticiones presentadas de conformidad con el artículo 41 de la Ley de Gestión Forestal de 1992 el 24 de octubre de 2005 y el 1 de julio de 2000 (expediente de anexos a la demanda, anexo 17, folios 182–185, y anexo 18, folios 205–208).

adecuados y eficaces para proteger a los miembros del pueblo Saramaka contra actos que violan su derecho a la propiedad. [...]

Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales

Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09, 30 diciembre 2009

I. Introducción

1. Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual¹. Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.² Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”³. “[L]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”⁴. El Comité para la Eliminación de la Discriminación

1 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

2 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

3 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

4 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

minación Racial también ha concluido que los derechos territoriales de los pueblos indígenas son únicos, y abarcan una tradición y una identificación cultural de los pueblos indígenas con sus tierras que ha sido generalmente reconocida⁵.

2. El derecho a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene, por ende, una importancia singular para los pueblos indígenas y tribales, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas.⁶ Es un derecho al territorio que incluye el uso y disfrute de sus derechos naturales. Se relaciona directamente, incluso como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida,⁷ al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia⁸. A lo largo de las Américas, los pueblos indígenas y tribales insisten en que el Estado “les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así no sólo realizar sus actividades tradicionales de subsistencia, sino también preservar su identidad cultural”⁹.

3. De tiempo atrás, los órganos del sistema interamericano han prestado una particular atención al derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en sí mismo, y en tanto garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos. Para la CIDH, “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, decisión 2(54) sobre Australia, párr. 4; citado en: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

6 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a).

7 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

8 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

9 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(c).

que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra”¹⁰. La Corte Interamericana, a su vez, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”¹¹.

4. El presente informe compila y analiza el alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, tierras, y recursos naturales. Se basa en los instrumentos jurídicos del sistema interamericano, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] y la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] a la luz de los desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos en general. Su objetivo también es el de señalar problemas, guías y buenas prácticas específicas, con miras a ampliar el goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales del Hemisferio¹². [...]

10 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(c).

11 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146. Para la Corte Interamericana, “La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146]. Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146, 147]. La CIDH ha explicado en esta línea que el territorio ancestral reclamado por comunidades indígenas “es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(g)].

12 El presente estudio refleja el trabajo de tres Relatores sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Fue aprobado por la CIDH el 30 de diciembre de 2009, habiendo sido elaborado a iniciativa del Relator Paolo Carozza, y bajo la dirección del posterior Relator Víctor Abramovich. Durante su proceso de edición y actualización previo a la impresión, recibió una importante contribución de la actual Relatora Dinah Shelton.

III. Definiciones

A. Pueblos indígenas; pueblos tribales

24. Además del catálogo pleno de los derechos nacional e internacionalmente reconocidos a todos los individuos⁶¹, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece una serie de derechos individuales y colectivos específicos para los pueblos indígenas y sus miembros⁶². Adicionalmente, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos, la categoría “pueblos indígenas” se encuentra diferenciada de otras categorías como “comunidades campesinas”⁶³, o “minorías”. Por esta razón, es necesario identificar los criterios bajo los cuales se puede designar como indígena a un determinado grupo humano.

Pueblos indígenas

25. No existe una definición precisa de “pueblos indígenas” en el derecho internacional, y la posición prevaleciente indica que dicha definición no es necesaria para efectos de proteger sus derechos humanos⁶⁴. Dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. El derecho internacional sí proporciona algunos criterios útiles para determinar cuándo un determinado grupo humano se puede considerar como “pueblo indígena”. Esta determinación es de importancia crítica para el derecho internacional.

26. Si bien ni los instrumentos interamericanos de derechos humanos, ni la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección, han determi-

61 En este sentido, el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos.” Igualmente, el artículo 3.1 del Convenio 169 de la OIT establece que “[l]os pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.”

62 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96.

63 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216.

64 OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

nado con exactitud los criterios para constituir un “pueblo indígena”, se han consagrado criterios relevantes en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y otros⁶⁵.

27. El artículo 1.1.(b) del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará

a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

28. El artículo 1.2 del mismo Convenio establece que “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

29. En la Guía de Aplicación del Convenio No. 169, la OIT explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva en tanto pueblo indígena⁶⁶.

30. Otras instancias internacionales han aplicado criterios similares. Un estudio del Grupo de Trabajo de la ONU sobre poblaciones indígenas concluyó que los factores relevantes para comprender el concepto de “indígena” incluyen: (i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de lenguaje, organización social, religión

65 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo – Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas. Febrero 2008, pág. 8 y ss. Disponible en:http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

66 Según se establece en el artículo 1.2 del Convenio 169, el elemento subjetivo es un criterio fundamental para la clasificación de un grupo como indígena. El Convenio combina ambos grupos de elementos para llegar a una determinación en casos concretos. OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la auto-identificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no. Estos factores, advierte el estudio, no constituyen ni pueden constituir una definición inclusiva o comprehensiva; son, más bien, factores que pueden estar presentes en mayor o menor grado en distintas regiones y contextos nacionales y locales, por lo cual pueden proveer guías generales para la adopción de decisiones razonables en la práctica⁶⁷. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, a su vez, opta por no definir a los pueblos indígenas beneficiarios de sus disposiciones; no obstante, en su artículo 33.1 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

31. Teniendo en cuenta el Convenio No. 169, la CIDH también ha resaltado que el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”⁶⁸. En ese sentido, en cuanto a la auto-identificación individual, la CIDH ha destacado como un avance positivo el que en el censo poblacional de Bolivia de 2001 se hubiera incluido el criterio de autoidentificación para establecer los porcentajes de población indígena de más de 15 años de edad en el país⁶⁹. En cuanto a la autoidentificación colectiva, para la Corte Interamericana la identificación de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”⁷⁰, por lo cual corresponde a la comunidad correspondiente identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique”⁷¹.

67 ONU –Consejo Económico y Social– Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70.

68 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 216.

69 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 217.

70 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

71 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

Pueblos tribales

32. Un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”⁷². Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.(a) del Convenio 169 de la OIT.

33. Al igual que con los pueblos indígenas, la determinación de cuándo un grupo en particular se puede considerar como “tribal” depende de una combinación de factores objetivos y subjetivos. Según ha explicado la OIT, los elementos objetivos de los pueblos tribales incluyen (i) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en sus formas de sustento, lengua, etc.; y (ii) tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial. El elemento subjetivo consiste en la identificación propia de estos grupos y de sus miembros como tribales. Así, un elemento fundamental para la determinación de un pueblo tribal es la auto-identificación colectiva e individual en tanto tal. El criterio fundamental de auto-identificación, según el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, es igualmente aplicable a los pueblos tribales⁷³.

34. Los pueblos tribales y sus miembros son titulares de los mismos derechos que los pueblos indígenas y sus miembros. Para la CIDH, “el derecho internacional de los derechos humanos le impone al Estado la obligación de adoptar medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluso el derecho a la posesión colectiva de la propiedad”⁷⁴. La jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el derecho de propiedad colectiva se aplica no sólo en relación con los pueblos indígenas, sino también en relación con los pueblos tribales, que mantienen sus formas de vida tradicionales basadas en un vínculo espe-

72 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 79.

73 OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

74 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam. Referidos en: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 78.

cial con sus tierras y territorios. Así, en los casos *Aleboetoe*⁷⁵, *Comunidad Moiwana*⁷⁶, y *Saramaka*, las víctimas pertenecían a diversas comunidades o pueblos que forman parte de la población *Maroon* de Surinam, descendientes de esclavos autoemancipados que se asentaron en sus territorios desde el período colonial, y que por tanto no se consideran, en sentido estricto, “indígenas”. La Corte consideró que los *Maroon* constituyen pueblos y comunidades “tribales”⁷⁷.

La relevancia de la Historia para la identificación de los pueblos indígenas y tribales

35. Un elemento clave para la determinación de cuándo un determinado grupo se puede considerar como indígena o tribal es la continuidad histórica de su presencia en un determinado territorio, y –para el caso de los pueblos indígenas– su vinculación ancestral con las sociedades que preexistían a un período de colonización o conquista. Ello no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales sean sociedades estáticas que permanecen idénticas a sus antecesores. Por el contrario, en tanto colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen su propia trayectoria social, que se adapta al cambio de los tiempos, manteniendo en todo o en parte el legado cultural de sus ancestros. Las culturas indígenas evolucionan con el tiempo⁷⁸. Las comunidades indígenas del presente son *descendientes* de los habitantes de la América precolombina; en el transcurso de los siglos han atravesado por historias particulares que han conformado sus estructuras sociales distintivas, su espiritualidad y sus prácticas rituales, su lengua, su arte, su folklore, su memoria y su identidad– en suma, su cultura. Con base en esa

75 Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15.

76 Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124 (2005).

77 De la misma forma, la CIDH ha considerado la situación del pueblo Garífuna de América Central y el Caribe desde la perspectiva de los estándares aplicables a los pueblos indígenas.

78 Como cualquier sociedad humana, los pueblos indígenas –y las comunidades que les conforman– tienen una historia propia. Son grupos humanos dinámicos, que se reconfiguran a lo largo del tiempo con base en los rasgos culturales que les caracterizan. En efecto, la cultura de los pueblos indígenas y tribales se adapta continuamente a los cambios históricos; los pueblos indígenas y tribales desarrollan su identidad cultural a lo largo del tiempo. En este sentido, la CIDH ha reconocido, por ejemplo, que en Guatemala los pueblos indígenas, pese a la discriminación étnica a la que históricamente han estado sujetos, “mantienen en todas las regiones, una actividad y organización social intensa y una cultura rica y en continua adaptación a las exigencias de los cambios históricos defendiendo y desarrollando su identidad cultural” [CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 4.].

historia individual y dinámica es que se construye la relación de cada pueblo y comunidad indígena con su territorio, relación de la que surge su subsistencia física y cultural, y a la cual el derecho internacional ha otorgado un nivel privilegiado de protección⁷⁹.

36. La historia de los pueblos indígenas y sus adaptaciones culturales a lo largo del tiempo, en tanto elementos constitutivos de su configuración estructural contemporánea, son consistentes con la preservación de una relación fundamental con su territorio, protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el caso de la comunidad Yakye Axa v. Paraguay, la Corte Interamericana describió como sigue la historia de la comunidad afectada:

...es necesario considerar que las víctimas del presente caso poseen hasta hoy conciencia de una historia exclusiva común; son la expresión sedentarizada de una de las bandas del pueblo indígena de los Chanawatsan, de la familia lingüística de los Lengua-Maskoy, que tenían un modo de ocupación tradicional de cazadores-recolectores (...). La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía. Dentro del proceso de sedentarización, la Comunidad Yakye Axa adoptó una identidad propia relacionada con un espacio geográfico determinado física y culturalmente, que corresponde a una parte específica de lo que fue el vasto territorio Chanawatsan⁸⁰.

37. También es fundamental comprender que la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales es compartida por sus miembros, pero es inevitable que algunos miembros de cada pueblo vivan con menos apego a las tradiciones culturales correspondientes que otros. Este hecho no puede llevar a la conclusión de que los pueblos indígenas o tribales pierdan su identidad o los derechos que les confiere el derecho internacional. Según lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam: “El hecho de que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicio-

79 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Xákmok-Kásek v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 35.

80 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 216. En el mismo sentido, ver: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 37-43.

nal y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad”⁸¹. En la medida en que continúen preservando y viviendo sus propias tradiciones culturales, los pueblos indígenas y tribales y sus miembros continuarán siendo titulares de los derechos individuales y colectivos que les reconoce el sistema interamericano.

38. Asimismo, las comunidades indígenas pueden estar compuestas por personas y familias que pertenecen a más de un grupo étnico, pero que se consideran y se identifican a sí mismas como una sola comunidad. Esta composición multiétnica de algunas comunidades indígenas, que responde a su posición de sujetos históricos, es compatible con la protección y el ejercicio del catálogo pleno de sus derechos bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸².

B. Tierras y territorios

39. Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo –con la debida consideración por las especificidades de los recursos hídricos y del subsuelo que se explican en el Capítulo VIII-. Integralmente, las tierras y los recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de “territorio”, tal como lo ha confirmado la Corte Interamericana⁸³. El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 13.2, dispone en términos similares que “la utilización del término ‘tierras’ (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

40. La CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino tam-

81 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 164.

82 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 39-43. En este caso, la comunidad peticionaria estaba compuesta principalmente por miembros de dos grupos étnicos distintos: los Enxet-Sur y los Sanapaná.

83 Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, nota al pie No. 63.

bién aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”⁸⁴, por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general”⁸⁵. La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”⁸⁶. En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”⁸⁷; los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo⁸⁸.

C. Recursos naturales

41. Los recursos naturales son sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios ecosistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles,

84 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.160.

85 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.160.

86 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(h).

87 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 129.

88 La Corte Interamericana ha explicado en este sentido que “...el alcance del ‘respeto’ al derecho al territorio de los miembros [de un pueblo indígena o tribal [no se limita] a, únicamente, sus ‘aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas’. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 114].

el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales. [...]

IV. Obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas y tribales y sus miembros

A. Respetar y garantizar los derechos

42. El deber de los Estados miembros de la OEA de promover y proteger los derechos humanos emana de las obligaciones de derechos humanos recogidas en la Carta de la OEA. Adicionalmente, la Convención Americana y la Declaración Americana establecen una serie de obligaciones de los Estados de promover y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Los artículos 1.1 y 2 de la Convención exigen explícitamente a los Estados partes “respetar” y “garantizar” el “libre y pleno ejercicio” de los derechos allí reconocidos, inclusive mediante la adopción de “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

43. El artículo 2 de la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención, para asegurar el goce efectivo de los derechos que ésta consagra. La obligación de adaptar la legislación interna a la Convención Americana bajo el artículo 2 es, por su propia naturaleza, una obligación de resultado⁸⁹. Los Estados deben, por ende, revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos territoriales de los pueblos y personas indígenas y tribales sean definidos y determinados de conformidad con los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos⁹⁰. Como corolario, los Estados están obligados a abstenerse de adoptar medidas legislativas o administrativas de carácter regresivo que puedan afectar el disfrute de los derechos territoriales de los pueblos indígenas⁹¹.

44. La CIDH ha destacado como una buena práctica el que los Estados adopten y promulguen normas en su derecho interno que reconozcan y protejan

89 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 100. Corte IDH. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

90 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 173, Recomendaciones 1 y 2.

91 En caso de adoptar disposiciones regresivas, los Estados están en la obligación de dejarlas sin efecto o abstenerse de aplicarlas. CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 49, 50 – Recomendación 4.

los derechos de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros⁹², pero la legislación jurídicamente favorable “por sí sola no puede garantizar los derechos de estos pueblos”⁹³. Los Estados deben dar una implementación práctica efectiva a las normas constitucionales, legales y reglamentarias de su derecho interno que consagran derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, para así asegurar el goce real y efectivo de tales derechos⁹⁴. Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*)⁹⁵. La existencia de un marco jurídico favorable “no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañada de políticas y acciones estatales que velen por la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas a las que el propio Estado soberanamente se ha obligado”⁹⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido igualmente que los gobiernos deben asegurar “la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁹⁷. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que las nor-

-
- 92 La CIDH ha valorado positivamente la consagración de disposiciones normativas sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero al mismo tiempo ha llamado enérgicamente a los Estados a remitir información sobre su implementación. Ver, entre otros: CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1052-1061. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 218, 219. CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 134, y nota al pie No. 147.
- 93 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(b).
- 94 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1062. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 220, 297 - Recomendación 4. CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párrs. 134, 149.
- 95 Que las disposiciones de derecho interno sean “efectivas” significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención realmente sea cumplido. [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 101. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 110].
- 96 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(b). Ver también: CIDH, *Quinto informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 36. CIDH, *Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 28.
- 97 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142.

mas de derecho interno sean implementadas y aplicadas en la práctica⁹⁸, específicamente en relación con sus derechos territoriales⁹⁹.

98 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1062. Sólo la implementación sostenida de los avances legales y constitucionales pertinentes para la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y tribales puede marcar un avance en su situación real; refiriéndose al sistema jurídico guatemalteco, la CIDH ha sostenido que “estas normas fundamentales encierran principios que pueden ser desarrollados por vía legislativa, y que de ser puestos en práctica de manera sostenida podrían significar un avance importante para la situación de los indígenas” [CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 35.]. En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que “la legislación por sí sola no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142]. El Relator Especial de la ONU también se ha pronunciado sobre la falta de aplicación de las normas jurídicas que consagran los derechos de los pueblos indígenas, describiéndola como una “brecha de implementación entre los avances realizados por numerosos países en sus legislaciones nacionales en que se reconoce a los pueblos indígenas y sus derechos y las realidades cotidianas en las que se encuentran numerosos problemas para el adecuado cumplimiento de estas medidas legislativas”. ONU –Comisión de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, Resumen. El Relator Especial ha explicado que los obstáculos para la implementación incluyen: (i) la inconsistencia entre los estándares y principios internacionales y la legislación interna, la falta de incorporación de dichos estándares al derecho interno, o su desconocimiento por los jueces y funcionarios públicos; (ii) la inconsistencia entre leyes sectoriales, o la falta de aplicación de la legislación sectorial existente; (iii) la estructura burocrática o rígida de la administración pública, y la falta de mecanismos de seguimiento a la implementación de las leyes; (iv) la interpretación divergente de los estándares legales por distintas autoridades estatales; o (v) el bloqueo de las disposiciones constitucionales protectivas a través de estándares legales y reglamentarios regresivos. ONU –Comisión de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párrs. 18, 19, 26, 33. Ver también: ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrs. 5-13.

99 En relación con el derecho a la propiedad territorial, no es suficiente con el mero reconocimiento abstracto del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales; los Estados deben adoptar medidas concretas para hacerlo efectivo materialmente [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 141]. “El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143]. Para la CIDH y la Corte Interamericana, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas consagrados en la Constitución y en las leyes mediante la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear mecanismos efectivos que reconozcan tales derechos en la realidad. Bajo el artículo 21, es necesario que las normas legales y constitucionales que reconocen el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a la propiedad de su territorio ancestral se traduzcan en la restitución y protección efectiva de dichos territorios [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*

45. En forma similar, la ratificación de tratados internacionales o la aprobación de instrumentos internacionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas y tribales son a menudo insuficientes para garantizar el goce efectivo de los derechos que en ellos se consagran¹⁰⁰. La CIDH ha reaccionado positivamente a la aceptación del Convenio 169 de la OIT por los Estados miembros de la OEA¹⁰¹, y ha enfatizado que desde que los Estados miembros se hacen partes del Convenio, se obligan a “adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones”¹⁰². También ha explicado la CIDH que los Estados deben

Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(b). CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 50, Recomendación 1]. Aunque estén consagrados formalmente los derechos territoriales y otros de los pueblos indígenas y tribales, el que los Estados no tomen las medidas necesarias para reconocer y garantizar dichos derechos genera situaciones de incertidumbre entre los miembros de sus comunidades [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 170]. El Relator Especial de la ONU ha denunciado la falta de implementación de la legislación que protege los derechos territoriales de los pueblos indígenas como parte de la tendencia actual hacia la desposesión territorial, así: “Siguen la tendencia hacia la disminución de los recursos naturales de los pueblos indígenas, principalmente la posesión de sus tierras. A pesar de que numerosos países han adoptado en el transcurso de los últimos años diversas leyes en las que se reconoce la propiedad colectiva e inalienable de las tierras de las comunidades indígenas, los procesos de titulación han sido lentos y complicados y en muchos casos los títulos otorgados a las comunidades no se respetan en la práctica. Por el contrario, la tendencia hacia la privatización de estas tierras tradicionales va en aumento. Se dice que este proceso beneficia a los propietarios indígenas, en la medida en que proporciona certeza jurídica. Sin embargo, el Relator Especial ha podido observar que, a la larga, las comunidades indígenas tienden a perder sus tierras y territorios tradicionales a favor de diversos intereses económicos privados ya sea de empresas o de invasores y colonos individuales que han logrado asentarse en sus áreas tradicionales indígenas.” ONU –Consejo de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párr. 14.

100 El Relator Especial de la ONU ha señalado la inconsistencia entre las normas internacionales en materia de derechos humanos indígenas y la legislación interna de los Estados como uno de los obstáculos para la implementación de las disposiciones jurídicas que protegen a los pueblos indígenas: “Se ha señalado que en muchos países existe una brecha entre las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos indígenas y la legislación doméstica. Las normas internacionales no siempre pasan automáticamente a formar parte de la legislación nacional, aun cuando hayan sido ratificadas. En ocasiones son ignoradas por funcionarios públicos así como en la jurisprudencia de los tribunales.” ONU –Comisión de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párr. 18.

101 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 218.

102 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13. Así, por ejemplo, en su *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, la CIDH recordó que “al ratificar tal

aplicar mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales y asegurar, así, el disfrute efectivo de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169¹⁰³. La falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169¹⁰⁴.

46. Aplicando estas reglas, en el caso de la comunidad Awas Tingni la Corte Interamericana expresó que “es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”¹⁰⁵. En el caso de la comunidad Sawhoyamaxa v. Paraguay, la Corte Interamericana explicó que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de dicho derecho carece prácticamente de sentido si no se ha delimitado físicamente y entregado las tierras por falta de medidas adecuadas de derecho interno necesarias para garantizar el uso y goce efectivo de tal derecho por parte de los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa”¹⁰⁶.

47. La CIDH ha valorado igualmente el establecimiento de políticas públicas y planes de acción gubernamental para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, expresando que “espera que estas iniciativas contribuyan a la demarcación y titulación de tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas, y que sus resultados sean cuantificables en el corto plazo”¹⁰⁷. Asimismo, la CIDH ha resaltado en tanto avance el que se

instrumento, el Estado peruano se comprometió a adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como realizar esfuerzos para mejorar las condiciones de vida, participación y desarrollo en el marco del respeto de sus valores culturales y religiosos” [CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7].

103 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 3.

104 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 255.

105 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 138.

106 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 143.

107 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.149.

realicen esfuerzos “para priorizar la creación de políticas públicas a favor de los pueblos indígenas (...) a través de la creación de Ministerios, Viceministerios y entidades específicas vinculadas directamente con sus necesidades”¹⁰⁸, pero ha recordado que la institucionalidad estatal debe proveer “una respuesta efectiva para el ejercicio, en pie de igualdad, de sus derechos humanos, particularmente los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁰⁹.

B. Obligaciones específicas frente a los pueblos indígenas y tribales

48. Cada Estado debe asegurar que los miembros de los pueblos indígenas y tribales gocen efectivamente de todos los derechos humanos, en pie de igualdad con el resto de la población¹¹⁰. El artículo 1.1 de la Convención Americana dispone que el Estado está obligado a respetar y garantizar “a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹¹¹. El incumplimiento de esa obligación por la acción u omisión de cualquier autoridad pública puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado¹¹².

49. Esta obligación general del Estado adquiere un contenido adicional en el caso de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. La CIDH ha reconocido que los Estados deben adoptar medidas especiales y específicas destinadas a proteger, favorecer y mejorar el ejercicio de los derechos humanos

108 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 221.

109 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 223. El Relator Especial de la ONU ha llamado a la coordinación de las acciones emprendidas por las distintas autoridades estatales responsables de proteger los derechos indígenas: “Parte [de la brecha de la implementación] es la ausencia de una política coordinada y sistemática, con la participación de los pueblos indígenas, que de manera transversal involucre a los diferentes ministerios y órganos del Estado relacionados con cuestiones indígenas tales como ministerios de agricultura, energía, minas y recursos naturales, educación y salud, entre otros, para garantizar los derechos de los pueblos indígenas. No es suficiente la existencia de comisiones de derechos humanos o de ombudsman si los ministerios que tienen responsabilidades sobre áreas sensibles para los pueblos indígenas no actúan de manera coordinada.” ONU –Comisión de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU E/CN.4/2006/78, párr. 86.

110 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1072.

111 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154.

112 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 154.

por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros¹¹³. La necesidad de tal protección especial surge de la mayor vulnerabilidad de estas poblaciones, dadas las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido, y del nivel especial de afectación que soportan por las violaciones de sus derechos humanos¹¹⁴. Esta obligación estatal positiva de adoptar medidas especiales se acentúa mayormente cuando se trata de los niños y niñas o de las mujeres indígenas, puesto que su nivel de vulnerabilidad es aún mayor¹¹⁵.

50. El deber de los Estados de otorgar una protección especial a los pueblos indígenas y tribales ha sido resaltado por la CIDH desde sus primeras decisiones. En su Resolución de 1972 sobre la “Protección especial de las poblaciones indígenas. Medidas para combatir el racismo y la discriminación racial”, la CIDH ya había expresado que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados”¹¹⁶. Para la CIDH, “este concepto de protección especial ha sido desde entonces considerado en numerosos países y en informes individuales aprobados por la Comisión y (...) ha sido reconocido y aplicado en el contexto de numerosos derechos y libertades enmarcados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la protección judicial y a un juicio imparcial y el derecho a la propiedad”¹¹⁷. En tal sentido, la CIDH ha explicado que un elemento central a la base de las normas y principios relevantes de derecho internacional “es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen

113 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1072. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 169

114 CIDH, *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010. Parr. 26, Recomendación No. 11.

115 CIDH, *Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010*. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010. Parr. 26, Recomendación No. 11; párr. 87.

116 Citada en: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 126. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 96.

117 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 126.

medidas especiales para [compensar] la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas”¹¹⁸. Al decidir sobre las quejas presentadas contra los Estados, la CIDH ha dado por ende “debida consideración a las normas y principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los intereses individuales y colectivos de los pueblos indígenas, incluida la consideración de toda medida especial que pueda ser adecuada y necesaria para dar debido efecto a estos derechos e intereses”¹¹⁹.

51. La obligación de adoptar medidas especiales y específicas de protección es inherente al Convenio 169 de la OIT; la CIDH ha resaltado que sus Estados Partes deben “adoptar medidas especiales para garantizar a sus pueblos indígenas el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin restricciones, así como incluir medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones”¹²⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en forma similar, ha sostenido con base en el artículo 1.1 de la Convención Americana¹²¹, que “los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural”¹²². Otras

118 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 125. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 95.

119 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 98.

120 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13.

121 Según ha explicado sobre este mismo punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado (...). De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [cf. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párrs. 108, 110. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 71], como extrema pobreza o marginación y niñez”. [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamata Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154].

122 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 85.

entidades internacionales¹²³ también han establecido que los miembros de los pueblos indígenas y tribales requieren medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos¹²⁴.

52. Como se verá, esta obligación incluye el mandato según el cual los Estados deben tomar medidas especiales efectivas para asegurar los derechos de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales¹²⁵; en consecuencia, el deber estatal de otorgar protección especial a los pueblos indígenas se aplica en relación con el derecho a la propiedad¹²⁶. Según ha establecido de forma meridiana la Corte Interamericana, la “protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, le asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente”¹²⁷.

53. Tales medidas especiales no constituyen un acto discriminatorio contra el resto de la población¹²⁸, porque “[e]s un principio establecido en el derecho internacional que el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida (...). La legislación que reconoce dichas diferencias no es, por lo tanto, necesariamente discriminatoria. En el contexto de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales, esta Corte ya ha expresado que es necesario la adopción de medidas especiales a fin de garantizar su supervivencia de conformidad con sus tradiciones y costumbres”¹²⁹.

123 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Connors v. Reino Unido*, 27 de mayo de 2004, párr. 84.

124 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 85.

125 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(e).

126 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párr. 126.

127 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91.

128 Cfr. Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párrs. 57-60; Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 55.

129 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 103.

54. La forma de vida indígena, que es única, ha de tomarse en cuenta por el Estado al adoptar medidas especiales tendientes a proteger sus derechos humanos¹³⁰; “en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”¹³¹. Esta obligación es aplicable tanto en relación con la implementación del derecho interno, como con la implementación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos¹³². Este deber de especificidad también conlleva que las medidas estatales orientadas a proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas y promover su inclusión social deban partir de diagnósticos completos sobre su situación de derechos humanos en tanto grupos históricamente excluidos¹³³, teniendo en cuenta que “la complejidad del asunto no es excusa para que el Estado no cumpla con sus obligaciones”¹³⁴.

130 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163. Además de adoptar medidas especiales para garantizar el ejercicio de los derechos humanos por los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, los Estados deben asegurarse de interpretar y cumplir sus obligaciones internacionales con la debida consideración por la especificidad sociocultural de estas poblaciones. Los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obligan a los Estados a garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, incluidos los miembros de comunidades indígenas; “sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 59].

131 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

132 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

133 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 229.

134 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(l).

V. Derechos de propiedad indígenas y tribales: consideraciones generales

A. La relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios

55. La relación única entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios ha sido ampliamente reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales¹³⁵, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales¹³⁶. Según han reiterado la CIDH y la Corte Interamericana, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos se vincula con la existencia misma de estos pueblos, y por lo tanto “amerita medidas especiales de protección”¹³⁷. La Corte Interamericana ha insistido en que “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”¹³⁸. Para la CIDH, la relación especial entre los

135 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.156. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121. Esta relación única con el territorio tradicional “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131]. Cualquiera de estas modalidades está amparada por el derecho a la propiedad protegido por los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

136 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1054.

137 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

138 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91. La Corte Interamericana ha reiterado que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” [Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149].

pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”¹³⁹.

56. Dicha relación especial es fundamental tanto para la subsistencia material¹⁴⁰ como para la integridad cultural¹⁴¹ de los pueblos indígenas y tribales¹⁴². La CIDH ha sido enfática en explicar, en este sentido, que “la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra”¹⁴³; que “la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad

139 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114. La Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha adoptado un criterio similar [al de la CIDH] respecto del derecho de propiedad en el contexto de los pueblos indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los pueblos indígenas mantienen con su tierra” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79].

140 La protección de la cultura de los pueblos indígenas comprende la preservación de aspectos vinculados a su organización productiva, lo cual incluye entre otras la cuestión de las tierras ancestrales y comunales [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 120]. El control de la tierra protegido por el artículo 21 “refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128].

141 Los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con el territorio tradicional, en donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se vinculan a la ocupación y uso de sus territorios físicos [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155]. Por ello, al ser el territorio y los recursos naturales elementos integrantes de la cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, forman parte intrínseca del derecho de las personas que los conforman a la identidad cultural [CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1054].

142 La relación especial entre los pueblos indígenas o tribales y sus territorios ancestrales tiene relevancia jurídica adicional en aspectos específicos. El reconocimiento del estrecho vínculo material y cultural entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales es un factor fundamental para la determinación de derechos en casos de conflictos de propiedad con terceros, en los que los Estados deben considerar las implicaciones de los derechos territoriales de los pueblos indígenas sobre su identidad cultural y supervivencia material. La especial relación que los pueblos indígenas y tribales mantienen con sus territorios tradicionales ha sido también tenida en cuenta por la Corte Interamericana a la hora de determinar reparaciones en casos en los que comunidades específicas se han visto desposeídas forzosamente de sus territorios. Así, en el caso *Moiwana*, la Corte consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad había “lesionado emocional, espiritual, cultural y económicamente” a sus miembros, considerando este hecho relevante para el cálculo de las indemnizaciones por el daño inmaterial que el Estado debía reparar [Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 145(c)].

143 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 56.

individual y del enlace del grupo”¹⁴⁴; y que “la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria”¹⁴⁵. En la misma línea, la Corte Interamericana ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹⁴⁶; que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”¹⁴⁷; y que “la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”¹⁴⁸.

57. La falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas, ya que la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo,

144 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16.

145 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16.

146 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

147 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118.

148 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

caza, pesca o recolección¹⁴⁹, acceder a los sistemas tradicionales de salud¹⁵⁰, y otras funciones socioculturales cruciales. Por lo tanto, la falta de acceso a los territorios ancestrales, y la inacción estatal al respecto, exponen a los pueblos indígenas y tribales a condiciones de vida precarias o inhumanas en materia de acceso a alimentación, agua, vivienda digna, servicios básicos y salud¹⁵¹ y consecuentemente repercuten –entre otras– en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias¹⁵². En esta medida, la falta de garantía por el Estado del derecho de los pueblos indígenas y tribales a vivir en su territorio ancestral puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida¹⁵³, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños¹⁵⁴, entre otras. Adicionalmente, el desconocimiento del derecho de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales puede afectar, por las mismas causas, otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros¹⁵⁵. Las graves condiciones de vida que soportan los miembros de las comunidades indígenas que no tienen acceso a su territorio ancestral les ocasionan sufrimiento¹⁵⁶, y perjudican la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma¹⁵⁷.

149 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 164.

150 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080.

151 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 257-268, 297 – Recomendación 8.

152 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 37.

153 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(d). CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44-48.

154 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076-1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44-48.

155 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241. Ver también: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 147.

156 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 73-75.

157 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 73-75.

B. El derecho a la propiedad territorial indígena en los instrumentos interamericanos de derechos humanos

58. Aunque ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran expresamente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, los órganos del sistema interamericano de protección han interpretado que éstos derechos se encuentran amparados por el derecho a la propiedad de los artículos XXIII de la Declaración y 21 de la Convención¹⁵⁸.

59. Aplicando su interpretación evolutiva de las garantías de derechos humanos de los instrumentos interamericanos, la CIDH ha afirmado que “el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la propiedad comunal”¹⁵⁹; y que el derecho a la propiedad bajo el artículo XXIII de la Declaración Americana “debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”¹⁶⁰.

60. La Corte Interamericana ha recordado que “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno”¹⁶¹. En consecuencia, el derecho a la propiedad puede abarcar intereses de propiedad adicionales a aquellos que ya han sido reconocidos por los Estados o definidos por su legislación interna¹⁶². La Corte Interamericana

158 El derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales no es un mero asunto interno de los Estados. Las normas y principios de derecho internacional sobre los pueblos indígenas incluyen consideraciones de derechos humanos relacionadas con la propiedad, el uso y la ocupación por los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales. Por estas consideraciones, no es válido que los Estados argumenten que las disputas territoriales de los pueblos indígenas se refieren únicamente a controversias internas agrarias por títulos o uso de tierras: estas disputas implican aspectos de derechos humanos internacionalmente protegidos [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 124].

159 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156.

160 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

161 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 146.

162 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 131. Los órganos del sistema interamericano han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por el sistema no se limitan a aquellos que ya están reconocidos por los Estados o definidos por la legislación interna; el derecho a la propiedad de los pueblos

ha resaltado en este sentido 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”¹⁶³.

61. Los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios son jurídicamente equivalentes a los derechos de propiedad privada no indígena¹⁶⁴, aspecto que se deriva del deber de no discriminación establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶⁵. Los derechos a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato y a la no discriminación implican que los Estados deben establecer los mecanismos legales necesarios para aclarar y proteger el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales, al igual que se protegen los derechos de propiedad en general bajo el sistema jurídico doméstico¹⁶⁶. Los Estados violan los derechos a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley y a la no discriminación cuando no otorgan a los pueblos indígenas “las protecciones necesarias para ejercer su derecho de propiedad plena y equitativamente con los demás

indígenas y tribales y sus miembros tiene un significado autónomo en el derecho internacional de los derechos humanos, y un fundamento autónomo en el contexto del derecho internacional. Por lo mismo, no depende de interpretaciones particulares realizadas en decisiones judiciales internas vinculadas a la posible existencia de derechos aborígenes según el sistema jurídico doméstico [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 117, 131]. En cuanto que garantía de un derecho humano amparado por las normas del sistema interamericano y otros instrumentos internacionales, el deber estatal de garantizar el derecho de propiedad comunal indígena es autónomo con respecto a las disposiciones del derecho interno, y opera aún en ausencia de un reconocimiento de este derecho en el ordenamiento jurídico doméstico de los Estados.

163 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

164 Así, cualquier distinción legal que privilegie los derechos de propiedad de terceros frente a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales es incompatible con los artículos 21 y 2 de la Convención Americana; por ejemplo, la Corte Interamericana concluyó que tal era el caso en Surinam, donde el sistema jurídico usaba el término “derechos fácticos” o “derechos de facto” para distinguir los derechos indígenas de los derechos “de jure” de los tenedores de títulos reales y otros derechos de propiedad registrables, reconocidos y emitidos por el Estado: “Esta limitación al reconocimiento del derecho de los integrantes del pueblo [indígena o tribal] para gozar plenamente del territorio que han poseído y ocupado tradicionalmente es incompatible con la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para hacer efectivos los derechos consagrados en el artículo 21 de dicho instrumento”. [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 110].

165 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 119.

166 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

miembros de la población”¹⁶⁷. Aplicando esta regla, en el caso de Mary y Carrie Dann, la CIDH identificó una violación del artículo II, complementaria a la violación del derecho a la propiedad (artículo XXIII), en la medida en que los hechos del caso evidenciaban que el pueblo Shoshone Occidental, al que pertenecían las co-demandantes, había sido objeto históricamente de una expropiación forzosa de sus tierras sin que se le hubieran aplicado las garantías establecidas en la Constitución de los Estados Unidos en relación con la protección frente a la privación arbitraria del derecho de propiedad¹⁶⁸.

62. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente¹⁶⁹. Esta dimensión colectiva coexiste con la

167 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 171.

168 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 142-145.

169 Según la caracterización del derecho de propiedad comunal indígena avanzada por la CIDH y la Corte Interamericana, uno de los elementos fundamentales de este derecho es su titularidad comunal o colectiva. Ambos órganos han reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, “en el sentido de ser derechos que se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128]. Al decidir sobre las quejas presentadas contra los Estados en el contexto de los pueblos indígenas, la CIDH ha explicado que las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre deben interpretarse y aplicarse “con debida consideración de los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 98]. En el mismo sentido, en aplicación del artículo 29 de la Convención Americana, en casos relativos a pueblos indígenas y tribales la CIDH ha afirmado que “se debe interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 140(ñ)]. El derecho a la propiedad territorial ha sido reconocido por la CIDH como uno de los derechos de los pueblos indígenas y tribales que tienen un aspecto colectivo [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 113]: “Los derechos de la comunidad se encuentran protegidos por la Convención Americana y por disposiciones de otras convenciones internacionales” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(c)]. El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, la titulación y/o la devolución de sus tierras y territorios ancestrales es, así, un derecho colectivo, que se encuentra protegido bajo el derecho

dimensión individual del derecho¹⁷⁰. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros¹⁷¹.

a la propiedad consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 244. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118]; para la CIDH, “el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho de propiedad de los pueblos indígenas en el marco de la propiedad comunal” [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 156]. En la misma línea, la CIDH ha valorado positivamente, como un avance, la consagración de disposiciones constitucionales sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos a las tierras y territorios, y ha llamado a los Estados a remitir información sobre su implementación [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 134, y nota al pie No. 147].

170 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, “ha adoptado un criterio similar [al de la CIDH] respecto del derecho de propiedad en el contexto de los pueblos indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los pueblos indígenas mantienen con su tierra” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79] – aunque, como se explicó anteriormente, la Corte Interamericana ha sostenido recurrentemente que los derechos de propiedad territorial son derechos de los miembros de los pueblos indígenas, individualmente considerados. En palabras de la Corte, “mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos– esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal” [Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148].

171 Es precisamente por la dimensión colectiva del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, que los órganos del sistema interamericano han reconocido que los pueblos indígenas tienen una relación particular con las tierras y los recursos que tradicionalmente han ocupado y usado, en virtud de la cual dichas tierras y recursos se consideran de propiedad y goce de las comunidades indígenas en su conjunto [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79]; el reconocimiento del aspecto colectivo de los derechos de los pueblos indígenas y tribales “se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128].

63. La dimensión colectiva se refiere a la “conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección”¹⁷². La CIDH ha explicado que los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo¹⁷³. En tal medida, están protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, modalidades de propiedad indígena en las cuales “el territorio global de la comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación”¹⁷⁴. En general, el régimen jurídico relativo a la distribución y uso de las tierras comunales debe ser conforme al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas.

64. La Corte Interamericana ha notado que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”¹⁷⁵. Para la Corte, “[e]sta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma

172 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

173 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 113. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128. CIDH, Resolución No. 12/85, Caso 7615, Pueblo Yanomami (Brasil), 5 de marzo de 1985. La CIDH ha subrayado que “al interpretar la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre] en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que ‘es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu’”. [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131].

174 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a).

175 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149.

de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas”¹⁷⁶.

65. La CIDH ha sostenido que el respeto por los derechos colectivos a la propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios ancestrales es una obligación de los Estados Miembros de la OEA; el incumplimiento de esta obligación compromete la responsabilidad internacional de los Estados¹⁷⁷. El derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica también el reconocimiento de un título colectivo de propiedad sobre esas tierras. Esta obligación, como se verá, ha sido reiterada en una serie de casos contenciosos fallados por la Corte Interamericana.

66. La naturaleza colectiva del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales tiene una incidencia directa sobre el contenido de otros derechos protegidos por la Convención Americana y la Declaración Americana, dotándoles de una dimensión colectiva. Así sucede con el derecho a la personalidad jurídica¹⁷⁸, o con el derecho a la protección judicial efectiva¹⁷⁹.

176 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 87.

177 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

178 Al carecer de capacidad jurídica para gozar colectivamente del derecho a la propiedad y para reclamar la violación de este derecho ante los tribunales internos, los pueblos indígenas y tribales se encuentran en situación de vulnerabilidad tanto respecto del Estado como respecto de terceros particulares [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174]. El Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo respectivo esa capacidad, para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174]. El reconocimiento de la capacidad jurídica colectiva “puede lograrse mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo [correspondiente] se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad.” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 174].

179 En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana explicó que no son adecuados ni eficaces para reparar presuntas violaciones del derecho de propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, los recursos judiciales que sólo están disponibles para las personas individuales que reclaman violación de sus derechos individuales a la propiedad privada; es necesario que los pueblos indígenas y tribales, como entidades colectivas, puedan utilizar dicho recurso en calidad de comunidades, para afirmar el derecho a la propiedad comunal de sus integrantes [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 179]. Es necesario también, para la Corte, que el Estado reconozca el derecho a la propiedad comunal de los miembros de los pueblos indígenas y tribales para que los recursos judiciales disponibles sean efectivos; un recurso judicial que exige que se demuestre la violación de un derecho no reconocido por el Estado no es adecuado para este tipo de reclamos [Corte

67. Las personas que conforman los pueblos indígenas y tribales son titulares de la totalidad de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional, y en consecuencia también pueden ejercer su propio derecho a la propiedad privada individual, procurando al hacerlo no entrar en conflicto con los derechos colectivos de sus pueblos.

C. Fundamentos del derecho a la propiedad territorial

68. La jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”¹⁸⁰. El derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta asimismo en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal¹⁸¹; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las

IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 179]. En suma, la legislación estatal debe proporcionar “un recurso adecuado y efectivo contra actos que violan los derechos a la propiedad comunal de los integrantes del pueblo [indígena o tribal respectivo]” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 182]. Por estas razones, en la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana ordenó a Surinam, como medida de reparación: “otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a al justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(b)].

180 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231.

181 En efecto, el derecho al territorio comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96], y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados. Según ha explicado la CIDH, las comunidades indígenas tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a)]. Los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115].

comunidades¹⁸². En el caso de las comunidades Mayas del Distrito de Toledo, por ejemplo, la CIDH concluyó que éstas comunidades habían demostrado tener derechos comunales de propiedad sobre las tierras que habitaban, derechos que “derivan del uso y la ocupación de larga data del territorio por el pueblo Maya, que las partes han convenido es anterior a la colonización europea, y se extienden al uso de la tierra y sus recursos para fines relacionados con la supervivencia física y cultural de las comunidades maya”¹⁸³. La Corte Interamericana ha explicado, por su parte, que “[c]omo producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”¹⁸⁴. Como se precisará más adelante, sin embargo, los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras¹⁸⁵.

69. Dado que el fundamento de la propiedad territorial es el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales “existen aún sin actos estatales que los precisen”¹⁸⁶, o sin un título formal de propiedad¹⁸⁷. Las acciones de reconocimiento oficial “deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior”¹⁸⁸, y no como el otorgamiento de nuevos derechos. La titulación y demarcación territoriales se entienden así como actos complejos que no constituyen, sino meramente reconocen

182 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(c).

183 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 127.

184 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127.

185 Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128].

186 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a).

187 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

188 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19.

y garantizan derechos que pertenecen a los pueblos indígenas por razón de su uso consuetudinario¹⁸⁹. Los órganos del sistema interamericano han explicado que se viola la Convención Americana al considerar las tierras indígenas como tierras estatales por carecer las comunidades de un título formal de dominio o no estar registradas bajo tal título¹⁹⁰. No es idóneo para hacer efectivos los derechos a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, un sistema jurídico que sujeta su ejercicio y defensa a la existencia de un título de propiedad privada, personal o real, sobre los territorios ancestrales¹⁹¹.

70. Ahora bien, en el caso de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre tierras y recursos naturales, “la tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos”¹⁹². Por tal razón, la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral no es determinante de la existencia de los derechos; puede haber movimientos en los lugares de asentamiento a lo largo de la historia, sin que se afecte la protección por la Convención Americana a los derechos de propiedad¹⁹³. En fin, como se expli-

189 El ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, y la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128]. La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte de los Estados es un acto de reconocimiento y protección oficiales, que no constitutivo, de derechos. Consecuentemente, la posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación.

190 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(fj).

191 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 111.

192 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a).

193 Así, la CIDH alegó ante la Corte Interamericana en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua* que los movimientos históricos de los asentamientos dentro del territorio ancestral no afectaban la existencia o titularidad de los derechos territoriales de la comunidad: “la mayoría de los pobladores de *Awas Tingni* llegaron en la década de 1940 al lugar en donde actualmente tienen su asentamiento principal, provenientes de su lugar ancestral antiguo: *Tuburús*. Se dio un movimiento de un lugar a otro dentro de su territorio ancestral; los ancestros *Mayagnas* estuvieron ahí desde tiempos inmemoriales” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(h)]. La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena tampoco se restringe al núcleo de casas; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones

có arriba, la historia de los pueblos indígenas y sus adaptaciones culturales a lo largo del tiempo no obstan para que se mantenga su relación fundamental con el territorio y los derechos que de allí se derivan.

71. Los derechos de propiedad indígenas basados en el uso o posesión consuetudinarios, independientemente del reconocimiento estatal, existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros que pretendan ostentar títulos reales de propiedad sobre las mismas áreas. El reconocimiento del valor normativo del derecho consuetudinario indígena como fundamento del derecho de propiedad también implica que los reclamos o pretensiones de propiedad por parte de comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre sus tierras deben ser tenidos plenamente en cuenta a todos los efectos jurídicos, y notablemente en relación con el cumplimiento de los deberes estatales relativos a los proyectos de inversión, desarrollo o extracción de los recursos naturales¹⁹⁴, como se precisará más adelante.

D. Administración de la tierra y derechos sobre los recursos naturales

72. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico de sus formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce

y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(h)]. En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 129]. Así, en el caso de las Comunidades Maya del Distrito de Toledo, el Estado de Belice había controvertido la continuidad de la ocupación maya del territorio, con base en las fechas de establecimiento de 13 de las 38 aldeas comprendidas en la petición; no obstante, la CIDH expresó que en su criterio “existen pruebas sustanciales de que el pueblo maya, a través de sus prácticas de agricultura, caza, pesca y demás prácticas de uso de la tierra y los recursos, han ocupado superficies sustanciales de tierra en el Distrito de Toledo, más allá de las aldeas particulares, desde tiempos precoloniales, y que las fechas de establecimiento de aldeas mayas concretas no es determinante de por sí de la existencia de derechos de propiedad comunal maya en esas tierras” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 130].

194 El Estado no se puede liberar de su obligación de reconocer el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre su territorio, argumentando que existe falta de claridad sobre el sistema ancestral de propiedad y posesión; así, en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte dictaminó que “la presunta falta de claridad en cuanto al sistema de posesión de la tierra de los Saramaka no presenta un obstáculo insuperable para el Estado, quien tiene la obligación de consultar con los integrantes del pueblo Saramaka (...) y solicitar una aclaración sobre esta cuestión a fin de cumplir sus obligaciones conforme al artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 2 de dicho instrumento” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 101].

de sus territorios¹⁹⁵, “dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo”¹⁹⁶. Su relación única con el territorio tradicional “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”¹⁹⁷. Estos modos de uso del territorio están protegidos por el derecho a la propiedad¹⁹⁸.

73. Por esta razón,¹⁹⁹ los Estados deben reconocer y proteger sistemas pro-

195 Este derecho se incluye entre los principios y derechos que deben ser considerados al interpretar y aplicar el derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

196 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

197 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

198 No existe sólo una forma de usar y disfrutar de los bienes protegida por la Declaración Americana o la Convención Americana; tanto la propiedad como la posesión de los territorios por los pueblos indígenas y tribales pueden diferir de la concepción clásica de dominio, y en tal sentido son protegidas por el derecho a la propiedad. [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120]

199 Según ha precisado la CIDH, los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen “el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130]; los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente, y “el carácter de ese derecho está en función de las modalidades de uso de la tierra y la tenencia consuetudinaria de la tierra” por cada pueblo [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 151]. Para la Corte Interamericana, “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120]. La noción de uso del territorio indígena es entendida por la Corte en un sentido amplio, que comprende no sólo la ocupación permanente de dicho territorio, sino también toda una gama de actividades, ya sean de carácter permanente o estacional, orientadas tanto a la utilización de la tierra y de los recursos naturales por motivos de subsistencia, como a otros usos relacionados por el ejercicio de las cultura y de la espiritualidad de los pueblos indígenas. En esta medida, la CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia” [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 160]; para la CIDH, “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación

ductivos basados en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal de los cultivos, junto con la rotación y los descansos de las tierras – entre muchos otros ejemplos. Desconocer estos sistemas, o considerar que estos sistemas equivalen al abandono de la tierra, implica privar a las comunidades de la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus derechos de propiedad²⁰⁰. Tales sistemas tradicionales para el control y uso del territorio “son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”²⁰¹, dado que el control sobre la tierra se refiere “a su capacidad de brindarle recursos para el sustento” al pueblo correspondiente²⁰², así como “al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”²⁰³.

74. La jurisprudencia del sistema interamericano se respalda en los términos de otros instrumentos internacionales; el Convenio 169 de la OIT establece expresamente el deber estatal de “salvaguardar el derecho de los pueblos [indígenas] a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades

especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general” [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.160]. El derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos “debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115]. De igual manera, para la CIDH “el concepto de la propiedad puede consistir en un dominio compartido o en derechos de acceso y uso, de acuerdo con las costumbres de las comunidades indígenas” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(i)] En esta línea, la jurisprudencia del sistema interamericano ha reconocido que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas no están definidos exclusivamente por sus derechos o títulos dentro del sistema jurídico formal de los Estados, sino que también incluyen las formas de propiedad comunal indígena que surgen, se derivan de o se fundan en la costumbre y la tradición indígenas [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 117].

200 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 19.

201 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

202 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

203 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

tradicionales y de subsistencia”, prestando particular atención a los casos de los pueblos nómadas y los agricultores itinerantes²⁰⁴. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en forma similar, el derecho de las personas pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, en conformidad con otros miembros del grupo²⁰⁵. El derecho a la cultura incluye formas y modalidades distintivas de usar los territorios tales como las actividades tradicionales de pesca, caza²⁰⁶ y recolección en tanto elementos esenciales de la cultura indígena²⁰⁷. Esta noción compleja del derecho de propiedad indígena aparece también reflejada en la Declaración de Naciones Unidas, en virtud de la cual “los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”²⁰⁸.

75. Las modalidades propias de relación con el territorio ancestral generan, a su turno, sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra que deben ser reconocidos y protegidos por los Estados en tanto fundamento mismo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales²⁰⁹. El reconocimiento

204 Convenio 169, artículo 14.1.

205 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha explicado que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas” [Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97].

206 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

207 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 140.

208 Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 26.2.

209 La CIDH ha explicado, en esta línea, que está protegida por la Convención la relación entre tradición histórica, derecho consuetudinario y propiedad territorial: “los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas (...) generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(b)]. Los pueblos indígenas han sufrido históricamente discriminación racial, y “una de las mayores manifestaciones de esta discriminación ha sido el que las autoridades estatales no reconocieran las formas consuetudinarias indígenas de posesión y uso de las tierras” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice),

del derecho consuetudinario indígena por las autoridades, en particular por los tribunales, es necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan hacer valer sus derechos sobre el territorio y los recursos naturales²¹⁰.

76. La Corte Interamericana también ha reiterado que el derecho de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente su territorio ancestral, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistemas de propiedad comunal, forma parte del derecho a la propiedad amparado bajo el artículo 21 de la Convención Americana²¹¹.

VI. El contenido específico de los derechos de propiedad indígenas sobre los territorios

77. La omisión de la adopción de medidas estatales para garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas sobre la tierra y los recursos naturales de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación, es una violación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²¹².

A. El alcance geográfico de los derechos de propiedad indígenas

78. Los derechos de propiedad indígenas sobre los territorios se extienden en principio sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial

12 de octubre de 2004, párr. 167]. El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena por las autoridades, en particular por los tribunales, también es necesario para el reconocimiento de la posesión ancestral [CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 57], sin discriminación. En términos de la CIDH, “el no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(b)].

210 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 57.

211 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 48.

212 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(ñ).

internacionalmente protegida –v.g. un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales. Desde el caso *Awas Tingni*, la Corte Interamericana describió el ámbito material donde se extendía el derecho a la propiedad de la comunidad, y que el Estado debería proteger a través de la delimitación, demarcación y titulación, como la “zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni”²¹³. En términos similares, en *Yakye Axa*, la Corte elucidó que el derecho de propiedad de la comunidad se extendía sobre “sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”²¹⁴.

79. Para efectos de identificar el territorio tradicional de una comunidad o pueblo determinado en casos específicos, los órganos del sistema interamericano han examinado pruebas de la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por miembros de la comunidad; del desarrollo de prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o de sanación; de la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad; y estudios y documentación técnicos; así como pruebas de la idoneidad del territorio reclamado para el desarrollo de la comunidad correspondiente²¹⁵ – siempre teniendo en cuenta que “el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad”²¹⁶.

80. También ha sostenido la CIDH que frente a los pueblos indígenas y tribales, los Estados están obligados “al otorgamiento gratuito de tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida”²¹⁷. El test para determinar cuándo las tierras son de extensión y calidad suficientes, es el que a los miembros de la comunidad que vivan en dicho territorio, éste les garantice el ejercicio continuo de las actividades de las que derivan su sustento y de las que depende la preservación de su cultura²¹⁸.

213 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153.2.

214 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

215 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 93-107.

216 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 95.

217 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 50, Recomendación 1.

218 La CIDH ha recomendado en este sentido a los Estados “adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a la propiedad y la posesión de [las comunidades indígenas] y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, en particular para (...) garantizar

El derecho a un territorio en calidad y extensión suficientes es de particular relevancia para ciertas clases de pueblos indígenas y tribales cuya especificidad sociocultural, y cuyas situaciones concretas, requieren un especial nivel de protección. Así, en el caso de las comunidades indígenas cazadoras y recolectoras, que se caracterizan por patrones itinerantes de residencia, “la superficie del territorio que se le transfiera debe ser suficiente para que preserve sus propias formas de vida, asegure su viabilidad económica, así como su propia expansión”²¹⁹.

81. De igual forma, debe aplicarse especial cuidado al tomar las medidas para garantizar territorios de suficiente extensión y calidad a pueblos en aislamiento voluntario²²⁰, pueblos en contacto inicial, pueblos binacionales o

a los miembros de la comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia” [CIDH, informe No. 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa (Paraguay), 19 de octubre de 2004, Recomendación 1. Referido en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 8].

219 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(i).

220 La CIDH ha otorgado medidas cautelares en distintas oportunidades para proteger los derechos de pueblos indígenas en aislamiento voluntario, enfatizando la necesidad de proteger su territorio para efectos de resguardar efectivamente los derechos a la vida e integridad de sus miembros, entre otros. Así, el 10 de mayo de 2006 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos Tagaeri y Taromenani, en aislamiento voluntario en la selva amazónica del Ecuador, que se veían amenazados directamente en su existencia misma como grupos por los actores que llevaban a cabo la tala ilegal de madera en sus territorios, y habían sufrido varios asesinatos en el curso de tal conflicto. La CIDH solicitó al Estado ecuatoriano la adopción de las medidas necesarias para proteger el territorio ancestral de estos pueblos de la presencia y actividades de terceros. El 22 de marzo de 2007, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas Mashco Piro, Yora y Amahuaca, en aislamiento voluntario en el departamento de Madre de Dios, en el Perú, amenazados en su vida e integridad personal, y en peligro de extinción, por las actividades de extracción ilegal de madera en su territorio. La CIDH solicitó al Estado peruano que adoptara todas las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de los miembros de estos tres grupos, en particular que adoptara medidas para evitar daños irreparables resultantes de las actividades de terceros en su territorio. Ver más información en: <http://www.cidh.oas.org>. Actualmente se desarrolla, bajo el auspicio de la ONU, un proceso de formulación de directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial. El informe correspondiente, preparado por la Secretaría del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU, explica que “[l]os pueblos en aislamiento son pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos regulares con la población mayoritaria, y que además suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su grupo. En su mayoría los pueblos aislados viven en bosques tropicales y/o zonas de difícil acceso no transitadas, zonas que muy a menudo cuentan con grandes recursos naturales. Para estos pueblos el aislamiento no ha sido una opción voluntaria sino una estrategia de supervivencia. (...) A pesar de la gran diversidad (...) que presentan estos pueblos, se pueden identificar algunas características generales comunes a todos ellos: (a) son pueblos altamente integrados en los ecosistemas en los que habitan y de los cuales forman parte, manteniendo una estrecha relación de interdependencia con el medio ambiente en el que desarrollan sus vidas y su cultura. Poseen un profundo conocimiento de su medio ambiente lo que les permite vivir de manera autosuficiente generación tras generación, razón por la cual el mantenimiento

plurinacionales, pueblos en riesgo de desaparición, pueblos en procesos de reconstitución, pueblos agricultores itinerantes o pastores, pueblos nómadas o seminómadas, pueblos desplazados de sus territorios, o pueblos cuyo territorio ha sido fragmentado, entre otros.

B. Titulación jurídica y registro de la propiedad

82. En virtud del artículo 21 de la Convención Americana y del artículo XXIII de la Declaración Americana, los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupa-

de sus territorios es de vital importancia para todos ellos. (b) Son pueblos que no conocen el funcionamiento de la sociedad mayoritaria, y que por lo tanto se encuentran en una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad ante los diversos actores que tratan de acercarse a ellos, o que tratan de acompañar su proceso de relación con el resto de la sociedad (...). (c) Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extrema vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios que ponen en peligro directamente el mantenimiento de sus culturas y de sus formas de vida. (...) La vulnerabilidad se agrava, aún más, ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas. (...) El derecho al territorio resulta fundamental, ya que en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial la interdependencia con el medio ambiente es total y su vida gira en torno a una simbiosis casi perfecta con su medio ambiente, que les permite mantener sus vidas y culturas, gracias a los conocimientos profundos que tienen sobre los usos, aplicaciones y cuidados de su entorno. Esto significa que el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que sufran significaría una agresión a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: Proyecto de Directrices de Protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica y el Gran Chaco. Informe preparado por la Secretaría. Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2009/6, 30 de junio de 2009, párrs. 7, 13, 23. Sobre los pueblos en aislamiento voluntario, el Relator Especial de la ONU ha explicado: “En distintas partes de los bosques ecuatoriales que aún existen en el mundo, se encuentran pequeñas comunidades indígenas que rehúyen todo contacto con la sociedad moderna y que prefieren vivir en aislamiento dedicadas a su economía tradicional de subsistencia. Contrariamente a la imagen difundida por algunos medios de comunicación, estos grupos no son los pobladores primogénitos ‘aun no contactados por la civilización’, sino poblaciones que huyen desde hace generaciones de contactos que para ellos han sido extremadamente violentos y mortíferos, y que les ha llevado a refugiarse en las selvas. Muchas de estas comunidades se encuentran ahora al borde de lo que algunos califican de genocidio debido a la explotación del petróleo, la extracción maderera, la introducción de plantaciones comerciales extensivas, la construcción de obras de infraestructura, la actividad misionera, el narcotráfico y el turismo internacional. Los pocos contactos que se dan pueden tornarse violentos, y las enfermedades traídas por los nuevos colonizadores siguen exterminando buena parte de esas poblaciones.(...) El Relator Especial recomienda que los Estados asuman el compromiso de poner en práctica todos los mecanismos necesarios para proteger la vida y la integridad de los pueblos en aislamiento para garantizar su supervivencia con respeto a sus derechos humanos.” ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrs. 42, 48.

do históricamente²²¹, y por lo tanto tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios²²², a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras²²³, y a que los títulos sean debidamente re-

221 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

222 El reconocimiento oficial del dominio por los pueblos indígenas sobre sus territorios no es un acto discrecional y libre de la voluntad estatal, sino una obligación [CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párr. 19]. Los Estados están obligados a adoptar medidas efectivas para reconocer el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado y usado [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 193]. La obligación del Estado de reconocer y garantizar el ejercicio del derecho a la propiedad comunal por los pueblos indígenas exige, necesariamente, que el Estado “adopte las medidas correspondientes para proteger el derecho del pueblo [indígena o tribal correspondiente] en su territorio, incluido el reconocimiento oficial de ese derecho” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 132]. En virtud del artículo XXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, el Estado está obligado a “titular o establecer por otra vía los mecanismos necesarios que aclaren y protejan el territorio en el que existe su derecho” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrs. 193 y 197 – Recomendación 1]; por lo tanto, los Estados violan el derecho de propiedad de los pueblos indígenas consagrado en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “al no adoptar medidas efectivas para reconocer su derecho de propiedad comunal a las tierras que han ocupado y usado tradicionalmente, o establecer otro tipo de mecanismo jurídico necesario para aclarar y proteger el territorio en el que existe su derecho” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 152]. Al no hacerlo, violan también los artículos 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana en perjuicio de los miembros de dichas comunidades [Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 137].

223 Los Estados están obligados a garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros sobre sus tierras ancestrales [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a). CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115]. Los pueblos indígenas y tribales tienen, por lo tanto, derecho a gozar de títulos formales u otros instrumentos de reconocimiento de su propiedad sobre las tierras donde viven y desarrollan sus actividades culturales y de subsistencia [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(1)]. Los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen “el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130], y “el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas” respecto a los derechos de propiedad y uso [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130]. El reconocimiento y titulación de los derechos de propiedad indígenas y tribales sobre sus territorios, así como el debido registro de los títulos correspondientes, “significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria” [CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 16]. La falta de reconocimiento por el Estado de los derechos

gistrados²²⁴. Adicionalmente, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho al uso y goce permanente de su territorio ancestral, para garantizar los cuales deben obtener el título de su territorio²²⁵. El derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica la titulación colectiva del territorio, esto es, el reconocimiento de un título también *colectivo* de propiedad sobre esas tierras donde se refleje la propiedad comunitaria de la tierra²²⁶, sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la tierra²²⁷. En los casos de compra de tierras, los títulos deben quedar a nombre de la respectiva comunidad, y no del Estado²²⁸. La complejidad del asunto no es excusa para que el Estado considere o administre las tierras indígenas no tituladas como tierras estatales²²⁹.

territoriales de las comunidades indígenas viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 109].

- 224 CIDH, *Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párrs. 23-25. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 109.
- 225 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.
- 226 En la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana ordenó, como medida de reparación: “delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(a)]. La CIDH ha sostenido que los Estados deben adoptar “medidas apropiadas para garantizar el proceso de demarcación legal, reconocimiento y otorgamiento a las comunidades indígenas de títulos de propiedad sobre la tierra y para que ese proceso no perjudique el normal desarrollo de la propiedad y vida comunitaria” [CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 39 – Recomendación 4]. Ver también: CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 45, 50 – Recomendación 4.
- 227 Convenio 169 de la OIT, artículo 17.1 (“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”); Declaración de Naciones Unidas, artículo 26.3 (“Los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”)
- 228 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 45, 50 – Recomendación 4.
- 229 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 104(i) y 140(l).

83. La cuestión de la titulación del territorio constituyó un eje central del caso *Awas Tingni*, en el que la Corte Interamericana sostuvo explícitamente que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o, como en el caso *Awas Tingni*, de los agentes del propio Estado²³⁰. En el caso de esta comunidad, la ausencia prolongada de titulación de sus tierras supuso un claro límite a la efectividad de su derecho de propiedad frente a pretensiones concurrentes de propiedad por parte de terceros o del propio Estado²³¹. La Corte estimó que la falta reiterada de respuesta a las solicitudes de titulación de *Awas Tingni* constituyó una violación del derecho a la propiedad de la Comunidad en virtud del artículo 21 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1 y 2. La sentencia de la Corte impone a Nicaragua el deber de titular de las tierras de la Comunidad como forma de reparación de la violación de sus derechos, según el “derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” de la Comunidad, y con la plena participación de la misma²³².

84. Asimismo, en el caso del pueblo *Saramaka*, la Corte Interamericana ordenó a Surinam, como medida de reparación: “eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo *Saramaka* y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo *Saramaka*, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de los integrantes del pueblo *Saramaka* a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica”²³³.

230 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 152-154.

231 *Ibid.*, párr. 141(i).

232 *Ibid.*, párrs. 153(1), 164, 173(3).

233 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(c).

Ejemplo: titulación colectiva como consecuencia
de un acuerdo de solución amistosa

El 25 de marzo de 1998, en el marco de una petición contra el Estado de Paraguay relativa a la reivindicación territorial de las comunidades indígenas Lamexay y Riachito (Kayleyphapopyet) de los pueblos Enxet y Sanapaná, el Estado y las comunidades firmaron un acuerdo de solución amistosa, propiciado por la CIDH. En dicho acuerdo, “el Estado paraguayo se comprometió a adquirir una superficie de 21.884,44 hectáreas ubicada en el Distrito de Pozo Colorado, Departamento de Presidente Hayes, del Chaco Paraguayo, entregarla a las mencionadas comunidades indígenas y titularla a su nombre por ante los órganos competentes” [párr. 1]. El Estado cumplió efectivamente con el acuerdo: adquirió las tierras, las entregó a las comunidades, las tituló a su nombre en julio de 1999, y los títulos de propiedad correspondientes fueron entregados a los representantes de las comunidades por el Presidente de la República en presencia de la CIDH.

En su informe sobre la solución amistosa, la CIDH “reiteró su reconocimiento al Estado paraguayo por su voluntad de resolver el caso a través de medidas de reparación, incluyendo las necesarias para reivindicar la tierra y transferirla a las mencionadas comunidades indígenas y la asistencia comunitaria necesaria a estas comunidades” [párr. 22]; expresó su reconocimiento a los peticionarios y otros afectados por haber aceptado los términos del acuerdo; y manifestó que seguiría “acompañando el cumplimiento de los compromisos de carácter continuado asumidos por Paraguay, relativos a la asistencia sanitaria, médica y educacional, en el nuevo asentamiento de las comunidades (...), así como el mantenimiento en buen estado de los caminos de acceso a la propiedad” [párr. 23].

85. Los procedimientos para titular tierras comunales indígenas o tribales deben ser efectivos²³⁴, atendiendo a las características particulares del pueblo respectivo²³⁵. La ausencia de procedimientos efectivos, específicos y regulados para la titulación de las tierras comunales indígenas causa una incertidumbre general que no es compatible con los estándares impuestos por el artículo 25 de la Convención Americana²³⁶. La falta de legislación interna que permita obtener el título sobre los territorios ancestrales indígenas no se suple con la mera dis-

234 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 127.

235 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 122, 123.

236 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 124.

ponibilidad de recursos judiciales que potencialmente puedan reconocer esos derechos; la mera posibilidad de reconocimiento judicial no es un sustituto para su reconocimiento y titulación reales: “se debería hacer una distinción entre la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para efectivizar, mediante legislación interna, los derechos allí consagrados y la obligación conforme al artículo 25 de proporcionar recursos efectivos y adecuados para reparar las presuntas violaciones a dichos derechos. (...) La Corte observa que aunque la llamada legislación judicial puede ser un medio para el reconocimiento de los derechos de los individuos, especialmente conforme a los sistemas de derecho común (common law), la disponibilidad de un procedimiento de este tipo no cumple, en sí mismo, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos consagrados en la Convención Americana. Es decir, la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos. El proceso judicial mencionado por el Estado debe, entonces, ser entendido como un medio a través del cual se podrían efectivizar esos derechos en el futuro, pero que aun no ha reconocido, efectivamente, los derechos en cuestión”²³⁷.

Ejemplo: obstáculos legales a la titulación del territorio ancestral

En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, la CIDH identificó algunas barreras legales al goce pleno y efectivo del derecho a la titulación del territorio ancestral. La CIDH explicó que en Ecuador “el Código Civil establece que se requiere de un título registrado para probar la propiedad de la tierra, y que cualquier terreno que no esté registrado se considera de propiedad del Estado. El sistema legal de atribución de títulos autoriza y prevé la propiedad comunal de la finca raíz; sin embargo, los líderes indígenas denunciaron haber tropezado con barreras importantes para obtener los títulos comunales”.

El primer obstáculo consistía en la falta de pleno reconocimiento de las unidades organizativas de los pueblos indígenas. Explicó la CIDH que “las comunidades y las cooperativas están reconocidas en el artículo 46(3) de la Constitución como uno de los sectores básicos de la economía, y se reconoce el derecho de dichos grupos a ser propietarios comunitarios. La propiedad comunal de la tierra de los indígenas está reconocida específicamente bajo la Ley de las ‘Comunas’. Sin embargo, mientras que la Comuna (administrada por un cabildo elegido popularmente) es muy popular en las tierras altas, los pueblos indígenas de la Amazonía utilizan otras formas de administración

237 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 104, 105.

interna”. Así, el sistema jurídico no reconocía las formas propias de organización de los distintos pueblos indígenas del país, impidiéndoles a algunos el acceso a títulos de propiedad.

La segunda barrera consistía en la falta de reconocimiento de los métodos tradicionales de cultivo de los pueblos indígenas, que hacía posible que se expropiaran las tierras comunales bajo ciertas circunstancias. La CIDH relató que “la Ley de Desarrollo Agrario permite al Estado expropiar la tierra que ha sido dejada sin explotar por más de dos años. Este requisito es inconsistente con los sistemas indígenas de uso de la tierra en algunas regiones del país. Por ejemplo, los pueblos indígenas que habitan la selva Amazónica despejan y cultivan pequeños huertos con criterios de rotación a fin de maximizar la productividad del suelo superficial. Sus métodos de administrar y cosechar los recursos de la selva son consistentes con sus necesidades y con las características ecológicas del suelo, el cual es poco profundo e inadecuado para los modelos de cultivo intensivo previstos en la Ley de Desarrollo Agrario”.

Una tercera limitación identificada por la CIDH era “la disposición de la Ley de Silvicultura que señala que todas las tierras que se hallen dentro de las fronteras de reservas naturales designadas por ley deben ser apropiadas por o revertidas al Estado. La Ley no toma en cuenta que varias de estas áreas protegidas incluyen territorios tradicionalmente habitados y de especial importancia para los pueblos indígenas”.

La CIDH indicó otras dificultades para la legalización territorial, que incluían “la continua designación de tierras tradicionalmente indígenas como ‘tierras baldías’”, así como “los obstáculos burocráticos que continúan impidiendo a los quejosos buscar acción o remedio”.

C. Seguridad jurídica del título de propiedad

86. Asegurar el goce efectivo de la propiedad territorial por los pueblos indígenas o tribales y sus miembros es uno de los objetivos últimos de la protección jurídica de este derecho. Como se ha establecido en las anteriores secciones, los Estados están obligados a adoptar medidas especiales para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas. Por este motivo, la CIDH ha enfatizado que “la demarcación y registro legal de las tierras indígenas constituye en la realidad sólo un primer paso en su establecimiento y defensa real”²³⁸, ya que la propiedad y

238 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párr. 33.

posesión efectivas se ven continuamente amenazadas, usurpadas o reducidas por distintas acciones de hecho o de derecho.

87. El derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad de sus territorios debe tener certeza jurídica²³⁹. El marco jurídico debe proveer a las comunidades indígenas la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus tierras²⁴⁰. Ello implica que el título jurídico de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra “debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica”²⁴¹. La inseguridad jurídica sobre estos derechos hace a los pueblos indígenas y tribales “particularmente vulnerables y proclives a conflictos y violaciones de derechos”²⁴². Entre los factores que causan inseguridad jurídica se encuentran: la posesión de títulos de propiedad no reconocidos por el derecho común; títulos de propiedad que están en conflicto con otros títulos; títulos que no están registrados plenamente; títulos que no están reconocidos. Se suma a ello en ciertos casos el desconocimiento, por los tribunales, de los derechos que emanan del uso y posesión ancestral, o el no reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, lo cual “cercena sensiblemente su capacidad de hacer valer sus derechos, así como el reconocimiento de la posesión ancestral de sus territorios”²⁴³.

88. El derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial requiere que existan mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas²⁴⁴. Los Estados están, en consecuencia, obligados a adoptar medidas para establecer tales mecanismos²⁴⁵, incluida la protección frente a ataques de terceros²⁴⁶. Parte de la certeza jurídica a la que tienen derecho los pueblos indígenas y

239 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137 – Recomendación 3.

240 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 19.

241 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

242 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 57.

243 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 57.

244 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137 – Recomendación 3.

245 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 66 – Recomendación 4.

246 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1065, 1071, 1137 – Recomendación 2.

tribales consiste en que sus reclamos y reivindicaciones territoriales reciban una solución definitiva. Es decir, que una vez iniciados los trámites de reivindicación de sus territorios ancestrales, sea ante las autoridades administrativas o ante los tribunales, se otorgue una solución definitiva a su reclamo dentro de un plazo razonable, sin demoras injustificadas²⁴⁷.

89. Se afecta la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su libre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas²⁴⁸. Para evitar esto, algunos de los Estados Partes de la OEA han elaborado mecanismos jurídicos especiales de protección para las tierras y territorios indígenas, tales como el reconocimiento de las garantías jurídicas de indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas. Estos mecanismos pueden ser idóneos para garantizar la seguridad jurídica de los derechos de propiedad territorial indígenas.

90. La certeza jurídica también requiere que los títulos de propiedad territorial de los pueblos indígenas sean protegidos frente a extinciones o reducciones arbitrarias por el Estado, y que no sean opacados por derechos de propiedad de terceros²⁴⁹. Se requiere la consulta previa y la obtención del consentimiento del pueblo respectivo para adoptar cualquier decisión del Estado que pueda jurídicamente afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígenas; en criterio de la CIDH, “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto”²⁵⁰. Para la CIDH, los principios jurídicos internacionales

247 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 52(c) y 52(e). Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 85, 103. CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 74(a) y 74(e).

248 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 18.

249 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

250 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 142.

generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos “sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien”²⁵¹. Si se obtiene dicho consentimiento, y en consecuencia se ha de extinguir o reducir el título de propiedad territorial de un pueblo indígena, el Estado debe garantizar la igualdad de trato a sus miembros frente a las personas no indígenas, en el sentido de dar cumplimiento a los requisitos generales establecidos en el derecho internacional para una expropiación²⁵², incluida la compensación justa²⁵³ - y respetando todas las garantías y salvaguardas adicionales de la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales provistas por el Derecho Internacional, tal y como se explican en el presente Estudio²⁵⁴. En forma conexas, la CIDH ha explicado que el Estado no puede justificar la extinción del título ancestral indígena de propiedad sobre el territorio invocando objetivos o políticas tales como el estímulo a la colonización o el desarrollo agrícola, menos aún cuando hay continuidad en la ocupación y uso, al menos parcial, de ese territorio por parte de los miembros del pueblo indígena o tribal correspondiente²⁵⁵.

91. La certeza jurídica de los títulos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales también exige que las autoridades estatales se abstengan de afectar tales títulos mediante estrategias jurídicas o sociopolíticas, tales como la creación de municipios no indígenas dentro de los territorios indi-

251 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130.

252 Dar a los pueblos indígenas un trato distinto en cuanto al cumplimiento de estos requisitos de la expropiación, sin una justificación objetiva y razonable basada en un fin legítimo, constituye una violación del derecho a la igualdad en la determinación de sus derechos de propiedad sobre sus territorios ancestrales. [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 143, 144, 145].

253 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 143, 144, 145.

254 En virtud de los artículos II (derecho a la igualdad), XVIII (derecho al debido proceso y a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los Estados están obligados a adoptar “medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de ese interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de [igualdad] y previa una justa compensación” [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131].

255 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 145.

genas²⁵⁶, la adopción de decisiones judiciales arbitrariamente adversas a sus derechos²⁵⁷, o la realización de ataques legales o políticos destinados a minar la estabilidad de los derechos ya establecidos o la consolidación de los que se encuentran en proceso de establecimiento²⁵⁸.

92. La certeza jurídica de los títulos de propiedad territorial también tiene manifestaciones prácticas que han sido resaltadas por el sistema interamericano de protección. La falta de delimitación y demarcación efectiva de los territorios indígenas, aún cuando exista un reconocimiento formal del derecho a la propiedad comunal de sus miembros, causa “un clima de incertidumbre permanente” en el cual los miembros de las comunidades “no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”²⁵⁹.

93. La Corte Interamericana también ha explicado que el reconocimiento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales debe ser pleno y debe tener certeza jurídica sobre su estabilidad; tampoco satisface la Convención Americana el intentar sustituirlo por otras figuras, tales como las concesiones forestales, que otorgan derechos limitados y son revocables²⁶⁰. La Corte Interamericana ha dictaminado que no satisface los artículos 21, 2 y 1.1 de la Convención Americana un marco legal que les otorga a los miembros de los pueblos indígenas y tribales un mero privilegio para usar la tierra, en vez de garantizarles el uso y goce permanente de su territorio: “La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra”²⁶¹. Según la Corte, tampoco es suficiente para cumplir con la Convención Americana que la legislación interna reconozca a los pueblos indígenas y tribales ciertos intereses, no derechos, en relación con la tierra: “el reconocimiento y respeto

256 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párrs. 40-43, 83-Recomendación 5.

257 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párrs. 34, 82(a), 82(d).

258 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párrs. 33-39, 82(a), 82(d).

259 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 153.

260 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 113.

261 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

en la práctica de los ‘intereses legítimos’ (...) no puede interpretarse como que satisface las obligaciones del Estado conforme al artículo 2 de la Convención respecto del artículo 21 de dicho instrumento”²⁶². Un sistema legal que no reconoce el derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en relación con su territorio mediante el otorgamiento de títulos de pleno dominio, sino que les reconoce simples intereses, privilegios, o permisos de uso y ocupación de las tierras a discreción del Estado, pone al Estado correspondiente en situación de incumplimiento de su deber de hacer efectivo a nivel interno ese derecho a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención, en conexión con los artículos 1.1 y 2²⁶³.

Ejemplo: actuaciones estatales que atentan contra la certeza jurídica de los títulos y derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales

En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, la CIDH identificó varios tipos de actuaciones estatales que minaban la certeza jurídica de los derechos territoriales de los pueblos indígenas del país, y resultaban por lo mismo contrarios a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.

Para la Comisión, esta clase de actos demostraban que “la demarcación y registro legal de las tierras indígenas constituye en realidad sólo un primer paso en su establecimiento y defensa real”, ya que “dicha propiedad y posesión efectiva se ve continuamente amenazada, usurpada o reducida por distintas acciones”, que incluían los “ataques judiciales y políticos contra la estabilidad de los derechos ya establecidos o de la consolidación de aquellos en proceso”. [párr. 33]

En primer lugar, la CIDH indicó que desde 1993, los tribunales judiciales de algunos Estados habían adoptado decisiones contrarias a los derechos de los pueblos indígenas. En segundo lugar, la CIDH relató que algunas personas no indígenas que ocupaban territorios ancestrales acudieron a una estrategia legal, consistente en “atacar el Decreto 22/91 que establecía los procedimientos para la demarcación y registro de las tierras indígenas, sobre la base que no [otorgaría] derecho de defensa a posibles ocupantes o derechohabientes frente a acciones administrativas del Gobierno que reconocían los derechos indígenas”, teniendo en cuenta que la Constitución Nacional consagra el derecho a la revisión de los actos administrativos del Estado. Para responder

262 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 106.

263 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 116.

a este ataque legal, el Gobierno adoptó del Decreto 1775/96, en el cual se establecía un procedimiento sumario que adicionaba un recurso al procedimiento para la determinación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas: “A través de ese recurso se permitió a particulares y a autoridades gubernamentales locales o estatales, [controvertir] la creación o demarcación de áreas indígenas, vía la provisión de evidencias que denegaban la ocupación previa por los indígenas o que demostraban derechos de terceros sobre esas tierras”. El Gobierno argumentaba que se trataba de un procedimiento destinado a “evitar ese presunto escollo judicial a la claridad jurídica de los títulos indígenas”, y que el recurso “era necesario a fin de garantizar el debido proceso a terceros y entes gubernamentales, de manera tal que los posteriores reconocimientos territoriales a los indígenas fueran inmunes a recursos de inconstitucionalidad haciendo el proceso transparente”. El Gobierno, igualmente, argumentó que “su mérito reside en que legitimará las áreas demarcadas ratificadas por dicho proceso contra futuras reivindicaciones de terceros que aleguen la inconstitucionalidad de dicha demarcación, debido a que no se proveyó derecho de defensa de sus alegados derechos de posesión”. El Decreto 1775/96 fue demandado en distintas oportunidades, pese a lo cual, hasta el momento de vencimiento del término para presentación de reclamos en abril de 1996, se presentaron más de 545 reclamos de ocupantes sobre 45 territorios indígenas, afectando cerca del 35% de las tierras demarcadas o en proceso de demarcación. Según explicó la CIDH, “el mayor número de reclamos de tierras por no indígenas bajo el Decreto 1775/96 ocurrió en el Estado de Roraima. Solamente respecto a las tierras indígenas de San Marcos tuvo 573 reclamos. La propia Asamblea Legislativa de Roraima ofreció asesoramiento legal gratuito a los reclamantes, y el Estado presentó su propio reclamo sobre tierras indígenas”. Finalmente, en julio de 1996 la FUNAI terminó de examinar los reclamos y decidir sobre sus méritos; rechazó la mayoría de los reclamos de no indígenas. [párrs. 35-39]

En tercer lugar, la CIDH se refirió al proceso de establecimiento de nuevos municipios ubicados total o parcialmente en tierras reclamadas o incluso demarcadas como áreas indígenas, por decisiones de las autoridades estatales. Explicó la CIDH que la creación de estos municipios “establece una nueva jurisdicción que no sólo [erosiona] la limitada soberanía indígena reconocida por la Constitución, sino que además establece una fuente de fricción entre las autoridades indígenas y las municipales, ya que éstas últimas dependen del sistema político estatal”. La creación de estos nuevos municipios conllevaba, además, serios problemas adicionales para los pueblos indígenas o tribales habitantes en el respectivo territorio; la CIDH explicó que “dicha creación de municipalidades actúa de hecho como un instrumento de división de los pueblos indígenas locales, ya que a través de ella se atrae o soborna a algún líder local para participar en el gobierno municipal, des-

conociendo la estructura de gobierno interna indígena y provocando su escisión. Igualmente la estructura de municipalidad y sus relaciones de poder tienden a favorecer el afincamiento en esas áreas indígenas de personas no indígenas, y de autoridades y servicios públicos que compiten con los previstos o consentidos por las autoridades indígenas” [párrs. 42-43]. Teniendo en cuenta lo anterior, la CIDH recomendó al Estado “paralizar toda decisión de municipalización que ataña a las tierras indígenas, inclusive aquellas en proceso de demarcación y homologación, y establecer procedimientos tendientes a mantener su integridad y autonomía, de acuerdo con los preceptos constitucionales vigentes”. [Recomendación 3].

En términos generales, la CIDH clasificó este tipo de actuaciones estatales como “escollos que dificultan la aplicación firme de los preceptos constitucionales y legales sobre tierras indígenas” [párr. 40]. Por ello concluyó que “los pueblos indígenas de Brasil en la última década obtuvieron avances significativos con relación a sus derechos, inclusive la demarcación y posesión de sus tierras, a pesar de que su integridad cultural, física y referente a sus tierras se hallan continuamente amenazadas y agredidas tanto por individuos como por grupos particulares que amenazan sus vidas y usurpan sus posesiones, al igual que por algunas tentativas de autoridades de varios Estados para reducir sus derechos políticos, civiles y económicos”; y que “fueron realizados significativos avances en el reconocimiento, demarcación y otorgamiento de propiedad territorial de los pueblos indígenas. A pesar de esto, hay algunos casos, especialmente en el Estado de Roraima, donde la Comisión pudo comprobar la realización de actos estatales que tienden a deteriorar la seguridad y vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas”. [párr. 82, (a) y (d)]

VII. La falta de protección de los derechos de propiedad en tanto obstáculo para el goce efectivo de otros derechos humanos

153. La falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a la tierra y los recursos naturales, se vincula directamente y en tanto causa a situaciones de pobreza y extrema pobreza entre familias, comunidades y pueblos⁴²³. A su vez, las circunstancias típicas de la pobreza desencadenan violaciones transversales de los derechos humanos, incluidas violaciones de sus derechos a la vida⁴²⁴, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños⁴²⁵.

A. El derecho a la vida

154. La vida de los miembros de las comunidades indígenas y tribales “depende fundamentalmente” de las actividades de subsistencia –agricultura, caza, pesca, recolección– que realizan en sus territorios⁴²⁶, incluida la utilización continua de sistemas colectivos tradicionales que “son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”⁴²⁷. La falta de garantía por el Estado del derecho al territorio ancestral de las comunidades indígenas puede implicar incumplimiento del deber de garantizar la vida de sus miembros; tal fue el caso de la comunidad Yakye Axa: “el Estado, al no garantizar el derecho de la comunidad a su territorio ancestral, ha incumplido el deber

423 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076–1080.

424 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(d). CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076–1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44–48.

425 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076–1080. CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44–48.

426 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

427 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

de garantizar la vida de sus miembros, ya que ha privado a la comunidad de sus medios de subsistencia tradicionales, obligándola durante años a sobrevivir en condiciones deplorables y dejándola a merced de acciones de asistencia estatal”⁴²⁸. El Estado viola el artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1, cuando no adopta “las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de [una comunidad indígena]”⁴²⁹.

Ejemplo

En su informe de 2009 sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, la CIDH notó con extrema preocupación que, según un informe de la Defensoría del Pueblo, nueve niños del pueblo Warao entre los 6 y 11 años de edad habrían muerto en el segundo semestre de 2007, como consecuencia de su estado de deterioro nutricional y de la falta de acceso a agua potable. La CIDH expresó que, en su criterio, “la precaria situación de salud y alimentación que afectó a esta comunidad no está necesariamente desvinculada de la falta de demarcación de las tierras ancestrales indígenas (...)” [párr. 1078]. Recordando que el acceso por los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, y el uso y disfrute de los recursos naturales que allí se encuentran, se relacionan directamente con el acceso a alimentos y agua limpia, notó que “al no haberse hecho efectivo en Venezuela el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales, se ha colocado a sus miembros en una situación de desprotección extrema, que ha implicado ya la muerte de varios de sus miembros por causas que habrían podido evitarse con alimentación adecuada y asistencia médica oportuna” [párr. 1079]. En consecuencia, el Estado “debe adoptar medidas urgentes para garantizarles su acceso a la tierra y a los recursos naturales de los que dependen, para poder prevenir así que se sigan afectando otros de sus derechos, tales como su derecho a la salud y su derecho a la vida” [párr. 1080].

155. A este respecto cabe recordar que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos humanos: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es

428 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Yakye Axa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(b).

429 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 178.

un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”⁴³⁰; “de no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”⁴³¹. Para la Corte, “en esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”⁴³². En virtud de este derecho fundamental, el Estado tiene la triple obligación de generar condiciones de vida dignas, no producir condiciones que obstaculicen la dignidad mínima de las personas, y adoptar medidas positivas para satisfacer el derecho a la vida digna en situaciones de vulnerabilidad y riesgo que adquieren prioridad: “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana⁴³³ y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁴³⁴. Así, “en virtud de este papel fundamental que se le asigna [al derecho a la vida] en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable”⁴³⁵. Para la Corte, “el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4

430 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150.

431 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 150.

432 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

433 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

434 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.

435 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 151. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120.

de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas (...) para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) (...) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción⁴³⁶. En consecuencia, los Estados “deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; (...) y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna⁴³⁷, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”⁴³⁸.

156. En aplicación de estas reglas, en casos de comunidades indígenas en condiciones extremas de vulnerabilidad por falta de acceso a su territorio ancestral, la Corte evalúa si el Estado causó condiciones que obstaculizaron el acceso a la vida digna, y si una vez ello sucedió, cumplió con sus obligaciones internacionales de adoptar medidas positivas calificadas y urgentes: “En el presente caso, la Corte debe establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la

436 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 152.

437 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156.

438 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 153.

Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT⁴³⁹.

B. El derecho a la salud

157. Los pueblos indígenas y tribales, ha recordado la Corte Interamericana, también tienen derecho a acceder a su territorio y a los recursos naturales necesarios para “la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”⁴⁴⁰. En este punto, la Corte Interamericana ha retomado lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, según el cual “los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales (...). // Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que (...) la (...) pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”⁴⁴¹.

158. En términos más generales, las comunidades indígenas soportan condiciones de extrema miseria por la falta de acceso a la tierra y los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia⁴⁴². En los casos en los cuales los pueblos indígenas y tribales son privados de nutrición, salud y acceso a agua potable por causa de la falta de acceso a los territorios ancestrales, los Estados tienen la obligación de “adoptar medidas urgentes para garantizarles su acceso a la tierra y a los recursos naturales de los que dependen”, para prevenir así una erosión de su derecho a la salud y su derecho a la vida⁴⁴³.

439 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 163.

440 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

441 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General 14, párr. 27, citada en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166.

442 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076–1080.

443 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1080.

C. Derechos económicos y sociales

159. La falta de acceso a las tierras y los recursos naturales también limita el goce efectivo de otros derechos económicos y sociales. Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los derechos a una alimentación adecuada y al agua así lo precisan: “En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”⁴⁴⁴. Para la Corte Interamericana, en el caso de los pueblos indígenas, “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso a agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”⁴⁴⁵.

D. El derecho a la identidad cultural y la libertad religiosa

160. La perpetuación de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales también depende del reconocimiento de las tierras y territorios ancestrales⁴⁴⁶. La estrecha relación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentran es un elemento constitutivo de su cultura en tanto forma de vida particular⁴⁴⁷. Los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los sitios ceremoniales o rituales vinculados a la ocupación y uso de sus territorios físicos⁴⁴⁸ constituyen un elemento intrínseco del derecho a la iden-

444 Citado en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166.

445 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

446 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 3.

447 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

448 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

tividad cultural⁴⁴⁹. La falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria, por lo tanto, perjudica la preservación de las formas de vida, costumbres e idioma de las comunidades indígenas y tribales⁴⁵⁰. Para los pueblos indígenas y tribales, “la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía”⁴⁵¹.

161. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho, en este orden de ideas, a que “el Estado les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así (...) preservar su identidad cultural”⁴⁵². Al no garantizar el Estado el derecho de propiedad territorial de las comunidades indígenas y sus miembros, se les priva “no sólo de la posesión material de su territorio sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”⁴⁵³. Por ello, en virtud del artículo 21 de la Convención Americana, la garantía del derecho a la propiedad territorial es un medio para preservar la base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas⁴⁵⁴. Las limitaciones al derecho de propiedad indígena también pueden afectar el derecho al ejercicio de la propia religión, espiritualidad o creencias, derecho que se reconoce en el artículo 12 de la Convención Americana y el artículo III de la Declaración Americana. Los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la libertad de conservar sus formas propias de religiosidad o espiritualidad, incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados.

449 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1054.

450 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 73–75.

451 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 216.

452 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(c). Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 171–182.

453 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(j).

454 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(a).

162. La pérdida de la identidad cultural por falta de acceso al territorio ancestral surte un impacto directo sobre los derechos de los niños y niñas de las comunidades desposeídas. La Corte Interamericana ha explicado: “Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido el artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma. // Asimismo, este Tribunal estima que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. // En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”⁴⁵⁵.

E. Derechos laborales

163. También se ha demostrado por la CIDH que la ocupación y restricción de los territorios indígenas, en la medida en que impiden a los pueblos indígenas y tribales acceder a sus actividades tradicionales de subsistencia, exponen a sus miembros a situaciones de explotación laboral (caracterizadas por malas condiciones de trabajo, bajos salarios y ausencia de seguridad social) e incluso a prácticas tales como el trabajo forzado o la servidumbre por deudas, análogas a la esclavitud⁴⁵⁶.

164. En su informe de 2009 sobre “Comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia”, la CIDH verificó el efecto de causalidad directa que existe entre la desposesión territorial y el trabajo forzado de los miembros de las comunidades indígenas Guaraní del Chaco boliviano. En dicho informe, la

455 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 261–263 [notas al pie omitidas].

456 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 35, 37, 40. CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 257–268, 297 – Recomendación 8.

CIDH “constata la existencia de servidumbre por deudas y trabajo forzoso los cuales son prácticas que constituyen formas contemporáneas de esclavitud. Sin lugar a duda, familias y comunidades guaraníes viven sometidas a un régimen laboral en donde no tienen el derecho de definir las condiciones de empleo, tal como las horas de trabajo y el salario; trabajan jornadas laborales excesivas por un pago ínfimo, lo que contraviene la normativa laboral nacional; y además viven bajo amenaza de violencia, lo que también conduce a una situación de temor y absoluta dependencia del empleador. La Comisión resalta la importancia del hecho de que se trata de individuos, familias o comunidades pertenecientes a un pueblo indígena, que se encuentran en esa condición deplorable debido a la pérdida involuntaria de sus tierras ancestrales, como producto de acciones y políticas emprendidas por el Estado a lo largo de más de un siglo, y que en la actualidad ven imposibilitado el goce de sus derechos fundamentales, como pueblo indígena, con respecto a sus derechos a la propiedad comunal colectiva, acceso a justicia, a una vida digna y al desarrollo de su propio autogobierno y sus propias instituciones sociales, culturales y políticas”⁴⁵⁷. Por ello concluyó que “[e]l problema de servidumbre y trabajo forzoso en la región del Chaco de Bolivia tiene su origen en el despojo territorial que ha sufrido el pueblo indígena guaraní a lo largo de más de un siglo, que resultó en el sometimiento de sus miembros a condiciones de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. La solución a este problema radica no sólo en la eliminación de las formas contemporáneas de esclavitud en las haciendas de la región del Chaco, sino también en medidas de reparación que comprendan la restitución del territorio ancestral del pueblo guaraní y medidas integrales que solucionen las necesidades de salud, vivienda, educación y capacitación técnica que se presentarían luego de la ‘liberación’ de las comunidades cautivas guaraníes”⁴⁵⁸.

Ejemplo de aplicación

En su informe de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, la CIDH se refirió al vínculo directo entre la falta de acceso a la propiedad territorial y la pobreza e indigencia generalizadas entre los pueblos indígenas, notando la explotación laboral de la población indígena. La Comisión señaló que “[p]rácticamente la totalidad de la población indígena está debajo de la línea de pobreza con las implicaciones respectivas en cuan-

457 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1, Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párr. 166.

458 CIDH. *Comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1, Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párr. 216.

to a su situación de servicios de educación, salud, analfabetismo, servicios sanitarios, empleo, situación de la mujer y de los niños” [párr. 44] En términos del derecho a la salud, la CIDH encontró que “alimentación insuficiente, extrema pobreza e inexistencia de políticas de salud preventivas son las causas de los problemas de salud de la población indígena en Guatemala.” [párr. 48] En cuanto a la mayor vulnerabilidad de la población indígena a la explotación laboral, la Comisión explicó que como consecuencia de la extrema necesidad, algunos sectores de la población indígena debían migrar temporalmente a trabajar en las tierras bajas con empresas agroexportadoras. “En épocas de cosecha, todos los años bajan a esa zona varios centenares de miles de trabajadores indígenas, los cuales realizan sus tareas en general bajo condiciones laborales ilegales, con salarios menores que el básico legal, y en pésimas condiciones de vida y habitación; y bajo continuos ataques a sus intentos de sindicalizarse” [párr. 46].

La CIDH recomendó al Estado que “adopte a la brevedad las medidas y políticas necesarias para crear y mantener un sistema de salud preventiva y asistencial eficiente, al que puedan acceder sin dificultad todos los miembros de las diferentes comunidades indígenas, y que aproveche los recursos medicinales y sanitarios propios de las culturas indígenas. Que provea los medios a dichas comunidades para mejorar las condiciones de sanidad ambiental, incluyendo servicios de agua potable y desagües” [párr. 66, Recomendación 6]. Asimismo recomendó al Estado “que profundice políticas de mejoramiento cualitativo e inversión social en las zonas rurales para garantizar a los pueblos indígenas igualdad de oportunidades (...)” [párr. 66, Recomendación 7]. Finalmente, en cuanto a la situación de los trabajadores migrantes indígenas, la CIDH recomendó que se promoviera el respeto de sus derechos laborales, teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT y su propia legislación interna, sancionando a los infractores.

F. Derecho a la libre determinación

165. La falta de acceso al territorio ancestral impide el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la libre determinación. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce expresamente el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación.⁴⁵⁹ El Convenio 169 de la OIT también reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones, formas de vida

⁴⁵⁹ El Artículo 3 de la Declaración dispone lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

y desarrollo económico “dentro del marco de los Estados en que viven”⁴⁶⁰. Existe una relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales.

166. En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte se refirió al derecho a la libre determinación en su interpretación de los derechos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales bajo el artículo 21 de la Convención Americana. Observó que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha considerado que el artículo 1º común de los Pactos es aplicable a los pueblos indígenas⁴⁶¹. En consecuencia, por virtud del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación reconocido bajo dicho artículo 1º, los pueblos pueden “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”⁴⁶². La Corte consideró que las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29(b) de la Convención Americana le impedían interpretar lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención Americana en forma tal que se restringiera su goce y ejercicio a un grado menor que aquel reconocido en los Pactos de la ONU⁴⁶³. Por lo tanto, la Corte concluyó que el artículo 21 de la Convención Americana incluye el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico, lo cual a su turno contiene el derecho a disfrutar de la relación espiritual particular con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Como corolario, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio.

G. Derecho a la integridad psíquica y moral

167. La falta de acceso al territorio ancestral también genera sufrimientos a los miembros de las comunidades indígenas desposeídas, los cuales cons-

460 Convenio 169 de la OIT, Preámbulo.

461 Cfr. ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión). N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párr. 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado Parte, las cuales afectan su derecho a la auto-determinación según el artículo 1 del Pacto”.

462 PIDESC, Artículo 1.

463 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 93.

tituyen violaciones de su derecho a la integridad psíquica y moral. En el caso de la comunidad Xákmok-Kásek vs. Paraguay, la Corte Interamericana explicó que “varias de las presuntas víctimas que declararon ante la Corte expresaron el pesar que ellas y los miembros de la Comunidad sienten por la falta de restitución de sus tierras tradicionales, la pérdida paulatina de su cultura y la larga espera que han debido soportar en el transcurso del ineficiente procedimiento administrativo. Adicionalmente, las condiciones de vida miserables que padecen los miembros de la Comunidad, la muerte de varios de sus miembros y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de todos los miembros de la Comunidad. Todo ello constituye una violación del artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek”⁴⁶⁴.

H. Obligaciones estatales correlativas

168. En relación con las comunidades indígenas desposeídas de sus territorios y colocadas, en consecuencia, en situaciones vulnerables y extremas, el Estado tiene la obligación de:

1. adoptar medidas urgentes para garantizar el acceso efectivo de las comunidades a los territorios que les pertenecen;
2. esforzarse por garantizar a los miembros de estas comunidades acceso a condiciones de vida dignas, mediante la provisión inmediata de los bienes y servicios que requieren en los campos de alimentación, agua, vivienda digna, salud y educación;
3. adoptar medidas cautelares provisionales para proteger sus territorios ancestrales de cualquier acto que implique una pérdida de su valor mientras se lleva a cabo su restitución; y
4. procurar el acceso de los miembros de las comunidades a la justicia, en tanto víctimas de serias violaciones de sus derechos humanos⁴⁶⁵.

Restitución del territorio ancestral

169. Las precarias condiciones socioeconómicas de estas comunidades indígenas hacen más urgente el cumplimiento del deber estatal de dar solución

⁴⁶⁴ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 244.

⁴⁶⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 163.

a sus reivindicaciones territoriales⁴⁶⁶. La principal forma que tiene el Estado de resolver la situación de las comunidades indígenas en condiciones socioeconómicas extremas, es mediante la restitución de sus tierras tradicionales; así, en el caso de la comunidad Sawhoyamaxa, la Corte Interamericana dictaminó que “si bien el Estado no los llevó al costado de la ruta, tampoco adoptó las medidas adecuadas, a través de un procedimiento administrativo rápido y eficiente, para sacarlos de allí y ubicarlos dentro de sus tierras ancestrales, en donde tendrían el uso y disfrute de sus recursos naturales, directamente vinculados con su capacidad de supervivencia y el mantenimiento de sus formas de vida”⁴⁶⁷. En este caso, por lo tanto, “el Estado no adoptó las medidas necesarias para que los miembros de la Comunidad dejen el costado de la ruta y, por ende, las condiciones inadecuadas que ponían y ponen en peligro su derecho a la vida”⁴⁶⁸.

Provisión inmediata de los bienes y servicios básicos para una subsistencia digna

170. Las comunidades indígenas que carecen de acceso a su territorio ancestral frecuentemente viven situaciones de extrema vulnerabilidad causadas por la falta de acceso a sus recursos de subsistencia. En tales circunstancias, tienen derecho a que el Estado les provea en forma inmediata y prioritaria de alimentación, agua, asistencia médica y atención educativa adecuadas, regulares y suficientes⁴⁶⁹ en cuanto a periodicidad, cantidad y calidad para revertir y solucionar su situación de vulnerabilidad y riesgo en materia de alimentación, agua, salud, condiciones sanitarias y vivienda, teniendo en cuenta la gravedad de cada caso⁴⁷⁰. El Estado debe adoptar las

466 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 48.

467 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 164.

468 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 166.

469 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 157(d), 157(f). CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaxa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 145(b).

470 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 169. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 167–170. CIDH, Informe No. 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa (Paraguay), 19 de octubre de 2004, Recomendación 2. Referido en: Corte IDH. *Caso*

medidas positivas necesarias para asegurar a los miembros de tales comunidades indígenas, durante el período en el que permanezcan sin territorio, condiciones de vida compatibles con su dignidad⁴⁷¹. El Estado también debe adoptar medidas que permitan a los miembros de dichas comunidades indígenas vivir en un medio ambiente saludable, para prevenir o impedir enfermedades, especialmente entre los niños y niñas⁴⁷².

171. El contenido esencial de las obligaciones estatales frente a las comunidades privadas de acceso a su territorio ancestral se sintetiza en las reparaciones ordenadas por la Corte en los casos de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*: además de delimitar, demarcar, titular y entregarles sus territorios ancestrales o tierras alternativas que satisfagan los criterios de la jurisprudencia⁴⁷³, “mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad; brindar atención médica periódica y medicinas adecuadas para conservar la salud de todas las personas, especialmente los niños, niñas ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuado para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que se maneje efectiva y salubrementemente los desechos biológicos de la comunidad; y dotar a la escuela ubicada en el asentamiento actual de la comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida educación de sus alumnos”⁴⁷⁴.

172. Las medidas de atención que debe adoptar el Estado frente a estas comunidades deben ser prioritarias y especiales con miras a lograr la prestación

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 8.

471 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

472 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaxa v. Paraguay*. Referidos en: Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 145(c).

473 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 274.

474 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 221. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

y suministro efectivos de tales bienes y servicios; estas medidas difieren por su carácter de urgencia de las que el Estado debe adoptar para garantizar los derechos de la población y las comunidades indígenas en general⁴⁷⁵.

173. Las obligaciones estatales de atención prioritaria se hacen más apremiantes cuando se trata de los niños o de las mujeres embarazadas de estas comunidades: “En materia de derecho a la vida de los niños, el Estado tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, la obligación adicional de promover las medidas de protección a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana (...). Así, por una parte el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño⁴⁷⁶. Lo anterior no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica”⁴⁷⁷. De especial gravedad es la vulnerabilidad extrema de los niños de las comunidades indígenas sin acceso al territorio⁴⁷⁸; en particular, el Estado tiene el deber, *inter alia*, de proveer a estos niños lo necesario para suplir sus necesidades básicas, para “asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su comunidad por la falta de territorio, no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida”^{479, 480}.

475 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 173.

476 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172. Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 60.

477 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

478 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172.

479 Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 160. Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 80-81, 84, 86-88. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 196.

480 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 172.

174. Si el Estado no actúa para prevenir las muertes de niños que son miembros de las comunidades en riesgo, puede ser internacionalmente responsable por violación de los artículos 4 y 19 de la Convención Americana⁴⁸¹, cuando “dichas muertes son atribuibles a la falta de prevención adecuada y adopción de suficientes medidas positivas por parte del Estado, el que estaba al tanto de la situación de la comunidad y era razonable esperar que actuara”⁴⁸². Debe establecerse que al momento en que ocurrieron los eventos, “las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”⁴⁸³.

175. De gravedad similar es la situación de los ancianos de las comunidades indígenas que carecen de acceso a su territorio: “En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables”⁴⁸⁴. Es necesario tener en cuenta que en muchas comunidades indígenas, la transmisión oral de la cultura a las generaciones más jóvenes se encarga primordialmente a los ancianos.

176. Adicionalmente, las obligaciones estatales bajo los artículos 4, 5, 21 y 24 de la Convención Americana, y los deberes de protección y garantía que derivan de los artículos 1 y 2 de la Convención, exigen a los Estados proveer, con carácter excepcional, los bienes y servicios básicos necesarios para la subsistencia de las comunidades indígenas, en una gama de situaciones en las que, por razones de fuerza mayor, los pueblos indígenas se ven privados del acceso a sus tierras y recursos, como las crisis alimentarias, el traslado provocado por proyectos de desarrollo, el desplazamiento interno provocado por crisis ambientales o situaciones de conflicto armado, y otras situa-

481 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 179 .

482 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 172.

483 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 155. En el mismo sentido: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 188.

484 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 175.

ciones de emergencia humanitaria, que activan las obligaciones estatales de atención especial mencionadas⁴⁸⁵.

177. El hecho de que no haya sido el Estado el que directamente haya inducido o motivado a los miembros de las comunidades a abandonar sus tierras, no releva al Estado del cumplimiento de este deber desde que tuvo conocimiento de la situación⁴⁸⁶.

Protección interina del territorio ancestral pendiente de restitución

178. En cuanto a la protección provisional de los territorios ancestrales mientras que éstos son restituidos a las comunidades desposeídas, la Corte ha explicado que hasta que sea efectivamente devuelto, “el Estado deberá velar que tal territorio no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Así, deberá asegurar que no se deforeste la zona, no se destruyan los sitios culturalmente importantes para la comunidad, no se transfieran las tierras y no se explote el territorio de tal forma que dañe irremediablemente la zona o los recursos naturales que en ella existan”⁴⁸⁷.

Ejemplo

En su informe de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, la CIDH describió la situación de falta de acceso a la propiedad territorial y deterioro ecológico del territorio de los pueblos indígenas del país, así como sus repercusiones sobre el goce efectivo de otros derechos humanos individuales y colectivos. La CIDH explicó que “el proceso de reivindicación de territorios al que se comprometió el Estado de Paraguay desde hace dos décadas a favor de las comunidades indígenas se encuentra pendiente” [párr. 47], y en muchos de los casos el proceso de adjudicación no había ido acompañado de la instalación de servicios básicos para las comunidades.

La CIDH señaló que “la mayoría de las comunidades indígenas obtenían de los bosques los animales y los frutos necesarios para su alimentación; sin embargo, el proceso de colonización agraria significó el despojo de sus territorios

485 Véase, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Adición: Principios Rectores de los desplazamientos internos, Adición: Principios Rectores de los desplazamientos internos, E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 de febrero de 1998), párr. 9; Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Sr. Miloon Kothari, E/CN.4/2006/41(14 de marzo de 2006), Apéndice: Principios Básicos y Directrices relativas a los desalojos y a los desplazamientos forzosos provocados por el desarrollo, párrs. 2, 7, 38, 56(b), (h).

486 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 163.

487 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 291.

y el deterioro ecológico de sus tierras” [párr. 40]. Indicó igualmente que “la contaminación de las reservas de aguas de las comunidades es un problema de salud pública, sin que hasta la fecha el Estado haya realizado los estudios pertinentes para la evaluación de los daños y para posibles medidas de mitigación” [párr. 43]. Como consecuencia de esta situación, la CIDH explicó que “durante el último cuarto de siglo, en la medida en que fue avanzando la ocupación del territorio por la colonización y las migraciones, el hábitat tradicional indígena fue restringiéndose, con efectos negativos sobre los índices de mortalidad y desnutrición infantil indígenas, los que son varias veces más altos que la media nacional” [párr. 36]; que “en virtud de las precarias condiciones en que viven los indígenas en Paraguay, son los más vulnerables a enfermedades y epidemias, en particular al mal de Chagas, tuberculosis y malaria” [párr. 35]; y que como efecto de la restricción del hábitat tradicional “las comunidades indígenas han sufrido procesos intensos de deterioro y desintegración comunitaria” [párr. 4].

VIII. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales

179. Numerosos pueblos indígenas y tribales viven en áreas ricas en recursos naturales vivos e inertes, incluyendo bosques que contienen abundante biodiversidad, agua y minerales. El deseo de tales recursos por la sociedad no indígena ha resultado históricamente en la remoción, la destrucción y el exterminio de muchas comunidades indígenas. Hoy en día, la supervivencia y la integridad de los pueblos indígenas y tribales del Hemisferio que aún subsisten exige el reconocimiento de sus derechos a los recursos naturales presentes en sus tierras y territorios, de los cuales dependen para su bienestar económico, espiritual, cultural y físico.¹⁸⁰ En varios países de la región, existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado. El sistema interamericano de derechos humanos no excluye este tipo de medidas; es en principio legítimo que los Estados se reserven formalmente la propiedad de los recursos del subsuelo y del agua. Esto no implica, sin embargo, que los pueblos indígenas o tribales no tengan derechos que tienen que ser respetados en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción. Por el contrario, la jurisprudencia interamericana ha identificado derechos de los pueblos indígenas y tribales que los Estados deben respetar y proteger cuando pretendan extraer los recursos del subsuelo o explotar los recursos hídricos; tales derechos

incluyen el derecho a un medio ambiente seguro y sano, el derecho a la consulta previa y, en ciertos casos, al consentimiento informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación. En las secciones subsiguientes se explica detalladamente el contenido y modos de aplicación de cada uno de ellos.

A. Consideraciones generales

181. Los pueblos indígenas y tribales tienen derechos de propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas ha incorporado explícitamente en el ámbito material de este derecho los recursos naturales tradicionalmente usados por los pueblos indígenas y vinculados a sus culturas, incluyendo usos tanto estrictamente materiales como otros usos de carácter espiritual o cultural. Se trata de una consecuencia necesaria del derecho a la propiedad territorial: del derecho a usar y gozar el territorio conforme a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, se deriva necesariamente el derecho a los recursos naturales que se encuentran en y dentro de las tierras ancestrales⁴⁸⁸, incluidos los derechos específicos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales del subsuelo, que se explicarán más adelante. Para la Corte Interamericana, “el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”⁴⁸⁹. En términos generales, en virtud de su derecho a la propiedad, los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho “a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído”⁴⁹⁰.

182. Los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se extienden a los recursos naturales que están presentes en sus territorios, recursos tradicionalmente usados y necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuación de la forma de vida de los pueblos⁴⁹¹. Para el sistema intera-

488 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 118.

489 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 141.

490 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, subtítulo D.

491 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de

americano de derechos humanos, los derechos sobre los recursos son una consecuencia necesaria del derecho a la propiedad territorial⁴⁹². Para la Corte Interamericana, “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo^{493, 494}”. De allí la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales que han usado tradicionalmente; esto es, “el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados⁴⁹⁵. Los Estados deben tener en cuenta que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁴⁹⁶. Ello corresponde a la noción de territorialidad indígena elaborada por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, bajo la cual los derechos de propiedad indígenas se extienden sobre los recursos naturales que los pueblos indígenas usan como parte de sus economías tradicionales o que tienen usos culturales, espirituales o ceremoniales.

junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121.

492 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, subtítulo D.

493 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118.

494 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 120, 121.

495 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 120, 121.

496 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

183. Según ha explicado la Corte Interamericana, dada “la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”⁴⁹⁷. La Corte ha identificado en casos concretos cuáles son los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio ancestral que son importantes para el modo de vida tradicional y por lo tanto están protegidos bajo el derecho a la propiedad⁴⁹⁸.

184. En forma conexas, los derechos culturales de un pueblo indígena o tribal pueden abarcar actividades relacionadas con los recursos naturales, tales como la pesca o la caza⁴⁹⁹. La CIDH también ha notado que entre las comunidades indígenas, la vida de sus miembros “depende fundamentalmente” de las actividades de subsistencia –agricultura, caza, pesca, recolección– que realizan en sus territorios⁵⁰⁰, y que por lo tanto, “la relación que la comuni-

497 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 122. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121.

498 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 123.

499 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

500 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.*

dad mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia”⁵⁰¹. La preservación de la conexión particular entre los pueblos indígenas y tribales y los recursos naturales que han usado tradicionalmente y se vinculan a su cultura “es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección”⁵⁰².

185. En la medida en que los pueblos indígenas y tribales tienen derechos de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus territorios ancestrales, los Estados deben tomar medidas efectivas para asegurar esos derechos⁵⁰³, medidas que deben ser adecuadas para su plena garantía, de acuerdo

Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

501 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(f).

502 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128. En atención a su importancia crucial, “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118, 121. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 85]. La Corte Interamericana considera que los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales requieren atención “en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros” [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 120]. En efecto, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales protegido por los instrumentos interamericanos de derechos humanos comprende la vinculación estrecha que guardan con los recursos naturales ligados a su cultura que se encuentran en sus territorios, al igual que los elementos incorporeales que de tales recursos se desprenden [CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.156. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 148. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118].

503 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(e).

con sus patrones tradicionales de uso y ocupación. El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena por las autoridades estatales en general, y en particular por los tribunales, es por lo tanto necesario para que los pueblos indígenas y tribales puedan hacer valer sus derechos sobre los recursos naturales, y para el reconocimiento de su posesión ancestral⁵⁰⁴. La omisión estatal consistente en no tomar dichas medidas viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana⁵⁰⁵.

186. Como sucede con el derecho a la propiedad territorial en general, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales vinculados a su cultura presentes en sus territorios no puede ser jurídicamente extinguido o alterado por las autoridades estatales sin que medie la consulta y el consentimiento pleno e informado del pueblo, así como los requisitos generales que deben ser cumplidos en caso de expropiación⁵⁰⁶, y con cumplimiento de las demás garantías jurídicas de la propiedad territorial indígena. El cumplimiento de los requisitos para llevar a cabo expropiaciones es uno de los elementos del test que se debe aplicar cuandoquiera que el Estado decida evaluar la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o el otorgamiento de concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios indígenas, como se verá más adelante.

187. Los derechos sobre los recursos naturales no están condicionados a la existencia de un título formal de propiedad ni a que se hayan realizado los procesos de delimitación o demarcación correspondientes, sino que “existen aún sin actos estatales que los precisen”⁵⁰⁷, ya que dichos pueblos tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral”⁵⁰⁸. Ello conlleva la

504 CIDH, *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.1111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 57.

505 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 140(n), 140(o).

506 CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párr. 131.

507 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a).

508 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a).

aplicación de las garantías de propiedad sobre los recursos naturales a las comunidades que carezcan de un título real. Los Estados violan el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad cuando otorgan concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios ancestrales que no han sido delimitados, demarcados o titulados⁵⁰⁹. En consecuencia, los Estados están obligados, en virtud del artículo XXIII de la Declaración Americana, a abstenerse de “otorgar concesiones madereras y petroleras a terceros, para utilizar los bienes y recursos que podrían quedar comprendidos por las tierras que deben demarcar, delimitar y titular o aclarar y proteger por otra vía, en ausencia de consultas efectivas y del consentimiento informado del pueblo”⁵¹⁰; idéntica obligación es impuesta por el artículo 21 de la Convención Americana⁵¹¹.

188. En efecto, uno de los problemas que se han planteado recurrentemente ante el mecanismo de casos individuales del Sistema interamericano es el de las comunidades indígenas que, careciendo de un título real sobre sus tierras y territorios tradicionales, se ven afectadas adversamente por la implementación de planes de inversión o desarrollo de los recursos naturales en sus tierras y territorios ancestrales. Como ya se indicó, la jurisprudencia del sistema interamericano considera que los procedimientos de delimitación, demarcación y titulación de las tierras indígenas son un reconocimiento meramente formal de derechos de propiedad preexistentes, con miras a garantizar su protección efectiva frente a terceros. Dado que los derechos de propiedad indígena preexisten a su formalización a través de los mecanismos de titulación estatal, la implementación de planes de inversión o desarrollo de los recursos naturales susceptibles de afectar directa o indirectamente a dicha tierra o recursos naturales debe cumplir con las salvaguardas procesales y sustantivas relativas al derecho a la propiedad. Los pueblos indígenas y tribales también tienen derecho a que el Estado les proteja de conflictos con terceros sobre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, particularmente cuando tales conflictos se han causado por el retardo o la ausencia de la titulación y demarcación territorial⁵¹². 189. Como se discute en detalle más adelante, los Estados tienen la

509 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 153.

510 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 194.

511 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awat Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awat Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(j).

512 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1066, 1071, 1137 – Recomendaciones 1 a 4.

obligación de atender las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas y tribales, a través de la titulación u otro mecanismo de reconocimiento de la propiedad comunal, antes de autorizar cualquier plan de desarrollo o inversión susceptible de afectar los derechos de propiedad de estos pueblos sobre los recursos naturales. En el caso *Saramaka*, la Corte Interamericana ordenó al Estado que llevara a cabo la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de dicho pueblo antes de autorizar nuevos planes de inversión o desarrollo de los recursos naturales susceptibles de afectar dicho territorio⁵¹³. La CIDH también ha establecido que los Estados están obligados a “[abstenerse] de todo acto que pueda dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros actuando con aquiescencia o tolerancia de éste, afecte la existencia, el valor, el uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica ocupada y usada por el pueblo [correspondiente]”⁵¹⁴, hasta el momento en que se realice la titulación. También ha establecido la CIDH que la omisión de la adopción de medidas estatales para garantizar los derechos de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales de acuerdo con sus patrones tradicionales de uso y ocupación es una violación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana⁵¹⁵. El otorgamiento de concesiones para exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas que no han sido titulados, demarcados o protegidos por el Estado, sin cumplir con los requisitos de consulta previa y otras garantías aplicables, viola los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵¹⁶.

B. El derecho a la integridad medioambiental

190. Aunque ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen

513 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 194(a) (“Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”).

514 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 197 – Recomendación 2.

515 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(ñ).

516 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(ñ).

referencias expresas a la protección del medio ambiente, varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales. La CIDH ha enfatizado que existe una relación directa entre el ambiente físico en el que viven las personas, y los derechos a la vida, a la seguridad y a la integridad física: “El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos”⁵¹⁷.

191. Tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como la Convención Americana sobre Derechos Humanos reflejan una preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo, bienes jurídicos protegidos por la interrelación entre los derechos a la vida, la seguridad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, y la salud⁵¹⁸, y en esa medida refieren al derecho a un medio ambiente sano.

192. Tal y como lo ha explicado la CIDH⁵¹⁹, el vínculo crucial entre la subsistencia del ser humano y el medio ambiente también ha sido reconocido en otros tratados e instrumentos internacionales que vinculan a varios Estados de las Américas, entre otras, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Tratado de Cooperación Amazónica; la Carta Mundial de la Naturaleza; la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América; la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorporan disposiciones específicas para la protección del medio ambiente de los territorios indígenas⁵²⁰. A nivel interamericano, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que ha sido firmado o

517 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

518 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

519 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

520 Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 29; Convenio 169 de la OIT, artículos 4.1, 7.3-7.4.

ratificado por varios países de la región⁵²¹ y entró en vigor en noviembre de 1999, dispone en su artículo 11, sobre el derecho a un medio ambiente sano: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. // 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

193. Estas disposiciones son directamente relevantes para la interpretación de los instrumentos interamericanos de derechos humanos, en virtud de la postura interpretativa evolutiva y sistemática que se aplica a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han articulado una serie de obligaciones estatales referentes a la preservación de una calidad medioambiental que permita el disfrute de los derechos humanos. Los Estados parte de la OEA deben prevenir la degradación del medio ambiente para efectos de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos en el marco del sistema interamericano.

194. En relación con los pueblos indígenas y tribales, la protección de los recursos naturales presentes en los territorios ancestrales, y de la integridad medioambiental de tales territorios, es necesaria para garantizar ciertos derechos fundamentales de sus miembros, tales como la vida, la dignidad, la integridad personal, la salud, la propiedad, la privacidad o la información. Estos derechos resultan directamente afectados cuandoquiera que la contaminación, la deforestación, la contaminación de las aguas, u otros tipos de daños ambientales ocurren en los territorios ancestrales. Ello implica que el Estado está obligado a adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos humanos más básicos. En esta línea, la CIDH ha explicado que el derecho a la vida protegido tanto por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos “no se limita (...) a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas”⁵²².

521 Para 2010, el Protocolo había sido ratificado u objeto de adhesión por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay; y había sido firmado por Chile, Haití, República Dominicana y Venezuela.

522 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

195. El vínculo entre la protección del medio ambiente y el respeto por la dignidad humana también ha sido enfatizado por la CIDH: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos se sustenta en el principio de que los derechos son inherentes al individuo por el solo hecho de ser humano. El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano”⁵²³. La CIDH ha subrayado, asimismo, el vínculo directo entre la preservación de la integridad medioambiental y el acceso a las fuentes de subsistencia; citando la Carta Mundial de la Naturaleza, ha sostenido que “la humanidad es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales de modo tal que se asegure el abastecimiento de energía y de nutrientes”⁵²⁴.

196. Por otra parte, la CIDH ha reconocido el vínculo entre la protección del medio ambiente y el derecho a la salud. En 1983, en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, la CIDH recomendó al Estado que tomara medidas específicas para proteger el medio ambiente con miras a cumplir sus obligaciones atinentes al derecho a la salud, explicando que un medio ambiente es esencial para una población sana, y notando que factores tales como la provisión de agua, servicios de higiene y saneamiento básico y de disposición de residuos surten un impacto importante a este respecto⁵²⁵.

197. La protección efectiva de los recursos naturales presentes en los territorios indígenas y tribales requiere que los Estados garanticen a sus miembros el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el acceso a la justicia. Tal y como lo ha explicado la CIDH, en contextos de daño o amenaza al medio ambiente, “la protección del derecho a la vida y a la integridad física deberá concretarse con medidas encaminadas a respaldar y acrecentar la capacidad de las personas para salvaguardar y reivindicar esos derechos. Para lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana, es imperativo que la población tenga acceso a la información, participe en los procesos

523 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

524 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

525 CIDH, *La Situación de los Derechos Humanos en Cuba, Séptimo Informe*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.61, Doc.29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, párrs. 1, 2, 41, 60, 61.

pertinentes de toma de decisiones y cuenta con recursos judiciales”⁵²⁶. Desde esta perspectiva, la garantía y el ejercicio de los derechos humanos a la participación, la información y el acceso a la justicia constituyen medios necesarios para lograr el objetivo último de preservación del medio ambiente. Como se explica en las secciones subsiguientes, el alcance de cada uno de estos tres derechos en relación con la protección de los recursos naturales de los territorios indígenas o tribales ha sido desarrollado en detalle por la jurisprudencia interamericana, de tal manera que constituyen, en sí mismos, requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados.

C. El derecho a la implementación efectiva de los estándares legales existentes

198. Como parte del Estado de Derecho, las autoridades tienen el deber de implementar los estándares de protección medioambiental nacionales e internacionales que el Estado ha promulgado o aceptado; esta obligación positiva del Estado es parte de su obligación general de implementar y aplicar su propia legislación para proteger los derechos humanos de todas las personas, incluidos los pueblos indígenas y tribales y sus miembros. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar que el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, en sus constituciones y en los tratados internacionales de los que son parte, sea incorporado en forma transversal a su legislación interna, incluida la legislación interna sobre proyectos de desarrollo⁵²⁷. Simultáneamente tienen la obligación de asegurar la implementación y aplicación efectiva de las normas que promulgan, y de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que les vinculan.

199. En sus informes de país, la CIDH ha celebrado algunos avances legislativos en el reconocimiento constitucional y el desarrollo legal del derecho a la consulta previa, en el proceso de monitoreo socioambiental de las actividades extractivas, y en el desarrollo sostenible de industrias tales como la de hidrocarburos. Al respecto, ha expresado que “espera obtener información sobre los mecanismos de implementación de este marco legal y sobre sus resultados en la efectiva protección del derecho a la consulta previa”⁵²⁸.

526 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

527 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 220, 297 – Recomendación 4.

528 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.160.

200. Como parte de la obligación genérica de implementar y aplicar las disposiciones legales, los Estados deben garantizar el cumplimiento de sus normas ambientales y penales en relación con los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios de pueblos indígenas y tribales, así como imponer las sanciones legalmente previstas en caso de incumplimiento⁵²⁹. La CIDH ha explicado, en el contexto de la contaminación del medio ambiente como resultado de actividades extractivas, que “el derecho a la vida y la protección de la integridad física del individuo son normas de carácter imperativo. El artículo 2 de la Convención Americana prescribe que cuando estos derechos no estén adecuadamente garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, el Estado deberá adoptar las medidas correctivas necesarias. Cuando el derecho a la vida, a la salud y a vivir en un ambiente sano ya esté protegido por la ley, la Convención exige la efectiva aplicación y cumplimiento de la ley”⁵³⁰.

201. El cumplimiento del deber estatal de implementar y aplicar los estándares medioambientales existentes es un requisito para que los proyectos extractivos no comprometan el ejercicio de los derechos humanos: “La Comisión reconoce que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo [el otorgamiento] de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, la Comisión considera que la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana”⁵³¹. Una parte integrante del proceso de dar efectiva aplicación y cumplimiento a la ley en este contexto, consiste en que el Estado debe “tomar las medidas necesarias para asegurar que las acciones de sus agentes (...) cumplan las obligaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales”⁵³².

202. De igual manera, la CIDH ha resaltado que los Estados que ratifiquen el Convenio 169 deben garantizar su incorporación transversal a la legislación que regula todo el proceso de diseño, concesión e implementación de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territo-

529 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

530 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

531 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

532 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

rios indígenas; y al mismo tiempo deben adoptar medidas para garantizar la aplicación efectiva de dicha legislación, teniendo en cuenta que la falta de reglamentación no es excusa para no cumplir con la aplicación del Convenio 169⁵³³. Los Estados deben aplicar mecanismos adecuados de seguimiento y control del cumplimiento, por el Estado, de los derechos y garantías que se comprometieron a respetar al ratificar el Convenio 169⁵³⁴.

203. El deber estatal de aplicación de las normas de protección medioambiental en vigor cobra especial importancia frente a los actores no estatales cuya conducta es dañina para los recursos naturales. Las autoridades tienen claras obligaciones internacionales de implementación de sus propios estándares y regulaciones, cuyo incumplimiento puede comprometer su responsabilidad internacional. En la práctica, los Estados han recurrido a distintos instrumentos, que incluyen el establecimiento de estándares de calidad, producción o emisiones; el licenciamiento o regulación de actividades riesgosas; la provisión de incentivos o desincentivos económicos; la sanción de actividades particularmente dañinas mediante el derecho penal; o la creación de regímenes de responsabilidad privada para desestimular y compensar el daño ambiental⁵³⁵. Sea cual fuere la opción escogida, la implementación de las normas de protección ambiental frente a particulares, en especial a las empresas e industrias extractivas, es requerida para evitar que el Estado sea internacionalmente responsable por violación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas o tribales afectadas por actividades destructivas del medio ambiente⁵³⁶.

D. Obligaciones del Estado en el contexto de proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten territorios ancestrales

204. Los Estados de las Américas, y las poblaciones que les componen, tienen derecho al desarrollo. Tal derecho al desarrollo “implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo [el otorga-

533 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 255.

534 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 39 – Recomendación 3.

535 Ver, a este respecto: SHELTON, Dinah. “Environmental rights and Brazil’s obligations in the Inter-American Human Rights System”. *The George Washington International Law Review*, Volume 40 No. 3, 2008–2009, pág. 736.

536 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997. Ver también: CIDH, Resolución No. 12/85, Caso No. 7.615, Pueblo Yanomami v. Brasil, 5 de marzo de 1985.

miento] de concesiones y la apertura a inversiones internacionales”⁵³⁷, pero el desarrollo debe ser necesariamente compatible con los derechos humanos, y específicamente con los derechos de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros. No hay propiamente desarrollo sin respeto pleno por los derechos humanos. Ello impone limitaciones y deberes de obligatorio cumplimiento a las autoridades estatales. En particular, el desarrollo debe gestionarse en forma sostenible, lo cual exige que los Estados aseguren la protección del medio ambiente, y específicamente del medio ambiente de los territorios ancestrales indígenas y tribales. Como ha explicado la CIDH, “las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados. Tal como se señala en la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas, sólo podrá sustentarse el progreso social y la prosperidad económica si nuestras poblaciones viven en un medio saludable y se gestionan con cuidado y responsabilidad nuestros ecosistemas y recursos naturales.”⁵³⁸

1. Impacto de los planes o proyectos de desarrollo o inversión, y de las concesiones extractivas que afectan el medio ambiente

205. Los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica⁵³⁹. El impacto de estas actividades sobre la integridad sociocultural de los pueblos indígenas o tribales también ha sido ampliamente documentado por la CIDH.

206. Así, las concesiones extractivas en territorios indígenas, al poder causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros,

537 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

538 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

539 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrs. 33–35.

además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales. Las actividades de las empresas madereras en territorios de pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, son altamente destructivas y producen daños masivos en el bosque y sus funciones ecológicas y culturales, causando polución del agua, pérdida de la biodiversidad, y afectación espiritual del bosque⁵⁴⁰ en detrimento de los pueblos indígenas y tribales⁵⁴¹.

207. Los órganos internacionales de derechos humanos prestan una atención específica a las consecuencias que la contaminación ambiental causada por las actividades extractivas y otros proyectos de desarrollo o inversión tienen sobre los derechos de los pueblos indígenas⁵⁴². Durante los últimos años, los

540 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 150.

541 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 153. El Relator Especial de la ONU ha alertado sobre la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas que habitan los bosques, así: “La disminución de la base territorial de los indígenas es solamente una pequeña parte de un fenómeno más amplio: el de la pérdida progresiva y acelerada del control sobre sus recursos naturales, entre los cuales es particularmente aguda la situación de los recursos forestales. En los últimos años se han visto afectados sistemáticamente los bosques de los pueblos indígenas por las actividades de las grandes compañías forestales y de la explotación maderera legal e ilegal, conduciendo a la progresiva destrucción de sus medios tradicionales de subsistencia. Este proceso no solamente conduce a la deforestación y desertificación de amplias extensiones del planeta, sino también acelera la progresiva destrucción de los modos de vida y las culturas de los pueblos indígenas. Este proceso afecta a las condiciones de vida de un sinnúmero de comunidades indígenas en los bosques ecuatoriales del centro de África, la cuenca amazónica, la floresta boreal del norte siberiano y americano, la cordillera andina y el sureste asiático, así como las islas del Pacífico. (...) Alrededor de 60 millones de indígenas en el mundo dependen casi totalmente de los bosques para su supervivencia. Al amparo de las leyes forestales, las autoridades tienden a coartar los derechos de las comunidades locales a favor de los intereses de las compañías comerciales y la explotación de los recursos se da con frecuencia en el marco de actividades ilegales protegidas por funcionarios y empresarios corruptos. En muchos países, las expulsiones de pueblos indígenas de sus bosques tradicionales como resultado de estos procesos es uno de los factores fundamentales de su empobrecimiento. (...) Numerosos países han adoptado leyes que reglamentan el uso de los recursos forestales. Si bien algunas veces se reconocen los derechos ancestrales de las comunidades y los usos tradicionales que hacen de estos recursos, por lo general la legislación tiende a favorecer a las grandes empresas madereras y las plantaciones comerciales. (...) El Relator Especial recomienda a los Estados y a las agencias multilaterales que respeten los derechos tradicionales de los pueblos del bosque y que incorporen a las comunidades indígenas involucradas en todos los proyectos de manejo de los recursos forestales con su pleno consentimiento y participación en los beneficios eventuales que se deriven de estos proyectos.” ONU –Consejo de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrs. 25, 26, 37.

542 El Relator Especial de la ONU ha sostenido, en este sentido, que “[l]as actividades extractivas, los cultivos comerciales y patrones de consumo no sustentables han inducido el cambio climático, la amplia contaminación y destrucción ambiental. Estos fenómenos han tenido un impacto especialmente grave sobre los pueblos indígenas, cuyas formas de vida están estrechamente vinculadas a su relación tradicional con sus tierras y recursos naturales, y se ha convertido en una nueva forma de desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en sus territorios ancestrales, al tiempo que generan altos niveles de pobreza y enfermedad. (...) Los pueblos indígenas también han

órganos del sistema interamericano han atendido a un crecimiento exponencial de las peticiones relativas a violaciones de los derechos de los pueblos indígenas como consecuencia de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o de la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios.

208. Los daños causados a los territorios tradicionales de los pueblos indígenas como resultado de la colonización y la extensión de explotaciones económicas (agrícolas, ganaderas, madereras y otras) desencadenan procesos intensos de deterioro medioambiental y desintegración comunitaria de los pueblos afectados⁵⁴³, ya que impiden a los miembros de sus comunidades desarrollar las actividades tradicionales de subsistencia. Entre los miembros de los pueblos indígenas y tribales afectados en su salud, actividades básicas de subsistencia y medio ambiente como consecuencia de proyectos de desarrollo, merecen especial atención las personas especialmente vulnerables, tales como los niños y niñas, las mujeres en edad fértil y los ancianos⁵⁴⁴.

209. Existe un vacío importante en la regulación de aspectos clave para la protección de los derechos de propiedad indígena en el contexto de la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas. Una serie de barreras estructurales también impide la efectiva implementación de las normas ya existentes. Como resultado, se ha demostrado que los planes y proyectos de desarrollo e inversión en territorios indígenas o tribales, y las concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, desembocan en violaciones múltiples de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo el derecho a una vida en condiciones dignas (vulnerado cuandoquiera que los proyectos de desarrollo causan contaminación

sido afectados por la disminución de las reservas de agua en el mundo. Hay numerosos pueblos indígenas cuya subsistencia depende de su estrecha relación con ríos y lagos y la regularidad de las lluvias, o bien, tratándose de pastores o nómadas, de los acuíferos en zonas desérticas o semidesérticas. Las frecuentes sequías y hambrunas en algunas regiones indígenas son el resultado, muchas veces, de la actividad humana, y podrían evitarse con políticas adecuadas. (...) La explotación de los recursos naturales del subsuelo ha afectado de manera discriminatoriamente alta a los pueblos indígenas (...) que han asistido a la destrucción de sus territorios tradicionales como consecuencia de tecnologías altamente contaminantes y de la falta de consideración por el derecho al medioambiente de las comunidades locales."ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrs. 49, 50, 52. Ver también: Derechos Humanos y Medio Ambiente: Informe Final preparado por la Sra. Fatma Zohra Ksentini, Relatora Especial, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de julio de 1994, párr.77.

543 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 4.

544 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 253.

ambiental, generan efectos nocivos sobre las actividades básicas de subsistencia y afectan la salud de los pueblos indígenas y tribales que viven en los territorios donde se implementan)⁵⁴⁵. La CIDH y la Corte Interamericana también han declarado violaciones derivadas de “la afectación a la salud, a los sistemas de producción, la modificación de las migraciones internas, la disminución de la cantidad y calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de los suelos agrícolas; la disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general, y la afectación al equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural”, todas las cuales han ocurrido en los lugares donde las industrias mineras, madereras o de hidrocarburos desarrollan sus proyectos⁵⁴⁶. Las concesiones, junto con los actos estatales relacionados con ellas, han sido consideradas como violaciones del derecho a la propiedad protegido por la Convención Americana⁵⁴⁷, y de otros derechos humanos⁵⁴⁸.

210. A este respecto, la CIDH ha reiterado que “reconoce (...) la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio”⁵⁴⁹; pero “al mismo tiempo, las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual”⁵⁵⁰. 211. Los daños ambientales de los cuales los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho a ser protegidos, son los que se causan directamente en su territorio, o los que se derivan de los impactos de otras concesiones⁵⁵¹. La Corte Interamericana ha establecido

545 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 250.

546 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.158.

547 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(k).

548 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(o).

549 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Bélice), 12 de octubre de 2004, párr. 150.

550 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Bélice), 12 de octubre de 2004, párr. 150.

551 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Bélice), 12 de octubre de 2004, párrs. 145–148.

que se viola el artículo 21 de la Convención, en conjunción con el artículo 1.1, cuando el Estado emite concesiones que dañan el ambiente, y el deterioro tiene un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente, que se encuentren en todo o en parte dentro de los límites del territorio sobre el cual tienen un derecho a la propiedad comunal⁵⁵². Otros tipos de concesiones afectan no solamente los recursos naturales sobre los cuales fueron otorgadas, sino también otros recursos utilizados por los pueblos indígenas y tribales para subsistencia y comercio; así sucede, por ejemplo, con algunas concesiones forestales y de extracción maderera, según ha explicado la Corte Interamericana en el caso Saramaka: “cuando se otorga una concesión maderera, se ven afectados también una gran variedad de productos forestales no derivados de la madera, que son utilizados por los miembros del pueblo Saramaka para subsistir y comercializar”⁵⁵³.

Ejemplo: el impacto medioambiental de los proyectos de extracción de recursos naturales en territorios ancestrales, y sus graves implicaciones sobre los derechos humanos. El caso de la Amazonía ecuatoriana.

En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, la CIDH describió la situación de los habitantes indígenas de las regiones selváticas del Interior del país, que habían sufrido por las actividades de desarrollo y producción de petróleo durante décadas, afectándose su capacidad para ejercer sus derechos a la vida y a la seguridad física por la grave contaminación ambiental causada por la industria extractiva.

La CIDH verificó *in situ* las condiciones en que se realizaban las operaciones de extracción petrolera, y explicó que el desarrollo y la explotación del petróleo “alteran efectivamente el entorno físico y generan una cantidad considerable de subproductos y desechos tóxicos. El desarrollo petrolero supone actividades tales como el trazado de caminos en la selva y detonaciones sísmicas. Deben deforestarse tramos de terrenos de considerable extensión para construir vías de acceso y pistas de aterrizaje para el transporte de los trabajadores y el equipo. Se construyen instalaciones y se perforan pozos de explotación y producción. La explotación petrolera genera a su vez subproductos y desechos tóxicos en todas las etapas de las operaciones: perforaciones de exploración, producción, transporte y refinación”. Estos subproductos tóxicos habían sido descargados durante décadas en fosas abiertas o indebidamente construidas,

552 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 154.

553 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 148.

rebalsándose y derramándose en los ríos, arroyos y agua subterránea, o drenándose hacia la tierra; habían sido enterrados, sin que se sellaran o recubrieran adecuadamente las fosas, generándose lixiviación hacia el medio ambiente; se habían quemado, sin control de temperatura, emisiones u otras medidas de protección ambiental; se habían derramado en forma accidental; o se habían vertido directamente en las aguas y suelos de la región. El Gobierno reconoció “que el medio ambiente ha sido dañado por deforestación, procesos erosivos, sobreexplotación de recursos, y altos niveles de contaminación por explotación hidrocarburífera y minera.”

El impacto de esta situación sobre la salud humana fue documentado por la CIDH, que identificó graves secuelas de la polución sobre la salud y la subsistencia de las poblaciones indígenas de la región amazónica. Con base en datos científicos y otra documentación relevante, la CIDH constató que la exposición al petróleo y a los compuestos químicos asociados a través de la piel, por la ingestión en los alimentos o el agua, o por las emanaciones absorbidas por el aparato respiratorio, generan efectos nocivos para la salud y la vida humanas, planteando un riesgo considerable. La CIDH relató que un sondeo de 21 comunidades a lo largo de los ríos Napo y Quinchiyacu afectadas por las actividades de desarrollo petrolero había determinado que “alrededor de las tres cuartas partes de los habitantes padecían problemas gastrointestinales; la mitad se quejaba de frecuentes jaquecas; un tercio de problemas de la piel, y poco menos de un tercio de otros dolores corporales y fiebres. Se señaló asimismo que varios estudios sobre los efectos de la contaminación por petróleo indicaban que las poblaciones afectadas se encuentran en riesgo mucho mayor de cáncer y otras afecciones graves. El Director del Hospital de Coca (...) reveló un incremento de la mortalidad infantil debido a la contaminación del agua y a los accidentes vinculados al petróleo, en tanto que los trabajadores locales de la salud notificaron un incremento de defectos congénitos, enfermedades juveniles e infecciones cutáneas”. La CIDH constató que en términos generales “las actividades de desarrollo petrolero también se han vinculado, directa o indirectamente, a problemas de abastecimiento de alimentos y desnutrición”, situación ilustrada por el hecho de que “los sectores de Orellana, Shushufindi y Sacha, que son centros de actividad de desarrollo petrolero, registran los indicadores más elevados de desnutrición en el Ecuador”. La CIDH recordó que el Estado ecuatoriano está obligado a implementar su legislación interna y a cumplir con sus compromisos internacionales en el ámbito de la protección medioambiental; indicó que si bien el derecho al desarrollo implica que el Estado está en libertad de explotar sus recursos naturales y otorgar las concesiones correspondientes, las autoridades están bajo la obligación correlativa de aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales que protegen los derechos a la vida, la salud y a vivir en un ambiente sano. La ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de la ley,

pueden ser causa de serias afectaciones del medio ambiente que se traducen, eventualmente, en violaciones a los derechos humanos.

De allí que, para la CIDH, el Estado ecuatoriano estuviera bajo el doble deber de adoptar medidas orientadas a prevenir la contaminación medioambiental, y de actuar en forma inmediata para reparar los daños causados a los recursos naturales por las actividades extractivas y de desarrollo. Igualmente, la CIDH indicó que parte necesaria de la protección de los derechos a la vida y a la integridad física de las personas consiste en la adopción de medidas encaminadas a acrecentar su capacidad para salvaguardar y reivindicar sus propios derechos, las cuales incluyen el acceso a la información, la participación en los procesos de toma de decisiones pertinentes, y el acceso a la justicia por medio de recursos judiciales.

La CIDH también precisó que sus consideraciones sobre el impacto de la actividad petrolera eran igualmente aplicables a otro tipo de actividades extractivas con efectos nocivos sobre el medio ambiente: “Si bien la Comisión ha analizado la situación de los derechos humanos en el Oriente tomando como ejemplo las actividades de explotación petrolera, cabe señalar que otros tipos de actividades de desarrollo plantean inquietudes concretas y jurídicas similares. Uno de los casos sería el que se refiere a los efectos de la extracción de oro en las minas del interior, donde se emplean varios tipos de productos químicos, como cianuro y mercurio, que pueden contaminar arroyos y ríos. La toxicidad de estas sustancias para el ser humano ha sido fehacientemente documentada”.

2. Deber estatal de prevenir el daño ambiental

212. Los Estados tienen la obligación de prevenir daños al medio ambiente en territorios indígenas o tribales que puedan afectar el ejercicio de sus derechos humanos. El cumplimiento de esta obligación requiere la adopción de las medidas que sean necesarias para proteger el hábitat de las comunidades indígenas del deterioro ecológico como consecuencia de actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, forestales y otras actividades económicas, así como de las consecuencias de los proyectos de infraestructura, puesto que tal deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en términos de alimentación, agua y actividades económicas, espirituales o culturales. Al adoptar estas medidas, los Estados deben poner “especial énfasis en la protección de los bosques y las aguas, básicos para su salud y supervivencia

como comunidades”⁵⁵⁴. En otras palabras, los Estados deben asegurar “que los proyectos de desarrollo importantes que se lleven a cabo en las tierras indígenas, en zonas de poblaciones indígenas o en sus cercanías, previo cumplimiento de los requisitos y autorizaciones de ley, no causen daños irreparables a la identidad y los derechos religiosos, económicos o culturales de las comunidades indígenas”⁵⁵⁵. Esto también se aplica a los proyectos de explotación de recursos naturales⁵⁵⁶.

213. En términos más específicos, la CIDH ha exigido a los Estados que establezcan salvaguardias y mecanismos adecuados para asegurar que las concesiones de explotación de recursos naturales no causen daños ambientales que afecten las tierras o las comunidades indígenas⁵⁵⁷; y les ha exhortado a “tomar medidas para evitar daños a las personas afectadas debido al comportamiento de los concesionarios y actores privados (...) [y a] cerciorarse de que existan medidas de protección para que no ocurran incidentes de contaminación ambiental que amenacen la vida de los habitantes de los sectores en desarrollo”⁵⁵⁸.

214. Dentro de la práctica de los órganos del sistema interamericano, la CIDH se refirió por primera vez a la degradación medioambiental como forma de violación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y al deber estatal de prevención de tal degradación, en su informe sobre Ecuador de 1997. En dicho informe, la CIDH prestó una particular atención a la situación de los Huorani, los Cofán, los Siona, los Achuar, los Shuar, Quichua de Sucumbios y Pastaza, y otros pueblos indígenas del Oriente ecuatoriano como consecuencia de la explotación del petróleo y otras actividades de desarrollo en sus territorios tradicionales, recomendando al Estado que pusiera en efecto las medidas adecuadas de protección antes de que se produjera el daño medioambiental⁵⁵⁹.

215. La necesidad de proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas también ha sido tomada en cuenta por los órganos del sistema interameri-

554 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párrs. 38, 50 – Recomendación 8.

555 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo IX, Recomendación 5.

556 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo IX, párrs. 29–31 y Recomendación 4.

557 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 147.

558 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

559 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, Cap. IX: “Asuntos de derechos humanos de especial relevancia para la población indígena del país”.

cano en el otorgamiento de medidas provisionales o cautelares, asumiendo por lo tanto que los efectos potencialmente dañinos de ciertas actividades (como la tala ilegal de madera o el depósito de desechos tóxicos o materiales peligrosos) plantean graves amenazas que afectan simultáneamente la vida y la integridad física de los miembros de las comunidades y su supervivencia colectiva, vinculada al ejercicio efectivo de su derecho de propiedad sobre las tierras y recursos naturales.

3. Deberes estatales de acción inmediata: suspensión, reparación y prevención de daños ulteriores

216. Cuandoquiera que se estén causando daños ecológicos significativos, u otros daños, a los territorios indígenas o tribales como consecuencia de proyectos o planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas, estos proyectos, planes o concesiones se tornan ilegales y los Estados tienen el deber de suspenderlos, reparar los daños ambientales, e investigar y sancionar a los culpables de los daños.

217. La CIDH ha establecido que se debe dar prioridad a los derechos a la vida e integridad de los pueblos indígenas y tribales en estos casos. En consecuencia, tales pueblos tienen derecho a que se suspenda inmediatamente la ejecución de los planes o proyectos de desarrollo o inversión o de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales que afecten esos derechos⁵⁶⁰. La CIDH también ha recalcado la obligación de los Estados de implementar, en el marco de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas y tribales, mecanismos de participación para la determinación de los daños ambientales que se hayan causado y de su impacto sobre las actividades básicas de subsistencia de tales pueblos. Dichos mecanismos de participación deben permitir la suspensión inmediata de la ejecución de los proyectos que impliquen afectaciones de la vida o la integridad personal; deben garantizar la imposición de las sanciones administrativas o penales a las que haya lugar, y deben permitir que se determinen y hagan efectivas las indemnizaciones por los daños al medio ambiente y a las actividades básicas de subsistencia que se estén causando⁵⁶¹. Los Capítulos IX y X del presente Estudio analizan

560 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

561 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión*

en detalle los derechos a la participación y a la reparación en este contexto.

218. En forma conexas a la obligación de reparar el daño ambiental causado, la CIDH ha indicado que los pueblos indígenas y tribales cuyos miembros resulten afectados por contaminación ambiental, falta de acceso a agua potable o exposición a agentes tóxicos derivados de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, tienen derecho a acceder al sistema de salud sin discriminación⁵⁶². Correlativamente, los Estados tienen la obligación de “minimizar los efectos negativos de los proyectos de desarrollo en perjuicio de los pueblos indígenas”⁵⁶³, y mitigar los perjuicios causados⁵⁶⁴.

219. La CIDH ha explicado que una parte constitutiva de los deberes estatales de acción inmediata en casos de afectación de los recursos naturales por planes o proyectos de desarrollo o inversión o concesiones extractivas, es la obligación de desarrollar las investigaciones necesarias para identificar los culpables de los daños ambientales, imponerles las sanciones correspondientes, y proceder a las medidas de reparación apropiadas: “Cuando se haya infringido el derecho a la vida (...) a causa de la contaminación ambiental, el Gobierno está obligado a responder con medidas apropiadas de investigación y desagravio”⁵⁶⁵. Los Estados que tengan conocimiento de la situación de personas afectadas en su salud, actividades de subsistencia y medio ambiente como consecuencia de proyectos de desarrollo, tienen el deber de imponer las sanciones procedentes por el incumplimiento de las normas ambientales y/o penales respectivas⁵⁶⁶. A este respecto, debe tenerse en cuenta que, según la CIDH, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en la determinación de los daños ambientales causados por

Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

562 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia.* Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 224.

563 CIDH, *Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia.* Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr.165.

564 Por ejemplo, en la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka, la Corte “ordenó al Estado ‘implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka’”. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 39.

565 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador.* Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

566 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia.* Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 251.

los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales que se encuentren en curso de implementación, así como en la determinación de su impacto sobre sus actividades básicas de subsistencia⁵⁶⁷; también tienen derecho a participar en el proceso de determinación de la indemnización por los daños causados por tal exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, según sus propias prioridades de desarrollo⁵⁶⁸.

4. Requisitos especiales para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas por el Estado en territorios ancestrales

220. Al evaluar propuestas de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o el otorgamiento de concesiones extractivas, los Estados deben tomar en cuenta como consideración primordial a las comunidades indígenas que habitan en los respectivos territorios, y sus formas tradicionales de tenencia de la tierra⁵⁶⁹. Para la Corte Interamericana, el término “plan de desarrollo o inversión” se refiere a “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [ancestral], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”⁵⁷⁰.

221. La terminología empleada por la Corte Interamericana hace referencia a limitaciones causadas por planes o proyectos de “desarrollo o inversión”, categoría que incluye aquellos que están destinados al aumento o mejora de la infraestructura productiva o de servicios públicos, incluyendo la construcción de vías de transporte y comunicación de personas, mercancías, bienes y servicios (p. ej. la construcción de oleoductos); la construcción de represas o la construcción de infraestructuras educativas, sanitarias o militares, entre otros; así como la extracción de recursos naturales.

567 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

568 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 5. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 5.

569 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(k).

570 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129, nota al pie No. 124.

222. Adicionalmente, hay otros modos de afectación del derecho de propiedad frente a los cuales se activan estas garantías especiales y las obligaciones de protección del Estado, tales como el establecimiento de áreas naturales protegidas sobre territorios indígenas. En efecto, en algunos casos el establecimiento de áreas naturales protegidas puede constituir una forma de limitación o privación del derecho de los pueblos indígenas al uso y disfrute de sus tierras y recursos naturales, derivada de la imposición unilateral, por el Estado, de regulaciones, limitaciones, condiciones y restricciones a dicho uso y disfrute por motivos de interés público, en este caso la conservación de la naturaleza⁵⁷¹. 223. La aprobación por los Estados de planes de inversión o desarrollo o de explotación de los recursos naturales frecuentemente afecta a la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y otros recursos naturales presentes en sus territorios tradicionales. Los órganos del sistema han sido particularmente cuidadosos a la hora de encontrar un equilibrio entre el derecho de propiedad comunal indígena y el interés legítimo de los Estados en la explotación sostenible de los recursos naturales de su propiedad. De hecho, tanto la Convención Americana como la Declaración Americana conciben claramente el derecho a la propiedad no como un derecho absoluto, sino como un derecho que puede ser limitado por razón de “utilidad pública o de interés social”.

224. En efecto, “el artículo 21 de la Convención no prohíbe per se la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales”⁵⁷². Para la Corte Interamericana, si bien es cierto que toda actividad de exploración o extracción en territorio indígena o tribal podría afectar, en mayor o menor medida, el uso y goce de algunos recursos naturales

571 El Relator Especial de la ONU se ha pronunciado sobre este punto, explicando que “[e]l establecimiento de áreas protegidas como parques nacionales y reservas de la fauna silvestre implica frecuentemente el desplazamiento forzado de grandes extensiones de tierras indígenas, el colapso de sus formas tradicionales de tenencia de la tierra y su empobrecimiento, lo que ha conducido a numerosos conflictos sociales. (...) En recientes congresos internacionales sobre los parques y la conservación (celebrados en Durban (Sudáfrica) en 2003, y Bangkok en 2004) se planteó la necesidad de nuevos paradigmas para las áreas protegidas que restauren los derechos indígenas violados y los respeten en el futuro.” ONU –Consejo de Derechos Humanos– Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen. Doc. ONU A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, párrs. 22–23. En el caso de la comunidad Xákmok–Kásek v. Paraguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el establecimiento de un área natural protegida sobre el territorio ancestral de la comunidad peticionaria, sin haber tenido en cuenta o consultado a dicha comunidad, como un factor que contribuyó a la violación de sus derechos de propiedad territorial bajo el artículo 21 de la Convención Americana, al implicar serias restricciones al desarrollo de actividades de sustento y la imposibilidad de expropiar dichas tierras para entregarlas a los indígenas. Ver: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 80–82, 115, 169–170.

572 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 143.

utilizados tradicionalmente para la subsistencia del pueblo correspondiente, “también es cierto que no se debe interpretar el artículo 21 de la Convención de manera que impida al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio [indígena o tribal correspondiente]”⁵⁷³. El derecho a la propiedad no es absoluto, y “puede ser restringido por el Estado bajo circunstancias específicas y excepcionales”⁵⁷⁴.

225. En consonancia con lo anterior, la Convención Americana establece garantías y limitaciones respecto del derecho que tiene el Estado de emitir concesiones extractivas o aprobar planes o proyectos de desarrollo o inversión que restrinjan el uso y goce de los recursos naturales de los indígenas o afecten su territorio⁵⁷⁵. Para efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que se aplican cuando los Estados contemplen aprobar tales planes o proyectos: (a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana; (b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y (c) aprobación sólo después de consultas de buena fe –y, cuando sea aplicable, del consentimiento–, de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios. Estos requisitos “son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención”⁵⁷⁶. Son igualmente consistentes con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁷⁷.

226. Estos requisitos son aplicables en distintas circunstancias. Primero, cuando el “recurso natural ha sido usado tradicionalmente por los miem-

573 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 126.

574 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 49.

575 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 141.

576 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 130. La Corte Interamericana cita en este punto: el Convenio 169 de la OIT; la Política Operacional OP/BP 4.10 del Banco Mundial; el Comentario General 23 del Comité de Derechos Humanos, párrafo 7; y la Recomendación General 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párrafo 4(d).

577 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 131.

bros del pueblo [respectivo] de modo intrínsecamente relacionado con la subsistencia del pueblo”⁵⁷⁸. Segundo, cuando el proyecto pueda afectar otros recursos naturales críticos para su supervivencia física y cultural⁵⁷⁹.

227. El cumplimiento de estos requisitos es obligatorio, incluso si existen disposiciones de derecho interno que reservan al Estado la propiedad de los recursos vivos, del agua o del subsuelo en los territorios indígenas⁵⁸⁰. El cumplimiento de estos requisitos es indispensable, incluso en los casos excepcionales de concesiones de explotación comercial otorgadas a miembros individuales del pueblo indígena o tribal⁵⁸¹, aunque ni los pueblos indígenas o tribales ni sus miembros requieren concesiones o autorizaciones estatales para el uso y explotación tradicional de sus recursos.

Ejemplo: los requisitos especiales en casos de concesiones para exploración y explotación de los recursos naturales, o de planes o proyectos de desarrollo o inversión en tierras indígenas

En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció los criterios que se deben aplicar bajo el artículo 21 de la Convención Americana antes del otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de recursos naturales, o de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en tierras indígenas o tribales, para efectos de determinar si con dichas concesiones, planes o proyectos se afectarán los recursos naturales vinculados a la cultura o modo de vida indígenas, y por lo tanto, si se activan los deberes estatales de cumplir con los tres requisitos de consulta/consentimiento, estudios de impacto social y ambiental, y participación en los beneficios.

En primer lugar, debe determinarse “si este recurso natural ha sido usado tradicionalmente por los miembros del pueblo Saramaka de modo intrínsecamente relacionado con la subsistencia del pueblo” [párr. 144]. En relación con el bosque, la Corte tuvo en cuenta:

- El conocimiento de los bosques por el pueblo Saramaka, a saber, de la ubicación y variedad de los árboles que utilizan para distintos fines. [párr. 144]

578 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 144.

579 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 155.

580 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrs. 29–31 y Recomendación 4.

581 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 157.

- La utilización por el pueblo Saramaka de determinados tipos de árbol para diferentes finalidades: construcción de botes y canoas para transporte; techos de los hogares; obtención de frutos para consumo; utilización de los árboles para otras finalidades de subsistencia. [párr. 144]
- La forma en que los miembros del pueblo Saramaka respetan y cuidan el bosque. La Corte determinó que entran al bosque a obtener la madera que necesitan para sus propósitos sin destruir el ambiente. [párr. 144]
- El hecho de que los Saramaka también dependen de la extracción de madera como parte de su estructura económica y para propósitos de subsistencia. [párr. 145]

Con base en dichas constataciones, la Corte dictaminó: “Esta prueba indica que los Saramaka han cosechado, utilizado, comercializado y vendido los productos de madera y de otra índole en forma tradicional y que continúan haciéndolo en el presente. Por lo tanto, de conformidad con el análisis mencionado respecto de la extracción de los recursos naturales que son necesarios para la subsistencia del pueblo Saramaka, y por ende de sus integrantes, el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de participación efectiva, beneficios compartidos y evaluaciones previas de impacto ambiental y social” [párr. 146]. Adicionalmente, los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Convención para los casos de expropiación, y el requisito consistente en no afectar la subsistencia del grupo y sus integrantes, debían ser cumplidos.

En segundo lugar, con respecto a las concesiones de explotación minera (auríferas) otorgadas en territorio Saramaka por el Estado, la Corte analizó si éstas “afectaron los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente y que son necesarios para su subsistencia cultural”. [párr. 155] Concluyó, según las pruebas con las que contaba, que “los integrantes del pueblo Saramaka no han utilizado el oro tradicionalmente como parte de su identidad cultural o sistema económico. Salvo algunas posibles excepciones individuales, los Saramaka no se identifican con el oro ni han demostrado una relación particular con este recurso natural en especial, más que reclamar el derecho general de ‘ser titular de todo, desde lo más alto de los árboles hasta el lugar más profundo bajo la superficie’”. [párr. 155] Pese a que el oro no es un recurso de utilización tradicional, la Corte especificó que su extracción sí afectaría otros recursos naturales críticos para la supervivencia física y cultural del pueblo Saramaka. Por lo tanto, para el otorgamiento de las concesiones auríferas también debían cumplirse los distintos requisitos establecidos por el artículo 21 de la Convención: “el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social” [párr. 155].

228. Con respecto a las concesiones que ya han sido otorgadas efectivamente a terceros dentro del territorio ancestral sin cumplir con los requisitos derivados del artículo 21 de la Convención, el Estado debe evaluar si es necesario restringir los derechos contractuales o legales de tales terceros para preservar la supervivencia física y cultural del pueblo correspondiente, a la luz de la jurisprudencia interamericana⁵⁸².

a. Aplicar el derecho internacional sobre la expropiación

229. En primer lugar, los Estados deben cumplir los requisitos establecidos para los casos de expropiación en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Toda limitación al contenido del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales debe sujetarse a las normas generales que regulan las limitaciones legales de la propiedad por razón de interés público, esto es, las expropiaciones.

230. Según explicó la Corte en este sentido, “el artículo 21 de la Convención establece que ‘la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad’. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁵⁸³. En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, bajo ciertas condiciones, los derechos de los integrantes del pueblo Saramaka a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio”⁵⁸⁴. El artículo 21.2 dispone que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.” 231. En este

582 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 157.

583 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 144, 145. Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 137.

584 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 127.

punto también es relevante la precisión hecha por la Corte Interamericana, en el sentido de que “el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”⁵⁸⁵.

b. No aprobación de proyectos que amenacen la supervivencia física o cultural del pueblo

232. El Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que pueda afectar la supervivencia del pueblo indígena o tribal correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida. En términos de la Corte Interamericana: “respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”⁵⁸⁶. Bajo el artículo 21 de la Convención Americana, el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena o tribal al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena o tribal⁵⁸⁷. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Länsman y otros v. Finlandia*⁵⁸⁸ apoya este requisito: “permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena”⁵⁸⁹.

233. La noción de “supervivencia” no se identifica con la mera existencia física: “La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase ‘supervivencia como una comunidad tribal’ debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de

585 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 139.

586 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

587 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128.

588 Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párrafo 9.4.

589 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 128, nota al pie de No. 123.

‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física⁵⁹⁰. En los mismos términos, para la Corte, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo Saramaka con su territorio y su cultura”⁵⁹¹.

Ejemplo: secuelas ambientales, epidemiológicas y socioculturales de los procesos de desarrollo económico en territorios indígenas.

El caso de la Amazonía ecuatoriana.

En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, la CIDH describió el impacto que las actividades de desarrollo habían tenido sobre los derechos humanos y la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas del interior del país.

En primer lugar, la CIDH describió la situación de grave contaminación ambiental causada por décadas de actividades extractivas, particularmente por la industria petrolera, cuyas repercusiones sobre el goce de los derechos humanos se reseñaron anteriormente. Pero tal y como lo relataron a la CIDH, los “pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana sostienen que los efectos del desarrollo y explotación de petróleo en el Oriente no sólo han dañado el medio ambiente, sino que han impedido directamente su derecho a la supervivencia física y cultural como pueblos”.

Así, la CIDH identificó algunas secuelas adicionales del proceso de desarrollo petrolero que tuvo lugar en las décadas precedentes, explicando que “la apertura de las tierras tradicionales de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana a la explotación de petróleo y otras actividades de desarrollo ha conducido a diversas consecuencias directamente atribuibles a éstas”.

590 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 37 [notas al pie omitidas].

591 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 29.

Primero, este proceso trajo aparejado un influjo de forasteros y de infraestructura de transporte a los territorios de los pueblos indígenas amazónicos: “El boom del petróleo iniciado en el interior a fines de la década de 1960, condujo a la construcción de una red de caminos, utilizado para llevar a los trabajadores y el equipo así como para construir y mantener los sitios de producción y otras instalaciones, en el corazón del territorio que había sido tradicionalmente indígena. De esta forma, el desarrollo del petróleo abrió y expuso el interior de una manera que no se había dado con el desarrollo anterior ni con el contacto con el exterior”. Este proceso estuvo acompañado por una fuerte iniciativa de colonización impulsada por el propio Gobierno: “Además de los trabajadores no nativos llevados para construir los caminos y para edificar y poner en operación las instalaciones, la apertura de carreteras concentró colonizadores, especuladores de tierras y taladores en las tierras que servían de hogar a los indígenas. En el caso del Oriente, esta colonización fue animada por el Estado y se consideró, de hecho, como una prioridad nacional. La colonización típicamente se inicia con la siembra, a ambos lados de un camino, de los primeros kilómetros. En la mayoría de los casos, los controles sobre la colonización espontánea, o bien no existían o eran ineficaces, lo que condujo al resultado de que amplias fajas de asentamientos no indígenas dividen ahora las parcelas de territorio anteriormente indígena. Bajo la Ley de Colonización de la Región Amazónica, promulgada para estimular la colonización y el uso productivo del Oriente, los colonos empezaron a trasladarse a muchos de los territorios que se consideraban como ‘tierras baldías’ o tierras desocupadas. La legislación para animar la colonización del Oriente ofreció títulos a los colonos que demostraran su dominio sobre esas tierras al despejar la selva para usos agrícolas. Se calcula que el número de colonizadores en el Oriente oscila, al menos, entre los 250.000 y los 300.000”.

En segundo lugar, como efecto inmediato del ingreso de pobladores no nativos a los territorios indígenas, los habitantes autóctonos del territorio quedaron expuestos a enfermedades y epidemias que antes no conocían, y para las cuales carecían de defensas inmunológicas o resistencia: “La invasión de colonos, especuladores y trabajadores no nativos de las compañías dentro de áreas previamente aisladas introdujo males tales como el resfriado común y la influenza. Las enfermedades virales han causado un gran número de víctimas, y continúan haciéndolo en el caso de los individuos y comunidades que han tenido menor contacto con los extraños, tales como los Huaorani. Los trabajadores de compañías petroleras con resfriados ingresan a dichas áreas e infectan a los habitantes locales, que pueden desarrollar fácilmente una neumonía y morir. En otros casos, hombres de comunidades indígenas que trabajan para las compañías petroleras contraen enfermedades que no han sido introducidas y las importan a sus comunidades cuando regresan

a casa. Mientras que los pueblos indígenas del interior Amazónico tienen sistemas muy sofisticados para la preservación de su salud y bienestar, carecen de experiencia con estas nuevas enfermedades”. De allí que la CIDH hubiese sido informada sobre múltiples muertes causadas por enfermedades anteriormente desconocidas, a lo cual contribuyó la carencia de atención médica accesible.

Tercero, el proceso de desarrollo de la región aparejó el desplazamiento de comunidades indígenas enteras: “Las actividades de explotación del petróleo se han llevado a cabo a través de los territorios indígenas tradicionales, con poca atención a la ubicación de instalaciones en relación con las comunidades existentes: los sitios de producción y las canteras de desperdicios se han colocado inmediatamente adyacentes a algunas comunidades; los caminos se han construido a través de tierras indígenas tradicionales; las explosiones sísmicas se han detonado en áreas de especial importancia tales como campos de caza; y áreas consideradas como sagradas, tales como ciertos lagos, han sido invadidas. Muchos habitantes indígenas respondieron a los primeros años de las actividades de desarrollo retirándose del desarrollo y refugiándose en sus áreas tradicionales. Se ha informado que, en virtud de la introducción inicial de las actividades de explotación en el área ahora llamada Lago Agrio, los últimos indígenas Tetetes se fueron, una circunstancia que parece haber acelerado su extinción como pueblo”.

De igual forma resultaron afectados los Cofán: “Los Cofán, que ahora cuentan con sólo unos pocos cientos de miembros, fueron desplazados de sus tierras tradicionales y ahora ocupan en su mayoría un puñado de comunidades no contiguas en una porción de su antiguo territorio. El desarrollo llegó a sus tierras tradicionales, el río Aguarico alto, en 1970, cuando el consorcio Texaco–Gulf estableció un campamento en Santa Cecilia. Caminos, áreas de producción, pistas de aterrizaje, y el oleoducto, cortaron su territorio ‘en fajas de infraestructura nacionalizada’ y les siguieron los colonos. Aunque a los Cofán se les otorgaron títulos de cerca de 900 acres en esta zona, así demarcados, se construyó un camino a través de las tierras tituladas”.

Finalmente, el proceso de desarrollo también ha sido causa de tensiones entre las poblaciones de colonos y los habitantes indígenas de la región: “Las presiones resultantes del influjo de los colonos, y el desplazamiento de un número de comunidades, continúa generando tensión y en ocasiones conflictos violentos. Para la época de la observación in situ de la Comisión, informes recientes recibidos por la CONFENIAE indicaban que los Siona, los Quichua de Sucumbíos y Pastaza, y los Achuar y Shuar, habían estado experimentando cierto nivel de conflicto con los colonos. Los Huaorani y los colonizadores a lo largo de la ruta del camino local viven en una estrecha proximidad, también con ciertos episodios periódicos de tensión”.

La CIDH resaltó, como una forma de iniciar el proceso de resolución de estos problemas, los esfuerzos del Gobierno por titular algunos territorios ancestrales en la región, así como el proyecto piloto desarrollado con el pueblo Cofán en el sentido de atribuirles el manejo de una porción de su territorio ancestral declarada como área de reserva natural. Pese a ello, también enfatizó que muchas comunidades y grupos indígenas del interior continuaban experimentando dificultades en la legalización de sus territorios ancestrales.

Como conclusión de su análisis, la CIDH afirmó que “la situación de los pueblos indígenas en el Oriente ilustra, de una parte, la conexión esencial que mantienen con sus territorios tradicionales, y de otra, las violaciones a los derechos humanos que amenazan cuando estas tierras son invadidas y cuando la tierra misma es degradada. (...) Para muchas culturas indígenas, la utilización continuada de sistemas colectivos tradicionales para el control y el uso del territorio son esenciales para su supervivencia, así como para el bienestar individual y colectivo. El control sobre la tierra se relaciona tanto con su capacidad para obtener los recursos que sustentan la vida, como para ‘el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo’”. De allí que recordara que “dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural – un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales”.

Con base en las anteriores apreciaciones, la CIDH recomendó al Estado, entre otras, que adoptara las medidas necesarias para “limitar a los colonos a las áreas que no transgreden con la posibilidad de que los indígenas preserven su cultura tradicional”; que adoptara las medidas necesarias para garantizar una participación significativa y efectiva de los representantes indígenas en los procesos de adopción de decisiones sobre temas que, como el desarrollo, afectaran su supervivencia cultural; y que tomara los pasos necesarios para resolver las reclamaciones territoriales indígenas pendientes.

c. Participación, beneficios compartidos y estudios previos de impacto ambiental y social

234. Una tercera serie de condiciones de necesario cumplimiento que garantizan la consistencia entre los planes o proyectos de desarrollo o inversión o las actividades extractivas, por una parte, y los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales, por otra, consta de tres elementos obligatorios. Según la Corte, “de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los [pueblos indígenas

o tribales] respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo [indígena o] tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [correspondiente] de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (...) que se lleve a cabo dentro del territorio [ancestral]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [correspondiente] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [ancestral] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo [respectivo] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”⁵⁹². Estas tres condiciones son requisitos complementarios y concurrentes, orientados a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas y tribales: “Con miras a garantizar su supervivencia como un pueblo tribal, la Corte estableció una serie de requisitos complementarios aplicables al caso de los Saramaka en particular, y a comunidades indígenas y tribales en general”⁵⁹³.

235. El triple estándar fijado por la Corte Interamericana en el caso *Saramaka* (consulta y consentimiento; estudios de impacto; y participación en los beneficios) es aplicable, en los términos de la Corte, a “los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales”⁵⁹⁴ que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una privación o limitación de su derecho de propiedad.

236. El requisito de consulta y participación se analiza en el Capítulo IX, ya que refleja un deber general aplicable a todos los asuntos relacionados con los derechos indígenas o tribales sobre tierras y recursos naturales.

592 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

593 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 38.

594 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

Beneficios compartidos

237. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o de los planes de desarrollo o inversión en sus territorios⁵⁹⁵, así como de la aplicación comercial de su conocimiento tradicional sobre el uso de dichos recursos. En los términos de la Corte, “la segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio [indígena o tribal] es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo [respectivo]”⁵⁹⁶. En consecuencia, “el Estado debe garantizar que los miembros [de las comunidades indígenas o tribales afectadas] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”⁵⁹⁷.

238. La participación razonable de los pueblos indígenas en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales o de la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios tradicionales es un requisito confirmado por el Convenio 169 de la OIT⁵⁹⁸, y se ha incorporado también en las políticas de las instituciones financieras internacionales en relación con los pueblos indígenas⁵⁹⁹. La CIDH ha resaltado que, según dispone el Convenio 169, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la participación en los beneficios de las actividades de utilización de sus recursos naturales⁶⁰⁰; los Estados deben asegurar, en consonancia con el Convenio 169, “que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios”⁶⁰¹.

595 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 6. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 6.

596 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 138.

597 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

598 Convenio 169, artículo 15.2.

599 Banco Mundial, Política Operacional 4.10, párrs 18–19; BID, Política Operativa OP–765, pp. 5–6.

600 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 26.

601 CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 5.

239. Los Estados tienen la obligación internacional de garantizar la participación de las comunidades indígenas en la determinación de los beneficios que producirán los planes o proyectos propuestos⁶⁰², a través de procedimientos apropiados. Por ello, los Estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa “se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo”⁶⁰³.

240. La determinación de los beneficiarios “deberá ser hecha en consulta con el pueblo [respectivo] y no unilateralmente por el Estado”⁶⁰⁴. En caso de que surja un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena o tribal correspondiente sobre quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, ello debe ser resuelto por el pueblo mismo de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por el Estado⁶⁰⁵. En general, como indicó la Corte en el caso *Saramaka*, “todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo *Saramaka*, así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la ‘justa indemnización’ que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo *Saramaka* de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la Sentencia”⁶⁰⁶.

241. El artículo 21.2 de la Convención Americana dispone que el derecho a la propiedad sólo podrá limitarse, parcial o totalmente, por razones de utilidad pública o interés social y “mediante el pago de indemnización justa”. Como se explicó anteriormente, esta disposición hace referencia a la figura jurídica de la expropiación forzosa y a las garantías que deben rodear este proceso. En el caso *Saramaka*, la Corte identificó la participación en los beneficios como una forma específica de indemnización justa derivada de la limitación

602 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendación 5. Ver también: CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 297, Recomendación 5.

603 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

604 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 25.

605 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 26.

606 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 27.

o privación del derecho de propiedad comunal indígena: “La Corte considera que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”⁶⁰⁷, por lo cual “en el presente caso, el derecho a obtener el pago de una ‘indemnización justa’ conforme al artículo 21.2 de la Convención se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”⁶⁰⁸.

242. La Corte enfatizó además que la participación en los beneficios es inherente al derecho a la justa compensación del artículo 21: “Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales [Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. 32.2; Convenio 169 de la OIT, Art. 15(2)], es inherente al derecho de indemnización reconocido en el Art. 21.2 de la Convención”⁶⁰⁹.

243. No debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

244. La Corte Interamericana ha recurrido en este punto a los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Relator de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, respecto del derecho a la participación en los beneficios: “En este sentido, el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también ‘garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa’⁶¹⁰. Del mismo

607 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 139.

608 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 139.

609 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 138.

610 Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto de Ecuador, para. 16.

modo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar ‘los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]’. En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Saramaka⁶¹¹.

Estudios previos de impacto social y ambiental

245. Un “estudio previo de impacto social y ambiental” [EISA] debe ser llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”⁶¹² en el contexto de los proyectos de desarrollo e inversión y actividades extractivas en territorios indígenas. Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos⁶¹³.

246. En términos generales, “los EISAs sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión”⁶¹⁴. Los Estados deben garantizar que la sostenibilidad de los planes o proyectos de desarrollo o inversión y de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas y tribales sea “medida con anterioridad a partir de mecanismos de participación efectiva de las personas y grupos afectados con independencia de que tengan un título de propiedad reconocido por el Estado en su favor”⁶¹⁵. En consecuencia, tal y como lo afirmó la Corte Interamericana en la sentencia sobre el caso Saramaka, “el objetivo de los EISAs no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra

611 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 140 [notas al pie omitidas].

612 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

613 *Ibidem*.

614 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 40...

615 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254

y las personas, sino también (...) ‘asegura[r] que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria’⁶¹⁶.

247. La realización de estudios de impacto también es prescrita por las disposiciones del Convenio 169, cuyo artículo 7 dispone que “[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”⁶¹⁷.

248. Los estudios de impacto social y ambiental no son únicamente instrumentos de planificación de proyectos que deben ser tenidos en cuenta para minimizar los impactos negativos de los proyectos de inversión o desarrollo en territorios indígenas –y, en su caso, para la búsqueda de alternativas– sino que también sirven para identificar qué derechos de propiedad comunal serán afectados, y de qué manera, por el proyecto propuesto. En efecto, el objetivo último del proceso de estudio de impacto no es otro que el de identificar cuáles son los potenciales impactos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal. Desde esta perspectiva, un objetivo adicional de los estudios de impacto es precisamente la identificación de los derechos que corresponden, o que puedan corresponder, a los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales que serán directa o indirectamente afectados por los proyectos de inversión o desarrollo en cuestión⁶¹⁸.

249. De tal manera, si los estudios de impacto social o ambiental identifican reclamos relativos a la propiedad comunal indígena que no han sido previamente registrados por el Estado, debería suspenderse la ejecución del proyecto hasta que dichos reclamos hayan sido debidamente resueltos a través de procedimientos adecuados.

616 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 40

617 Convenio 169, artículo 7.3.

618 Banco Mundial, Política Operacional 4.10, párr. 9 y Anexo A.

250. Para la Corte Interamericana, se viola el artículo 21 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1, cuando el Estado no lleva a cabo o supervisa estudios ambientales y sociales antes del otorgamiento de las concesiones⁶¹⁹.

El momento para la realización de los estudios de impacto

251. La sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Saramaka* establece que los estudios de impacto social y ambiental deben realizarse con carácter previo a la aprobación de los planes respectivos. Según ha explicado la Corte, “los EISAs deben ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo [correspondiente] a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los EISAs coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo [respectivo] en el proceso de otorgamiento de concesiones”⁶²⁰.

Los actores responsables de la realización de estudios de impacto

252. El proceso de los estudios de impactos ambientales y sociales es una obligación del Estado, que debe llevarlos a cabo o supervisar su realización antes de emitir las concesiones o de aprobar los planes o proyectos⁶²¹. No obstante, el Estado puede encomendar dichos estudios a “entidades independientes y técnicamente capacitadas, bajo la supervisión del Estado”⁶²². Dicho razonamiento concuerda plenamente con la justificación de este tipo de estudios, que no es sino la de asegurar un análisis objetivo, imparcial y técnicamente verificable, destinado a proporcionar datos fácticos de los que pueden desprenderse una serie de consecuencias para la aprobación y, en su caso, para la ejecución del plan del que se trate. A estos efectos, no sería conforme a los criterios establecidos por la Corte, por ejemplo, la realización

619 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 154.

620 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

621 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 148.

622 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

de estudios de impacto ambiental y social llevados a cabo por personal o contratistas de las empresas concesionarias. Asimismo, de la jurisprudencia de la Corte se infiere que la selección de los actores responsables de la realización de los estudios de impacto debe llevarse a cabo siguiendo criterios de pericia técnica.

253. En la medida en que la realización de los estudios de impacto constituye una obligación estatal vinculada al deber de protección del derecho de propiedad indígena, dichos estudios deben realizarse por el propio Estado, o “bajo la supervisión del Estado”⁶²³. La labor de supervisión por parte de las autoridades estatales debe asegurar el cumplimiento de los criterios establecidos en las normas pertinentes en relación con los contenidos y condiciones de los estudios de impacto.

El contenido de los estudios de impacto

254. Al referirse a los contenidos de los estudios de impacto, la Corte Interamericana ha especificado que dichos estudios deben ser de carácter “social y ambiental”. La inclusión de estos dos elementos en su caracterización revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente natural, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida de los pueblos indígenas que dependen de dichos territorios y de los recursos existentes en ellos para su subsistencia.

255. El término “social”, como componente de los estudios de impacto, debe interpretarse de una forma amplia, que tenga en cuenta la jurisprudencia general del sistema interamericano sobre el derecho de propiedad indígena, así como otros estándares internacionales aplicables. En la medida en que la realización de planes de desarrollo o inversión se concibe como una limitación del derecho de propiedad comunal indígena, los estudios de impacto deberían determinar precisamente cuál será la incidencia de dichos planes sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar sus tierras y recursos naturales, conforme a su propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el contenido de los EISA debe hacer referencia no sólo al impacto sobre el hábitat natural de los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, sino también al impacto

623 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129.

sobre la relación especial que vincula a estos pueblos con sus territorios, incluyendo sus formas propias de subsistencia económica, sus identidades y culturas, y sus formas de espiritualidad.

256. En este sentido, en relación con el contenido de los estudios previos de impacto, el Convenio 169 establece que dichos estudios deben “evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas” puedan tener sobre los pueblos indígenas⁶²⁴.

257. En primer lugar, el contenido de los estudios de impacto ambiental propiamente dicho (EIA) se encuentra ya considerablemente estandarizado en la práctica internacional. Según la definición de evaluación ambiental, ampliamente aceptada, incorporada en la Política Operacional OP 4.01 del Banco Mundial, el EIA debe “identificar y evaluar las posibles repercusiones ambientales de un proyecto propuesto evaluar alternativas y establecer medidas apropiadas de mitigación, gestión y seguimiento”⁶²⁵.

258. Para la Corte Interamericana, “con miras a cumplir los puntos ordenados por la corte, los EISAs deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto”⁶²⁶. La Corte en nota al pie afirma que “uno de los más completos y utilizados estándares para EISAs en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*”⁶²⁷. El proceso de implementación del Convenio sobre Biodiversidad es, así, particularmente relevante para la protección de derechos asociados a la propiedad indígena sobre sus tierras, territorios y recursos. En 2004, la Conferencia de las Partes del Convenio adoptó las Directrices Voluntarias Akwé: Kon⁶²⁸, que reflejan el contenido amplio de los estudios de impacto en relación con los proyectos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas.

624 Convenio 169, artículo 7.3.

625 Banco Mundial, Política Operacional 4.01, Anexo A: Definiciones, párr. 2.

626 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

627 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41, nota al pie No. 23.

628 Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales, y sociales de proyectos que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares, COP-7 (Kuala Lumpur, 9–20 de febrero de 2004), Decisión VII/16, Anexo [“Directrices Akwé: Kon”].

259. Según las Directrices, los estudios de impacto ambiental deben evaluar “los probables impactos en el medio ambiente, y (...) proponer medidas adecuadas de mitigación de un desarrollo propuesto, teniéndose en cuenta los impactos entre sí relacionados, tanto beneficiosos como adversos, de índole socioeconómica, cultural y para la salud humana”⁶²⁹.

260. En segundo lugar, la evaluación del impacto social comprende la valoración de “los probables impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto que puedan afectar a los derechos, que tengan una dimensión económica, social, cultural, cívica y política, así como afectar al bienestar, vitalidad y viabilidad de una comunidad afectada – que es la calidad de vida de una comunidad medida en términos de varios indicadores socioeconómicos, tales como distribución de los ingresos, integridad física y social y protección de las personas y comunidades, niveles y oportunidades de empleo, salud y bienestar, educación y disponibilidad y calidad de la vivienda y alojamiento, infraestructura, servicios”⁶³⁰.

261. La evaluación del impacto cultural comprende la evaluación de “los probables impactos de un proyecto o desarrollo propuestos acerca del modo de vida de un grupo particular o comunidad, con la plena intervención de ese grupo o comunidad y posiblemente emprendido por ese grupo o comunidad”. En el curso de dicha evaluación, debe prestarse atención a “los impactos, tanto beneficiosos como adversos, de un desarrollo propuesto, que pudiera afectar, por ejemplo, a los valores, creencias, leyes consuetudinarias, idiomas, costumbres, economía, relaciones con el entorno local y especies particulares, organización social y tradiciones de la comunidad afectada”, así como los impactos sobre el “patrimonio cultural de la comunidad, incluidos los lugares, edificios, y restos de valor o importancia arqueológicos, arquitectónicos, históricos, religiosos, espirituales, culturales, ecológicos o estéticos”⁶³¹.

262. Los EISAs también deben abordar el impacto acumulativo de los proyectos existentes; para la Corte, “uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales”⁶³².

629 *Ibid.*, párr. 6(d).

630 *Ibid.*, párr. 6(f).

631 *Ibid.*, párr. 6(a)–(b).

632 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

Identificación de alternativas y medidas de mitigación de impacto

263. Asimismo, los EISA deben identificar posibles alternativas o, en ausencia de tales alternativas, medidas de mitigación de los impactos negativos del plan de inversión o desarrollo.

264. En cuanto al nivel de impacto admisible, ha dicho la Corte Interamericana que “lo que constituye un nivel aceptable de impacto puede diferir en cada caso. No obstante, el principal criterio con el cual se deben analizar los resultados de los EISAs es que el nivel de impacto no niegue la capacidad de los miembros del pueblo [correspondiente] a sobrevivir como un pueblo [indígena o] tribal”⁶³³.

265. La obligación de realizar EISA en relación con los planes de desarrollo o inversión en territorios indígenas responde evidentemente a una lógica de garantía de los derechos de propiedad indígenas. Por lo tanto, dichos estudios no pueden constituir meros trámites formales, sino que deben conducir, en la medida de lo técnicamente posible, a cambios específicos en el diseño de los planes de desarrollo o inversión cuandoquiera que los estudios hayan identificado posibles impactos negativos sobre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, en los términos anteriormente descritos. En este sentido, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que “[l]os resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.”

La participación de los pueblos indígenas en el proceso de estudios de impacto

266. La sentencia de la Corte en el caso *Saramaka* exige que los Estados garanticen a los pueblos indígenas la participación en el proceso de los estudios previos de impacto social y ambiental⁶³⁴. Esta exigencia también se incluye en el Convenio 169 de la OIT, que establece que los estudios de impacto o incidencia deberán efectuarse “en cooperación con los pueblos interesados”⁶³⁵. En

633 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 42.

634 Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 185, párr. 16.

635 Convenio 169, artículo 7.3.

términos generales, los EISAs “deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo [indígena o tribal correspondiente]”⁶³⁶.

267. La participación de los pueblos indígenas en las actividades relativas a los procesos de EISA es una exigencia que deriva de la propia naturaleza y contenido de dichos estudios. En la medida en que los EISA pretenden documentar los posibles impactos negativos de los planes de desarrollo o inversión sobre la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales, se requiere necesariamente del conocimiento de los miembros de los pueblos indígenas para identificar dichos impactos, así como para la identificación de posibles alternativas y medidas de mitigación.

E. Control y prevención de las actividades extractivas ilegales en territorios indígenas

268. Los Estados están en la obligación de controlar y prevenir las actividades extractivas ilegales, tales como la minería, la tala o la pesca ilegales en territorios ancestrales indígenas o tribales, y de investigar y sancionar a los responsables. La CIDH ha descrito en distintas oportunidades situaciones de realización de actividades de extracción ilegal de los recursos naturales en territorios indígenas, explicando que dichas actividades constituyen amenazas y usurpaciones de la propiedad y posesión efectivas de los territorios indígenas⁶³⁷, y que ponen en peligro la supervivencia de dichos pueblos, especialmente por su impacto sobre los ríos, los suelos y demás recursos que constituyen sus fuentes principales de subsistencia⁶³⁸.

269. Como se analiza en el Capítulo x, los pueblos indígenas tienen derecho, en condiciones de igualdad, a la protección judicial efectiva frente a violaciones de su derecho a la propiedad comunal sobre los recursos naturales. El derecho de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros de acceder a la justicia en tales casos es plenamente aplicable en todas sus dimensiones cuandoquiera que se afecten los recursos naturales que están presentes en sus territorios.

636 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 41.

637 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párr. 33.

638 CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

270. Al igual que el resto de las garantías aplicables a la protección del derecho de propiedad comunal indígena, en relación con la extracción ilegal de recursos naturales en sus territorios, no es necesario que los pueblos indígenas cuenten con un título formal de propiedad para que puedan acceder a los tribunales para exigir la garantía de este derecho, incluyendo la reparación por daños y perjuicios.

Ejemplo de aplicación: impactos de las actividades extractivas sobre los derechos de los pueblos indígenas de Venezuela

En su informe de 2009 sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, la CIDH se refirió al desarrollo de actividades de explotación minera, tanto legal como ilegal, en el sur del país, y expresó su preocupación por los efectos que dichas actividades tenían sobre los grupos indígenas de la zona, en particular por su impacto sobre los ríos y los suelos, fuentes principales de subsistencia de dichos pueblos. La Comisión describió la información que había recibido sobre el otorgamiento de concesiones a compañías mineras sin consultar a los pueblos indígenas que habitan las zonas de los proyectos, pese al impacto ambiental que tales proyectos tendrían sobre su territorio; también refirió haber sido informada sobre la práctica de minería ilegal y la forma como ésta atentaba contra la supervivencia de los pueblos indígenas del sur de Venezuela.

En atención a tal estado de cosas, la CIDH recordó al Estado “su obligación de garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en la determinación de cualquier medida que afecte sus territorios” [párr. 1058]; y le recomendó que:

- (a) promoviera “la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, mediante consultas previas e informadas con miras a la obtención del libre consentimiento de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños según sus propias prioridades de desarrollo” [párr. 1137, Recomendación 5];
- (b) implementara, en el marco de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en curso, “mecanismos de participación a efectos de determinar los daños ambientales que se están causando y las afectaciones a las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas (...) que viven en los lugares de ejecución de dichos proyectos. Esto con la finalidad de que, en caso de afectaciones a su vida y/o integridad personal, se suspenda inmediatamente la ejecución de los proyectos y se impongan las sanciones administrativas y penales correspondientes” [párr. 1137, Recomendación 6];

- (c) en caso de dar continuidad a los proyectos, garantizara la participación de los afectados en los beneficios derivados de los mismos [párr. 1137, Recomendación 6];
- (d) determinara e hiciera efectivas las indemnizaciones por los daños ambientales y los impactos sobre las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas afectados [párr. 1137, Recomendación 6]; y
- (e) garantizara “el acceso a un recurso judicial adecuado y efectivo para la impugnación de daños ambientales de manera colectiva para que, en adición a la acción penal, se disponga de un mecanismo de naturaleza judicial para obtener una respuesta inmediata en aquellas circunstancias en las cuales se estén causando daños irreparables a grupos de personas” [párr. 1137, Recomendación 7].

F. Prevención de las consecuencias epidemiológicas y socio-culturales de las actividades de desarrollo

271. Experiencias históricas de larga data en las Américas demuestran que la falta de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, y la penetración consiguiente de colonos y proyectos de infraestructura o extractivos a sus territorios, traen consecuencias sumamente graves en el ámbito de la salud, ya que la entrada de pobladores ajenos a sus territorios acarrea el ingreso de enfermedades para las cuales las poblaciones autóctonas no tienen defensas inmunológicas desarrolladas⁶³⁹. Las epidemias que se han desatado de esta manera entre distintos pueblos indígenas del continente han diezmando su población, y en algunos casos han llevado a las etnias correspondientes al punto de estar en riesgo de desaparición.

272. El Estado tiene el deber de prevenir la ocurrencia de estos cuadros comprensivos de violaciones a los derechos humanos, para preservar la vida y la integridad física de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, mediante la adopción de las medidas preventivas de salud pública que sean pertinentes en cada caso. Estas garantías revisten particular importancia para los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

639 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párr. 47.

Ejemplo: las consecuencias epidemiológicas y socioculturales de la falta de protección de los derechos territoriales indígenas.

El caso del pueblo Yanomami del Brasil.

El pueblo indígena Yanomami habita desde tiempos inmemoriales la cuenca del Río Orinoco, en los territorios de Venezuela y Brasil. En criterio de la CIDH, su lucha por la supervivencia individual y colectiva es un ejemplo ilustrativo de los complejos problemas que soportan las poblaciones aborígenes en la defensa y el ejercicio de sus derechos más básicos, especialmente porque su existencia misma ha sido afectada por la penetración sucesiva de instituciones, proyectos y personas extrañas, que han causado estragos en su vida, supervivencia, integridad física y cultural y medio ambiente. La CIDH se ha pronunciado sobre la situación del pueblo Yanomami del Brasil en dos oportunidades. La primera de ellas fue en 1985, en la Resolución 12/85, adoptada para resolver una petición presentada contra el Estado brasileiro por su aludida responsabilidad internacional por la situación del pueblo. La segunda fue en su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en el Brasil. En ambas ocasiones, la CIDH describió patrones complejos de violaciones estructurales de los derechos humanos, derivadas de factores causales múltiples cuya esencia común era la falta de protección de los derechos territoriales de los Yanomami.

En su Resolución No. 12/85, la CIDH examinó una petición presentada por diversas personas y organizaciones a favor del pueblo Yanomami del Brasil. La CIDH dedujo de las pruebas con las que contaba: “(a) que con motivo del inicio, en 1973, de la construcción de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte), el territorio que por tiempos inmemoriales habitaban los indios Yanomami fue invadido por trabajadores en la construcción de la autopista, geólogos, exploradores mineros y colonos deseosos de asentarse en dicho territorio; (b) que tales invasiones se llevaron a cabo sin previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios Yanomami, lo cual dio como resultado un considerable número de muertes por epidemias de influenza, tuberculosis, sarampión, malaria, enfermedades venéreas, etc.; (c) que indígenas habitantes de varias aldeas cercanas a la ruta de la autopista BR-210 (Rodovia Perimetral Norte) abandonaron sus aldeas, convirtiéndose en mendigos o en prostitutas sin que el Gobierno de Brasil adoptase las medidas necesarias para impedirlo; y (d) que con posterioridad al descubrimiento, en 1976, de minerales de estaño y otros metales en la región donde habitan los indios Yanomami, se generaron graves conflictos que dieron origen a actos de violencia entre exploradores y explotadores de esos minerales, por una parte, y los indígenas, por otra. Tales conflictos, que ocurrieron especialmente en las áreas de la Serra dos Surucucus, Couto de Magalhães y Furo de Santa Rosa afectaron la vida, seguridad, salud e integridad cultural de los Yanomami” [párr. 10]. Para la CIDH, de estos hechos “surge una responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de haber

adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami” [párr. 11]. Ahora bien, la CIDH notó que el gobierno de Brasil había adoptado diversas medidas en los últimos años encaminadas a superar y aliviar los problemas de los Yanomami y proteger su seguridad, salud, integridad y territorio. Por ello, la CIDH resolvió “declarar que existen suficientes antecedentes y evidencias para concluir de que en razón de la omisión del gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas a favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); Derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9)” [punto resolutivo 1]. Por lo mismo, recomendó la CIDH al Estado: “(a) que el Gobierno de Brasil continúe adoptando medidas sanitarias de carácter preventivo y curativo a fin de proteger la vida y la salud de los indios expuestos a adquirir enfermedades infecto-contagiosas; (b) que el Gobierno de Brasil, a través de la FUNAI y de conformidad con su legislación, proceda a delimitar y demarcar el Parque Yanomami (...); (c) que los programas educacionales, de protección médica y de integración social de los Yanomami sean llevados a cabo en consulta con la población indígena afectada y con la asesoría de competente personal científico, médico y antropológico”. [punto resolutivo 3]

En su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil de 1997, la CIDH se volvió a referir a la situación de los Yanomami. Notó en primer lugar que el territorio Yanomami del Brasil, de aproximadamente 9.4 millones de hectáreas, ya había sido demarcado y homologado definitivamente, pero seguía siendo invadido en forma incesante por mineros ilegales (garimpeiros). La CIDH indicó que después de la adopción de su Resolución 12/85, entre 1987 y 1990, “dentro del contexto de implementación del Proyecto Calha Norte, el territorio amazónico ancestral de los Yanomami que era de 23.5 millones de acres fue reducido en un 70% y dividido en 19 territorios aislados entre sí. Dos tercios del territorio original fue abierto a la explotación minera, especialmente de oro. Los buscadores de oro y metales preciosos, ‘garimpeiros’, penetraron por miles en su territorio, llegando a ser estimadamente unos 45.000 en 1987” [párr. 68]. Algunas cortes judiciales federales, sin embargo, adoptaron algunas medidas protectivas a partir de 1988, anulando la desintegración de su área continua en reservas territoriales separadas, y ordenando el desalojo de mineros y madereros ilegales. Pero fue especialmente a partir de la adopción de la nueva Constitución en 1988, con sus garantías de los derechos indígenas, que los organismos federales empezaron a reducir la presencia de intrusos en el territorio ancestral, bajando su número a unos pocos miles a principios de la década de los años 90.

La CIDH constató en su visita que se había completado la demarcación y homologación definitiva del área Yanomami, que existían puestos de salud y de vigilancia de organismos federales en el territorio, y que la Policía Nacional Federal llevaba a cabo actuaciones eficientes para proteger tal territorio y defenderlo de las incursiones clandestinas de garimpeiros. [párrs. 68–72] No obstante, la CIDH notó que “la vigilancia por FUNAI y organismos federales del territorio Yanomami sufre continuas vicisitudes. A principios de marzo de 1996 la vigilancia de la Policía Federal por helicópteros fue suspendida, con el resultado de que al día siguiente aviones introdujeron nuevamente garimpeiros y maquinaria en la zona. Se calculan actualmente unos 2.000 garimpeiros asentados y 24 pistas clandestinas resultantes de esa operación”. [párr. 73]

La CIDH enfatizó con especial preocupación la situación de salud en el área Yanomami, particularmente frente a la malaria. Explicó que “la introducción de nuevas cepas de malaria y otras enfermedades por los garimpeiros especialmente, ha tenido efectos negativos sobre la situación general de salud de los Yanomami. Entre ellas, la epidemia más extendida es la de malaria, que diezmó junto con las enfermedades pulmonares a un porcentaje importante de los Yanomami y hoy continúa con carácter epidémico. Según datos oficiales, la incidencia de malaria entre los Yanomami se incrementó en un 44% durante 1995. Estas cifras coinciden con el crecimiento de malaria en la población general del Estado de Roraima, que ha sido del 52% en ese año”. Ahora bien, la CIDH también notó que en una zona Yanomami donde se desarrollaba un proyecto impulsado por una organización no gubernamental, la incidencia de malaria había declinado en un 14% en 1995, y en los últimos cuatro años la población había aumentado en un 10.3%. [párrs. 74–75]

La Comisión registró las expresiones de algunos miembros del pueblo Yanomami sobre los peligros que sentían sobre su supervivencia individual y colectiva como consecuencia de la entrada de garimpeiros, megaproyectos y otros factores estructurales de violación de sus derechos humanos: “La Comisión (...) recibió continuas expresiones de temor frente a la introducción de elementos de la vida exterior sin las debidas precauciones por la fragilidad de su cultura y situación sanitaria. // En particular, los líderes se refirieron a la continua presión de los ‘garimpeiros’ con su secuela de enfermedad, fricciones y envenenamiento de sus cursos de aguas. Pero también se refirieron a la construcción dentro de sus tierras de vías de acceso al área Yanomami, que según su experiencia sólo sirven para introducir enfermedades, intrusos (garimpeiros o de otro tipo), explotación ilegal de los recursos madereros, y costumbres que desorganizan la vida comunitaria”. [párrs. 76–77]

En atención a sus constataciones, la CIDH concluyó que “el pueblo Yanomami obtuvo el reconocimiento pleno de sus derechos con referencia a la propiedad de sus tierras. Su integridad personal y su integridad como pueblo es

continuamente agredida por mineros invasores, al igual que por la contaminación ambiental que éstos generan. La protección del Estado contra estas continuas presiones e invasiones es irregular y débil, manteniendo una permanente situación de peligro, así como el continuo deterioro de su hábitat” [párr. 82 (f)]. Por lo tanto, recomendó al Estado de Brasil “tomar medidas de protección federal sobre las tierras indígenas amenazadas por invasores, con particular atención a las tierras del pueblo Yanomami y en la Amazonía en general, incluyendo el aumento de la vigilancia, el enjuiciamiento y sanción severa de los autores materiales e intelectuales de tales delitos, así como de los agentes estatales cómplices activos o pasivos” [párr. 85 – Recomendación 5]. Igualmente, recomendó que se establecieran “procedimientos especiales para promover con plena participación y control de los pueblos indígenas interesados y de acuerdo con sus tradiciones y autoridad propia, medidas compensatorias necesarias de salud” [párr. 85 – Recomendación 1].[...]

El derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, la reclamación sobre sus tierras tradicionales y las afectaciones a la identidad cultural por la no restitución de su territorio tradicional

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay
Sentencia de 24 de agosto de 2010
(Fondo, reparaciones y costas)

[...] VI

Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana)

51. La Comisión Interamericana alegó que a pesar de que la legislación paraguaya reconoce y garantiza expresamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, y aún cuando los miembros de la Comunidad en el presente caso iniciaron el trámite para la recuperación de sus tierras tradicionales en 1990, todavía “no se ha[bía] logrado una solución definitiva”. De acuerdo con la Comisión, el área reclamada por las víctimas es parte de su hábitat tradicional desde tiempos inmemoriales, por lo que tienen derecho a recuperar estas tierras o a obtener otras de igual extensión y calidad, de forma tal que se garantice su derecho a preservar y desarrollar su identidad cultural.

52. Los representantes también insistieron en que el Estado hasta la fecha no ha resuelto la petición de la Comunidad, pese al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la legislación paraguaya. Alegaron que el Estado ha reconocido la violación del derecho a la propiedad de la Comunidad, pero que las medidas que ha adoptado no han sido las adecuadas para restituir el territorio reclamado.

53. El Estado sostuvo que ha garantizado a la Comunidad el acceso a todos los medios legales disponibles para ejercer su derecho a la propiedad comunitaria, pero que tal derecho “no se ha podido satisfacer plenamente hasta la fecha [debido] a situaciones de hecho que no han podido ser resueltas en sede interna”. Resaltó que la legislación nacional protege el derecho a la

propiedad privada y que “los propietarios de la tierra alegada como ancestral por la Comunidad, poseen títulos de propiedad debidamente inscriptos”, por lo que el Estado “se encuentra entre dos derechos humanos tutelados”. Agregó que la “[C]omunidad reclama [el territorio] sin detentar la posesión ni la propiedad del inmueble reivindicado”. Según el Estado, “el territorio tradicional [de los miembros de la Comunidad] abarca una extensión mayor a la reclamada y no se limita a la Estancia Salazar”, la cual es un “establecimiento en pleno funcionamiento y explotación”, por lo cual debería buscarse una solución alternativa. Por último, Paraguay insistió en que “se encuentra tomando [las] medidas pertinentes a fin de restablecer la propiedad comunitaria a los Xákmok Kásek”, lo cual alega se evidencia de la intención del Estado de transferir 1.500 hectáreas a favor de la Comunidad.

54. En el presente capítulo la Corte examinará si el Estado ha garantizado y hecho efectivo el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad sobre sus tierras tradicionales. Para ello, el Tribunal determinará los hechos que se encuentran probados y hará las consideraciones de derecho pertinentes.

55. La Corte analizará los hechos relacionados con el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad y su reclamación sobre sus tierras tradicionales ocurridos con posterioridad al 11 de marzo de 1993, fecha en que el Estado reconoció la competencia contenciosa del Tribunal. Sin embargo, como lo ha hecho en casos anteriores¹, señalará hechos que ocurrieron con anterioridad, únicamente para ser considerados como antecedentes del caso, pero no derivará ninguna consecuencia jurídica con base en ellos.

1. Hechos

1.1. Sobre las comunidades indígenas en Paraguay

56. Antes de la colonización del Chaco los indígenas vivían en comunidades pequeñas y flexibles². La economía de los miembros de los pueblos indígenas del Chaco se basaba principalmente en la caza, recolección y pesca. También

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 82; *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra* nota 12, párr. 178, y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, *supra* nota 8, párr. 46.

2 Cfr. Kidd, Stephen: “Los Indígenas Enxet: condiciones laborales”, 1994 (expediente de anexos entregados por el Estado en la audiencia pública, tomo IX, folio 3678 y expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, folios 2740 a 2759), y declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

cultivaban pequeñas huertas y poseían algunos animales domésticos³. Recorrían sus tierras utilizando la naturaleza en la medida que las estaciones y la tecnología cultural les permitía aprovecharla, lo cual determinaba que se desplazaran y ocuparan un área muy extensa de territorio⁴.

57. Los pueblos indígenas no estuvieron ligados a los intereses de la colonización española y permanecieron relativamente fuera del contacto con la cultura europea y criolla hasta finales del siglo XIX⁵.

58. Entre los años 1885 y 1887, el Estado vendió dos tercios del Chaco⁶ en la bolsa de valores de Londres para financiar la deuda del Paraguay tras la llamada guerra de la Triple Alianza. La división y venta de estos territorios fue realizada con desconocimiento de la población que los habitaba, que en ese entonces era exclusivamente indígena⁷.

59. Económicamente la estructura del espacio chaqueño durante los dos últimos siglos se organizó primordialmente a través de la expansión de la frontera agropecuaria, a partir de diversos frentes de cultivo, explotación maderera y ganadería⁸. El asentamiento en el Chaco de un gran número de empresarios y ganaderos, en calidad de propietarios de los latifundios, se incrementó considerablemente a principios del siglo XX⁹. Paralelamente, varias misiones religiosas se asentaron en distintas zonas de la región, con el fin de la “cristianización” de los indígenas¹⁰.

60. El establecimiento de la compañía *International Products Corporation* desde la ribera derecha del Río Paraguay y el Puerto Pinasco como base, extendiéndose hacia el oeste, su división progresiva en estancias, su alianza con los misioneros anglicanos para la “pacificación religiosa” y entrenamiento laboral de los indígenas, y su apelación a métodos de control de la población indígena, determinaron la progresiva concentración de las aldeas

3 Cfr. Kidd, Stephen: “Los Indígenas Enxet: condiciones laborales”, *supra* nota 40, folio 3678.

4 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 73.2.

5 Cfr. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folios 620 a 65 1.

6 Cfr. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folios 620 a 65 1, y Kidd, Stephen: “Los Indígenas Enxet: condiciones laborales”, *supra* nota 40, folio 3678.

7 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 73. 1, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 50. 10.

8 Cfr. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folio 623, y peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folios 4238, 4240 y 425 1.

9 Cfr. Peritaje de José Alberto Braunstein, *supra* nota 22, folio 279.

10 Cfr. Peritaje de José Alberto Braunstein, *supra* nota 22, folio 279; peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folios 620 a 65 1, y Kidd, Stephen. Los Indígenas Enxet: condiciones laborales, *supra* nota 40, folio 3678.

de origen étnico diferenciado en las aldeas en cuya vecindad se establecían misiones anglicanas o estancias de la compañía u otros ganaderos¹¹. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente.

61. El exterminio creciente de animales, la introducción a gran escala del ganado vacuno y el cercamiento que dejaba la caza sujeta a permisos de los propietarios, trajo como consecuencia que los indígenas se vieran obligados a desempeñar cada vez más el rol de mano de obra barata para los nuevos negocios empresariales¹² y a aprovechar la residencia temporal en las distintas estancias de la zona para seguir practicando sus actividades de subsistencia, aunque con significativos cambios debido a las restricciones impuestas por la propiedad privada¹³.

62. Si bien los indígenas continuaron ocupando sus tierras tradicionales, las actividades de economía de mercado a las que fueron incorporados tuvieron el efecto de restringir su movilidad, concluyendo en su sedentarización¹⁴.

63. De acuerdo al II Censo Nacional Indígena elaborado en 2002, 45% de las 412 comunidades censadas todavía no disponían de aseguramiento legal y definitivo¹⁵. Actualmente, aún cuando las comunidades indígenas registradas aumentaron a 525, todavía el 45% de ellas “no posee un acceso a tierra propia para asentarse y desarrollar condiciones de vida favorable”¹⁶.

11 Cfr. Mapa titulado “International Product’s Corporation” de 1950 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, anexo 15, folios 2906 a 2909); mapa titulado “Antiguas aldeas Angaité, misiones anglicanas y estancias del IPC”, elaborado por Fortis y Villagra, de 2008 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, anexo 15, folio 29 10); Revista “*The Magazines of the South American Missionary Society*” de octubre de 1930 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, anexo 14, folio 2875); Revista “*The South American Missionary Society Magazines*” de enero y febrero de 1941 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo I, 3, folio 368); Revista “*The Magazines of the South American Missionary Society*” de enero y febrero de 1944 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, anexo 14, folio 2895), y declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

12 Cfr. Kidd, Stephen: “Los Indígenas Enxet: condiciones laborales”, *supra* nota 40, folio 3678.

13 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 73.4, y peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folio 620 a 627.

14 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 73.3.

15 En 2002, el 45% de las comunidades registradas representaba 185 comunidades, cuyas tierras pertenecían, mayoritariamente a instituciones del gobierno o a estancias o empresas. Cfr. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folio 629, y II Censo Nacional Indígena de Población y Viviendas 2002 elaborado por la DGECC del Paraguay (expediente de anexos a la contestación, tomo VIII, anexo 6. 1, folios 3602 y 3603).

16 Cfr. Propuesta de Política Pública para el Desarrollo Social 2010-2020, elaborada el 25 de febrero de 2010 (expediente de anexos presentados por el Estado en la audiencia pública, tomo IX, anexo XIX, folio 409 1).

1.2. La Comunidad Xákmok Kásek y el reclamo territorial de sus miembros

64. El proceso de colonización en el Chaco paraguayo también afectó a la Comunidad Xákmok Kásek. En 1930 la Iglesia Anglicana estableció la misión de “Campo Flores” con el fin de continuar con la “cristianización” de los Enxet y en 1939 fundó la sub-estación misionera de Xákmok Kásek en el lugar donde se asentó la Comunidad hasta el año 2008¹⁷ (*infra* párr. 77). De acuerdo a la historia particular de la Comunidad, relatada por uno de sus actuales líderes, los Sanapaná estaban “desde mucho antes” en la zona donde después se fundó la Estancia Salazar¹⁸, inclusive mucho antes de la Guerra del Chaco (1932-1935) y antes de la llegada del primer ocupante extranjero “estaban los [e]nxet lengua y su toldería en Xákmok Kásek”¹⁹.

65. De acuerdo a la prueba aportada, la Comunidad Xákmok Kásek está conformada por 66 familias y un total de 268 personas²⁰; se creó a partir de miembros de las aldeas Sanapaná que tradicionalmente habitaban y recorrían el espacio posteriormente ocupado por la Estancia Salazar, y miembros de la aldea Enxet asentada en el lugar que le dio su nombre a la Comunidad, y que significa “muchas cotorritas”²¹, así como por la familia

17 Cfr. Informe Antropológico del Centro de Estudios antropológicos de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (en adelante “CEADUC”), firmado por Miguel Chase Sardi, de 21 de diciembre de 1995 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folios 736 a 749 y apéndice 3 tomo IV, folios 1732 a 1746); Revista “*The Magazine of the South American Missionary Society*” de enero de 1939 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 365); Revista “*The South American Missionary Society Magazine*” de enero y febrero de 1941, *supra* nota 49, folio 371, y declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

18 Cfr. Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folios 597 a 599; Informe Socio-Antropológico de la Comunidad Xákmok Kásek elaborado por la Dirección Jurídica del INDI (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 841), y declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* párr. 28. La Estancia Salazar se creó alrededor de 1945 en la zona del Chaco Central y llegó a ocupar una zona de 10.000 hectáreas. Luego de progresivos desprendimientos (aprox. 71.142 has), pasó a comprender un espacio de alrededor de 26.434 hectáreas (Cfr. Eaton y Cía. S.A. “Frente a un pedido de expropiación”, expediente de anexos entregados por el Estado en la audiencia pública, tomo IX, anexo X, 3785 a 3811, y declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, rendida ante fedatario público (expediente de fondo, tomo II, folios 659-664).

19 Cfr. Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folio 597.

20 Cfr. Censo de la Comunidad actualizado el 16 de octubre del 2009 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VI, anexo 10, folios 2762 a 2783); censo de la Comunidad Xákmok Kásek, asentada en las 1.500 hectáreas, sin fecha (expediente de anexos a la contestación, anexo 6.2, tomo VIII, folios 3618 a 3626); censo de la Comunidad Indígena elaborado por los representantes, actualizado el 30 de agosto del 2008 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo I, folios 320 a 336), y censo Indígena Salazar Febrero 2008 (expediente de anexos a la contestación, anexo 6.2, tomo VIII, folios 3221 a 3617).

21 En algunas oportunidades se tradujo como “nidal de loritos” (escrito de demanda, expediente de fondo, folio 23); en otras como “nido de pajarito” (declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28.). Igualmente, los propietarios privados explican que la Estancia Salazar ha sido conocida

Dermott de ascendencia enxet que llegó a la zona en 1947²².

66 Cuando los indígenas de las distintas aldeas se concentraron en el casco de la Estancia Salazar, que quedaba cerca del lugar llamado Xákmok Kásek, poco a poco se fueron mezclando (*supra* párr. 40). Entre 1953²³ y marzo de 2008 el asentamiento principal de la Comunidad se encontraba en el mencionado casco de la Estancia Salazar, ubicado en el Km. 340 de la Ruta Transchaco, en el distrito de Pozo Colorado, departamento de Presidente Hayes, Región occidental del Chaco²⁴.

67. El 28 de diciembre de 1990²⁵ los líderes de la Comunidad iniciaron un procedimiento administrativo ante el Instituto de Bienestar Rural (actualmente Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra, en adelante “IBR” o “INDERT”), con el fin de recuperar sus tierras tradicionales, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley No. 904/8 1 sobre el “Estatuto de las Comunidades Indígenas”²⁶.

68. La Comunidad reclama una extensión de 10.700 hectáreas, que forman parte de su territorio tradicional, ubicadas al interior de la Estancia Salazar, en los alrededores de una zona denominada “Retiro Primero” o *Mompey Sensap*

por distintos nombres, entre ellos, “Estancia Laguna Koncit” que, en enlhet, al parecer significa “lugar de muchas cotorritas”. *Cfr.* Una breve reseña histórica de los Kent, Mobsbye, Eaton en el Chaco. Fortin Juan de Salazar y Espinoza (expediente de anexos entregados en la audiencia pública por el Estado, anexo X, tomo IX, folio 3836).

- 22 *Cfr.* Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folios 594 a 596. El Estado indicó que la Comunidad Xákmok Kásek era relativamente nueva y se había desprendido de una comunidad preexistente, “cuyo lugar original de residencia, lo ha constituido básicamente en una zona denominada Misión Inglesa y ‘El Estribo’”. Sin embargo, no aportó prueba que sustentara dicho alegato (contestación de la demanda, expediente de fondo, tomo 1, folios 370 y 371).
- 23 *Cfr.* Informe Socio-Antropológico de la Comunidad Xákmok Kásek, *supra* nota 56, folio 84 1, y declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 56, folio 597.
- 24 *Cfr.* Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folio 735; Informe Socio-Antropológico de la Comunidad Xákmok Kásek, *supra* nota 18, folios 838 a 853; Informe de inspección ocular realizada por el Ing. Pastor Cabanellas el 17 de mayo de 1991 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folios 791 a 793), e Informe de la ampliación ocular de 22 de septiembre de 1992 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 883).
- 25 De acuerdo a los representantes en 1986, el señor Ramón Oviedo, líder de la comunidad indígena, solicitó al INDI 200 hectáreas, parte de sus tierras ancestrales; pero dicha petición no logró mayores trámites por parte del INDI. Esta afirmación no fue negada ni contestada por el Estado (expediente de fondo, folio 23 1). Asimismo, según los líderes de la Comunidad Marcelino López y Clemente Dermott, declarantes ante este Tribunal, el expediente correspondiente a dicha solicitud inicial se perdió y por ello se inició una nueva solicitud en 1990. *Cfr.* Declaración de Marcelino López rendida ante fedatario público (escrito de argumentos y solicitudes, expediente de fondo, tomo II, folios 23 1 y 582, y Declaración de Clemente Dermott, rendida ante fedatario público el 25 de marzo de 2010 (expediente de fondo, tomo II, folio 645).
- 26 *Cfr.* Ley 904/8 1 Estatuto de las Comunidades Indígenas del 18 de diciembre de 1981 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folios 2399 a 2425).

en la lengua de la Comunidad²⁷. El asentamiento principal de la Comunidad hasta principios del 2008 (*supra* párr.), aún cuando forma parte del territorio ancestral de la Comunidad, no es parte de la extensión de 10.700 hectáreas reclamadas.

69. Para el momento de la solicitud de reivindicación, las tierras reclamadas formaban parte de una finca propiedad de Eaton y Cía. S.A.²⁸. A finales del 2002 parte del territorio en reivindicación (3.293 hectáreas) fue adquirido por la Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee²⁹. En consecuencia, el territorio reclamado por la Comunidad actualmente es propiedad de Eaton y Cía. S.A y la Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee Ltda³⁰.

70. Ante el fracaso de la vía administrativa, los líderes de la Comunidad acudieron directamente al Congreso de la República el 23 de junio de 1999 para solicitar la expropiación de las tierras en reivindicación³¹.

71. Frente a dicha solicitud, el propietario privado presentó un informe ante el Congreso, en el que expuso que no era necesario expropiar las tierras reclamadas, pues “[e]n esta fracción de tierras se as[entaba] el corazón del establecimiento ganadero[, y que] existían tierras disponibles y colindantes con la fracción pretendida”³².

27 La Comunidad originalmente solicitó 6.900 hectáreas, luego aumentó su solicitud a 20.000 hectáreas, y finalmente disminuyó su solicitud a 10.700 hectáreas, “porque parecía que si bajábamos el Estado se iba a animar a devolvernos las tierras y también porque gente de la [C]omunidad que no aguantaba más tuvo que salir”. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 582. En el mismo sentido, comunicación de los líderes de la Comunidad dirigido al Presidente del IBR de 11 de noviembre de 1993 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 898), y solicitud de la Comunidad ante el IBR de 28 de diciembre de 1990 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 780).

28 *Cfr.* Informe de inspección ocular realizada por el Ing. Pastor Cabanellas, *supra* nota 62, folios 791 a 795.

29 *Cfr.* Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 18, folio 662; declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 63, folio 647; nota de prensa de 3 de abril de 2003 titulada “Sawatzky dice que desconocía reclamo de Enxet” (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1584); nota de prensa de 1 de abril de 2003, titulada “Menonitas ofrecen al INDI tierra reclamada por nativos” (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3 tomo IV, folio 1583); nota de prensa de 7 de enero de 2003 titulada “Eaton y Cía. vendió tierra reclamada por indígenas” (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1576), y nota de prensa de 7 de febrero de 2003 titulada “Nativos insisten en recuperar tierras vendidas a menonitas” (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1575).

30 *Cfr.* Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 18, folio 662; declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 581; peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folios 948 y 949, y peritaje de Antonio Spiridinoff rendido ante fedatario público (expediente de fondo, tomo II, folio 614).

31 *Cfr.* Solicitud de expropiación realizada por la Comunidad el 23 de junio de 1999 dirigida a la Cámara de Senadores del Congreso de la República (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folios 1837 a 1846).

32 *Cfr.* Informe denominado “Estancia Salazar frente a un pedido de expropiación” *supra* nota 56, folio 3792).

72. El 16 de noviembre de 2000 la Cámara de Senadores de Paraguay rechazó el proyecto de ley de expropiación de las tierras reclamadas por la Comunidad³³.

73. De acuerdo a la Presidenta del INDI, existe “una resistencia [de la sociedad en general] de ceder generalmente en ese sentido hacia las reivindicaciones de los pueblos indígenas”, así como “históricamente el [C]ongreso [N]acional se ha opuesto a las expropiaciones”³⁴.

74. La vida de los miembros de la Comunidad al interior de la Estancia Salazar estaba condicionada por restricciones al uso del territorio, derivadas de la propiedad privada sobre las tierras que ocupaban. En particular los miembros de la Comunidad tenían prohibido cultivar o tener ganado³⁵. Sin embargo, a pesar de estar asentados en una pequeña porción del territorio tradicional, recorrían sus tierras³⁶ y practicaban ciertas actividades como la cacería, aunque fuera difícil³⁷. Asimismo, muchos de los miembros de la Comunidad trabajaban en la Estancia Salazar³⁸.

75. No obstante, consta de las declaraciones rendidas ante esta Corte que en los últimos años los miembros de la Comunidad se vieron cada vez más restringidos para el desarrollo de su modo de vida, así como en cuanto a la movilidad dentro de la extensión de la Estancia Salazar. Varios de los declarantes relataron como la cacería se prohibió por completo³⁹, el propie-

33 Cfr. Resolución No. 693 de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 2384). El 23 de septiembre de 2000 la Comisión de Reforma Agraria y Bienestar Rural de la Cámara de Senadores aconsejó la aprobación de la expropiación a favor de la Comunidad, sin embargo, el 9 de noviembre de 2000 se retractó de dicho dictamen (Cfr. Dictamen No. 1 1-2000/200 1 de 9 de noviembre de 2000, de la Comisión de Reforma Agraria y Bienestar Rural de la Cámara de Senadores, expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 2382); Proyecto de Ley presentado ante la Cámara de Senadores el 25 de junio de 1999, expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 238 1, y dictamen No. 18-2000-200 1 de la Comisión de Reforma Agraria y Bienestar Rural de la Cámara de Senadores (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 2383).

34 Cfr. Declaración de Lida Acuña, *supra* nota 17, y declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

35 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folios 74 1 y 743, y declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 55, folio 598.

36 Cfr. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 580.

37 Cfr. Declaración de Gerardo Larrosa rendida ante fedatario público el 25 de marzo de 20 10 (expediente de fondo, tomo II, folios 604 a 609), y declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folio 595).

38 Cfr. Declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28; declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 586, e Informe del CEADUC, *supra* nota 17, folio 7 12 y 7 13.

39 Cfr. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 580; declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 75, folio 605, y de declaración de Lida Beatriz Acuña, *supra* nota 17, declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28, y declaración de Antonia Ramírez, *supra* nota 28 folio 1 15 1.

tario privado contrató a guardias particulares que controlaban sus entradas, salidas y desplazamientos⁴⁰, y tampoco pudieron practicar otras actividades como pesca o recolección de alimentos⁴¹.

76. Ante estas dificultades, los líderes de las Comunidades Nepoxen, Saria, Tajamar Kabayu y Kenaten, todas ellas de origen Angaité (en adelante “las comunidades Angaité”), acordaron con los líderes de la Comunidad Xákmok Kásek el 16 de abril de 2005 la cesión de 1.500 hectáreas a favor de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek⁴². A estas comunidades Angaité el INDI había restituido 15.113 hectáreas en 1997⁴³. En septiembre de 2005 los líderes de la Comunidad solicitaron al INDI la titulación de dicha extensión de tierras a su favor⁴⁴. Posteriormente, al aceptar la titulación de dicha extensión de tierra, los miembros de la Comunidad “reafirma[ron su] firme postura de seguir en la lucha [por] la reivindicación de [su] territorio restante que es en total 10.700 hectáreas”⁴⁵.

77. El 25 de febrero de 2008, debido al incremento de las dificultades en la Estancia Salazar, los miembros de la Comunidad se trasladaron y asentaron en las 1.500 hectáreas cedidas por las comunidades Angaité. Se denominó a este nuevo asentamiento como “25 de Febrero”⁴⁶, el cual se encuentra fuera de las tierras reclamadas⁴⁷.

40 Cfr. Declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 75, folio 505, declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 580, declaración de Antonia Ramírez, *supra* nota 28, folios 1 15 1, 1 152 y 1 156, y declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 63, folio 650.

41 Cfr. Declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 75, folio 605, declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

42 Cfr. Acta de Acuerdo de 16 de abril de 2005 firmada por los líderes de las comunidades de Nepoxen, Saria, Tajamar Kabayu, Kenaten y Xákmok Kásek (expediente de documentos entregados en la audiencia pública por el Estado, tomo IX, anexo VI, folios 373 1 y 3732); declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28. Dichas comunidades también eran conocidas como la Comunidad de Cora-i (Cfr. Declaración testimonial de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17).

43 Cfr. Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 18, folio 659, y declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

44 Cfr. Comunicación de la Comunidad de 9 de septiembre de 2005 dirigida al INDI (expediente de documentos entregados en la audiencia pública por el Estado, tomo IX, anexo VI, folio 3730).

45 Cfr. Acta de reunión de la Comunidad de 2 de mayo de 2009 (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 7, tomo VI, folio 2736).

46 Cfr. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 580; declaración de Gerardo Larrosa *supra* nota 75, folio 605; declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28; declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 25, y declaración de Antonia Ramírez, *supra* nota 28.

47 Rodrigo Villagra Carron explicó que el asentamiento “25 de febrero” quedaba a 35 Km. de la Estancia Salazar; mientras que Clemente Dermott explicó que quedaba a 35 Km. de la Ruta Transchaco. Cfr. Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17, y declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 25, folio 645.

78. Hasta la presente fecha no se han titulado las tierras de “25 de Febrero” a favor de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, donde se encuentra asentada actualmente.

79. Al desplazarse de su antiguo asentamiento algunos miembros de la Comunidad se separaron de la misma y se trasladaron a otras comunidades⁴⁸.

1.3. Declaración de reserva natural privada sobre parte del territorio reclamado

80. El 31 de enero de 2008 la Presidencia de la República declaró 12.450 hectáreas de la Estancia Salazar como un área silvestre protegida bajo dominio privado, por un período de 5 años⁴⁹. De las tierras afectadas, aproximadamente 4.175 hectáreas forman parte de las 10.700 hectáreas reclamadas por la Comunidad desde 1990⁵⁰.

81. Dicha declaratoria de reserva natural se realizó sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial⁵¹. Ello fue confirmado por la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente, la cual concluyó que el proceso a través del cual se declaró como reserva natural a parte de la Estancia Salazar padecía de serias irregularidades, entre las cuales se encontraba no haber tomado en cuenta la existencia del reclamo de la Comunidad, por lo cual debería ser revocado⁵².

82. De acuerdo a la Ley No. 352/94, que establece el régimen legal aplicable a las Áreas Silvestres Protegidas, aquellas que se encuentren bajo dominio privado serán inexpropiables durante el lapso de validez de la declaratoria⁵³. Además, dicha Ley establece restricciones de uso y dominio, entre las

48 Cfr. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folios 586 y 587.

49 Cfr. Decreto No. 1.804 de la Presidencia de la República por el cual se declara como Área Silvestre Protegida bajo Dominio Privado la Reserva denominada “Estancia Salazar” de 31 de enero de 2008 (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folios 2429 a 2435 y 2429 a 2435).

50 Cfr. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad ante la Corte Suprema de Justicia el 31 de julio de 2008 (expediente de anexos a la contestación, anexo 1.9, tomo VIII, folio 3416); Mapa de la Reserva natural privada “Estancia Salazar” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, anexo 4, tomo VI, folio 2711), y Mapa del Territorio Tradicional de la Comunidad Xákmok Kásek y Tierras Reivindicadas (expediente de anexos al escrito de argumentos y pruebas, anexo 4, tomo VI, folio 2712).

51 Cfr. Declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 584, y declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 25, folio 648.

52 Cfr. Dictamen de la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente de 24 de diciembre de 2009 (expediente de anexos a la contestación, anexo 1.8, tomo VIII, folios 3382 a 3388).

53 Cfr. Artículo 56 de la Ley No. 352/1994 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos, tomo X, folio 4543).

cuales se encuentra la prohibición de la ocupación de todo el terreno, así como actividades tradicionales de los miembros de la Comunidad como la caza, pesca y recolección⁵⁴. Esta regulación penaliza las infracciones a tales prohibiciones⁵⁵ y asigna un guardaparques, quien puede estar armado⁵⁶ y efectuar arrestos⁵⁷.

83. El 31 de julio de 2008 la Comunidad promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, en contra de la mencionada declaración de reserva natural⁵⁸.

84. Como consecuencia de la interposición de dicha acción se notificó a la Fiscalía General del Estado, la cual solicitó el 2 de octubre de 2008 la interrupción del plazo para contestar a dicha acción, debido a la necesidad de agregar el expediente administrativo relativo a la reclamación de tierras por parte de la Comunidad⁵⁹. Dicho plazo efectivamente se interrumpió el 24 de octubre de 2008 y, a pesar de que los representantes de la Comunidad remitieron el 14 de diciembre de 2009 una copia autenticada del expediente administrativo⁶⁰, dicho procedimiento todavía se encuentra suspendido⁶¹.

2. El derecho a la propiedad comunitaria

85. Este Tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana⁶².

54 Cfr. Artículo 24.b, 27 y 64 de la Ley No. 352/ 1994, *supra* nota 9 1, folios 4537 a 4546; Dictamen de la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente, *supra* nota 90, folios 3382 a 3388, y Cuadernillo sobre la reserva natural privada “Estancia Salazar” (expediente de anexos a la contestación, anexo 3.1, tomo VIII, folio 3469).

55 Cfr. artículo 58 de la Ley No. 352/ 1994, *supra* nota 53, folios 4543 y 4544.

56 Cfr. artículo 44 de la Ley No. 352/ 1994, *supra* nota 53, folio 454 1.

57 Cfr. artículo 45 de la Ley No. 352/ 1994, *supra* nota 53, folio 454 1.

58 Cfr. Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad, *supra* nota 50, folios 34 15 a 3427.

59 Solicitud de interrupción del plazo ante la Corte Suprema de Justicia (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 1.8, tomo VIII, folio 3428).

60 Cfr. Escrito de los representantes de 14 de diciembre de 2009 dirigido a la Sala Constitucional (expediente de anexos a la contestación, anexo 1.9, tomo VIII, folio 3435).

61 Cfr. Nota S.J. I No. 2 11 de 21 de mayo de 20 10 suscrita por el Secretario Judicial I de la Corte Suprema de Justicia y dirigida a la Dirección de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia (expediente de anexos a los alegatos finales del Estado, anexo 24, tomo VIII, folio 4593).

62 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 137; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 1 18, y *Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, *supra* nota 16, párr. 88.

86. Además, la Corte ha tenido en cuenta que entre los indígenas

existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁶³.

87. Asimismo, la Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”⁶⁴. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas⁶⁵.

88. En el presente caso no está en discusión que la legislación paraguaya reconoce la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunitarias de su dominio sobre sus tierras, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance y contenido del artículo 21 de la Convención.

89. El Estado no niega que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek tienen el derecho a la propiedad comunitaria de su territorio tradicional, y que la caza, pesca y recolección sean elementos esenciales de su cultura.

63 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 118, y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, *supra* nota 16, párr. 90.

64 Cfr. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *supra* nota 101, párr. 149; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 120, y *Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, *supra* nota 16, párr. 89.

65 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 120.

La controversia en el presente caso se centra en la necesidad de restituir específicamente las tierras reclamadas por los miembros de la Comunidad y la realización efectiva del derecho a la propiedad, ambas cuestiones que el Tribunal pasará a analizar *infra*.

2. 1. Cuestiones relativas a las tierras reclamadas

2. 1. 1. Carácter tradicional de las tierras reclamadas

90. La Corte observa que el Estado, a pesar de señalar que “no niega sus obligaciones de restituir derechos a estos pueblos”, cuestiona el carácter ancestral de las tierras reclamadas por la Comunidad. Paraguay alegó que los ancestros de las víctimas “habitaron un territorio de más extensión que los reclamados en esta demanda, dentro del cual se movilizaban y mantenían en permanente migración interna”. Afirmó que “la Comunidad Xákmok Kásek estaba dispersa a lo largo de su vasto territorio ancestral, habiéndose asentado por cuestiones de voluntad en la zona de la Estancia Salazar”, y que “[l]o cierto y lo concreto es que las estancias que hoy reclaman como el asiento de sus ancestros, nunca fue asiento definitivo de la [C]omunidad”. Según el Estado, debido a “su condición de pueblos nómadas, alguna vez sí han pasado accidentalmente por tales fincas, lo cual no les habilita para reclamar unas estancias en plena explotación como suyas”.

91. La Comisión indicó que “mientras la [C]omunidad [...] Xákmok Kásek alude a su territorio ancestral comunitario y lo reivindica específicamente, el Estado se refiere al territorio ancestral de los Enxet-Lengua como un todo y, sobre esa base afirma que se puede otorgar un predio alternativo dentro de ese amplio territorio étnico”. Explicó que las 10.700 hectáreas reclamadas por la Comunidad corresponden a su “territorio ancestral específico”, lo cual se evidencia del criterio propio de la Comunidad, la toponimia del territorio y la realización de prácticas culturales tradicionales en el territorio, incluso de forma clandestina; de documentos técnicos oficiales o elaborados por encargo del Estado y de la ocupación histórica de dicho territorio. Resaltó que la postura del Estado “pretende desconocer que los pueblos indígenas del Chaco están conformados por múltiples comunidades, algunas de composición multiétnica [...], cada una de las cuales tiene su historia específica y particular, que ha producido lazos claros con una porción concreta del territorio chaqueño”. En ese sentido, señaló que la Comunidad Xákmok Kásek “construyó históricamente su afiliación cultural a un territorio determinado – el del Retiro Primero de la Estancia Salazar que están reivindicando”.

92. Los representantes indicaron que la Comunidad “reclama solamente la restitución de una pequeña parte de su territorio ancestral”, la cual está claramente determinada y es conocida e identificada por miembros de la Comunidad como *Mompey Sensap* (hoy Retiro Primero) y *Makha Mompena* (hoy Retiro Kuñataí). Resaltaron que las tierras reclamadas han sido identificadas en “la memoria colectiva, aún viva en la [C]omunidad y sus miembros quienes asocian y vinculan clara y sistemáticamente eventos, lugares, recuerdos y prácticas de economía tradicional en el espacio geográfico de referencia”.

93. En relación al carácter tradicional de las tierras reclamadas, la Corte analizará: a) la ocupación y recorrido de dichas tierras y sus alrededores por los miembros de la Comunidad; b) la toponimia de la zona; c) estudios técnicos elaborados al respecto, y d) la alegada idoneidad de las tierras reclamadas.

a) Ocupación y recorrido del territorio tradicional

94. El Tribunal considera que está probado el carácter originalmente nómada de los pueblos a los que pertenece la Comunidad y el hecho de que el territorio tradicional de la misma abarca una extensión mayor a la reclamada (*supra* párrs. y), lo cual no ha sido controvertido por las partes. Ahora bien, el perito Braticevic explicó que el nomadismo de los pueblos del área implicaba que éstos se desplazaban por su territorio de manera radial o circular siguiendo un ciclo o período anual⁶⁶. En el mismo sentido se pronunció el perito Braunstein⁶⁷.

95. Los lugares señalados por miembros de la Comunidad como aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes en su historia obedecen a este patrón de recorrido y apropiación de territorio expuesto por los peritos ante esta Corte⁶⁸. De esta forma y atendiendo a los criterios científicos presentados, el territorio tradicional específico de la Comunidad Xákmok Kásek es determinable. Aún cuando la Corte desconoce la extensión precisa de dicho territorio, ya que no fue probada en el expediente, observa que ello coincide con el territorio siempre señalado como tradicional por los miembros de la Comunidad, es decir la Estancia Salazar y alrededores, y es menor al territorio ancestral de 175.000 hectáreas correspondiente a los pueblos étnicos a los que pertenece la Co-

66 Peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folio 4244.

67 Peritaje de José Alberto Braunstein, *supra* nota 22, folios 276 a 277.

68 *Cfr.* Mapa titulado Topónimos y Puntos Geográficos conforme la declaración de Tomás González Dermott de Xákmok Kásek (expediente de fondo, tomo II, folio 602), y Mapa titulado Territorio Tradicional de la Comunidad Xákmok Kásek y Tierras Reivindicadas, *supra* nota 88, folio 27 12.

munidad⁶⁹. Es de resaltar que el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad.

96. El perito Braticevic expresó que la familia Enlhet-Enenlhet “habitó esta área del Chaco desde tiempos inmemoriales” y que no había objeciones en cuanto a la determinación del territorio ancestral de la Comunidad Xákmok Kásek alrededor de la mencionada estancia⁷⁰. Esto encuentra apoyo adicional en el mapa de aldeas Enlhet-Enenlhet presentado por los representantes, donde se identifica a la zona denominada Lha’acme-Caasec, como una de sus aldeas⁷¹.

97. Asimismo, de conformidad con la historia de las comunidades indígenas en el Chaco paraguayo (*supra* párrs. a), muchas aldeas indígenas, entre ellas los ascendientes de la Comunidad, se asentaron alrededor de dichas misiones religiosas y en los cascos de las estancias ganaderas⁷². En el caso particular de la Comunidad Xákmok Kásek, en el lugar que le dio el nombre a la Comunidad se fundó una misión religiosa en 1939 (*supra* párr.). Tomás Dermott relató que ahí “estaban los Enxet lengua y su toldería en Xakma Kásek”, mucho antes de que llegara el primer ocupante extranjero (*supra* párr.)⁷³. Asimismo, el testigo Rodrigo Villagra Carron explicó que cuando se formó la Estancia Salazar, el propietario privado ordenó que las distintas aldeas indígenas de la zona se integraran y se fueran a vivir al casco de la Estancia para tener un mayor control⁷⁴. Entonces, como explica Tomás Dermott, los Sanapaná que en esa zona “acampaban y recorrían a gusto, tenían chacras, [y] cazaban”, “salieron de sus aldeas y fueron a buscar trabajo”, juntándose algunos cerca del casco de la Estancia⁷⁵ (*supra* párrs. 40, 65 y 66, 65 y 66). El peritaje presentado por el Estado coincide con esta relación de hechos⁷⁶.

98. Desde su asentamiento en el casco de la Estancia Salazar hasta fechas recientes (*supra* párrs. y), los miembros de la Comunidad continuaron reco-

69 Cfr. Informe del CEADUC, *supra* nota 17, folio 735 y 741.

70 Peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folio 4243.

71 Cfr. Mapa *Apcaoclha Chaco* (“Región del Chaco en idioma Enlhet) (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, tomo VII, anexo 15, folio 29 12).

72 Declaración de Rodrigo Villagrán Carron, *supra* nota 17.

73 Cfr. Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folio 597.

74 Cfr. Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

75 Cfr. Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folio 597.

76 Específicamente, Sergio Ivan Braticevic manifestó que “la Estancia Salazar actuó como un lugar centripeto para las comunidades que se encontraban a su alrededor, sin negar un fenómeno habitual en el área, la migración en busca del trabajo”. Peritaje de Sergio Ivan Braticevic, *supra* nota 17, folio 4245.

rriendo este territorio tradicional y haciendo uso de sus recursos, con ciertas limitaciones impuestas por los propietarios privados. Justamente cuando las restricciones de movilización y desarrollo de actividades tradicionales de subsistencia se hicieron demasiado difíciles, fue que los miembros de la Comunidad decidieron salir y ubicarse en el lugar denominado “25 de Febrero” (*supra* párrs. a 78).

99. Asimismo, el Tribunal observa que el área actualmente reclamada por la Comunidad alrededor del Retiro Primero (*supra* párr.) constituye una porción de ese mayor territorio tradicionalmente recorrido, e incluye puntos importantes dentro de la vida, cultura e historia de la Comunidad⁷⁷.

b) Toponimia de la zona de acuerdo a la Comunidad

100. Con respecto a la toponimia de la zona, la Corte recuerda que la ocupación tradicional del territorio de los pueblos indígenas del Chaco se evidencia principalmente en los nombres otorgados a determinados lugares dentro del mismo, tales como sitios de asentamiento periódico, pozos, lagunas, bosques, palmares, espatillares, zonas de recolección y de pesca, cementerios, etc.⁷⁸.

101. En el presente caso la Comunidad, desde el inicio de su proceso de reivindicación de tierras, ha identificado los lugares que utiliza como referencia de sus tierras tradicionales con nombres en su propia lengua. Es así como en la solicitud original ante el IBR (*supra* párr.), los líderes de la Comunidad indicaron que dichas tierras deb[í]an abarcar “los sitios Mopae Sensap, Yagkamet Wennaktee, Naktee Sagye y Mosgamala, y debía alcanzar hasta Xakmaxapak en el Sur”⁷⁹. Asimismo, en el único informe antropológico elaborado a nivel interno se concluyó que “dentro del territorio [en

77 Tomás Dermott relata que en Makha Mompene (lugar dentro de las 10.700 hectáreas reclamadas) “había y hay muchos tipos de plantas medicinales y para estudio [c]hamánico. Muchos de los chamanes Sanapaná iban allí para buscar esas plantas, consumirlas y así aprender a curar, allí hay muy buenos panaktema ‘remedios’. Los Sanapanás también tenían muchas chacras en esa zona, Retiro Primero, y solían recorrerla para cacería, allí cerca hay una cañada grande llamada Mompey Sensap, ‘Mariposa Blanca’. La gente tenía chacras allí”. *Cfr.* Declaración de Tomás Dermott, *supra* nota 24, folio 595.

78 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra* nota 5, párr. 50.4.

79 *Cfr.* Solicitud de la Comunidad ante el IBR de 28 de diciembre de 1990, *supra* nota 65, folio 780. De hecho cuando la Comunidad reiteró su pedido en 1994, con ocasión de una audiencia de conciliación indicó que debía realizarse una “mensura para determinar el lugar exacto de la pretensión de la Comunidad [porque] los lugares pretendidos, son conocidos únicamente con los nombre[s] tradicionales de [los] Indígenas”. *Cfr.* Acta No. 7 de la audiencia celebrada entre las partes el 11 de febrero de 1994 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo 3, folios 905 a 908).

reivindica[ci]ón], los indígenas t[enían] un conocimiento profundo de los lugares tradicionales y sus nombres”⁸⁰.

c) Estudios técnicos

102. Con respecto a los estudios técnicos elaborados en relación al carácter tradicional de las tierras reclamadas, en primer lugar, el Tribunal observa que, aunque pocos, los documentos y estudios realizados durante el proceso de reivindicación de tierras en sede interna han afirmado el carácter tradicional de las tierras reclamadas por la Comunidad⁸¹. En segundo lugar, los peritajes de Antonio Spiridinoff y Sergio Iván Braticevic confirman el carácter tradicional de las tierras reclamadas⁸².

d) Idoneidad de las tierras reclamadas

103. Por último, en relación a la idoneidad de las tierras reclamadas, el informe antropológico elaborado por el Centro de Estudios Antropológicos de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (en adelante “CEADUC”), concluye específicamente que las tierras reclamadas son aptas e idóneas para el desarrollo de la Comunidad⁸³.

104. Asimismo, en su peritaje, Antonio Spiridinoff observa que la justificación técnica utilizada de base para la declaratoria de la Reserva Natural privada en la Estancia Salazar, más allá de obviar la reclamación indígena, justifica el potencial de uso para una comunidad indígena⁸⁴. A su vez, Sergio Iván Braticevic no niega la mayor idoneidad de las tierras reivindicadas en comparación con otras posibles. De hecho, el perito expresamente sostiene que se debía “priorizar [la] porción de tierra [reclamada]”, y que en caso de la acción de inconstitucionalidad en contra de la declaratoria de reserva natural privada no fuere favorable y “se agotasen todas las alternativas jurídicas”, entonces se debía recurrir a tierras alternativas a las reclamadas⁸⁵.

80 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folio 740.

81 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folio 747; Dictamen No. 2476 de la Jefatura de Abogacía Indígena del IBR de 5 de noviembre de 1991 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 864), y Memorándum del Presidente del INDI de 22 de agosto de 1995 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folios 859 y 860).

82 Cfr. Peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folio 4235 a 4252, y peritaje de Antonio Spiridinoff, *supra* nota 68, folios 6 13 a 6 16.

83 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 55, folio 1736.

84 Cfr. Peritaje de Antonio Spiridinoff, *supra* nota 30, folio 6 15.

85 Cfr. Peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folio 4248.

105. Igualmente, el testigo Villagra Carron explicó que las tierras reclamadas fueron las reivindicadas porque “hay un vínculo específico con cementerios en esas tierras, porque los ascendientes Sanapaná tuvieron varias aldeas en esa zona, y porque esas tierras son las más aptas para vivir[, ya que] [...] entre Xámok Kásek y Mompey Sensap existe la mayor diversidad biológica que permite el sustento para la familia”⁸⁶.

106. Aunado a lo anterior, el Tribunal advierte que el Estado no ha controvertido la alegada idoneidad de las tierras reclamadas. La defensa del Estado se ha limitado a indicar su imposibilidad de otorgar dichas tierras a los miembros de la Comunidad –cuestión que se examinará *infra*- sin negar lo anterior. Igualmente, el Estado se limita a insistir en el otorgamiento de tierras alternativas sin controvertir lo afirmado por la Comunidad, sus representantes y la Comisión.

*

* *

107. Por lo tanto, la Corte considera que en virtud de la historia de ocupación y recorrido del territorio por parte de los miembros y ascendientes de la Comunidad, la toponimia de la zona otorgada por sus miembros, las conclusiones de los estudios técnicos realizados al respecto, así como las consideraciones relativas a la idoneidad de dichas tierras dentro del territorio tradicional, la porción de 10.700 hectáreas en los alrededores del Retiro Primero o *Mompey Sensap* y del Retiro Kuñataí o *Makha Mompema*, reclamadas por la Comunidad, son sus tierras tradicionales y, conforme a esos estudios técnicos, se desprende que son las más aptas para el asentamiento de la misma.

2.1.2. Posesión de las tierras reclamadas y su exigencia para el reconocimiento de la propiedad comunitaria

108. En relación a la posesión de las tierras reclamadas, la Comisión consideró que el Estado está obligado a reconocer y responder el reclamo de la Comunidad “aún cuando no tengan plena posesión de las mismas y se encuentren en manos privadas”. Los representantes alegaron que la Comunidad “ha mantenido una forma de posesión parcial sobre las tierras que reclaman y los alrededores en cuanto al acceso a los recursos naturales”. Agregaron que los miembros de la Comunidad han desarrollado sus actividades tradicionales en las tierras bajo reclamación “desde antes de la transferencia de

86 Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

las tierras a la empresa Eaton y Cía., hasta el comienzo del 2008[,] cuando aquellas actividades les fueron prohibidas con el establecimiento de la reserva [natural] privada”. El Estado sostuvo que “los peticionarios no tienen la propiedad debidamente inscri[ta] en el Registro de Inmuebles, ni la posesión del inmueble pretendido”.

109. El Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas⁸⁷, según la cual: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado⁸⁸; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro⁸⁹; 3) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas⁹⁰; 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 fe⁹¹, 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 calidad⁹².

110. Adicionalmente, tal como se estableció en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhomaxa*, Paraguay reconoce el derecho de los pueblos indígenas a solicitar la devolución de sus tierras tradicionales perdidas⁹³, inclusive cuando se encuentren bajo dominio privado y no tengan plena posesión de las mismas⁹⁴. En efecto, el Estatuto de Comunidades Indí-

87 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 5, párrs. 131; *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 128, y *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, supra nota 16, párr. 89.

88 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, supra nota 10 1, párr. 15 1, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 128.

89 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, supra nota 10 1, párr. 15 1, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 128.

90 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, supra nota 10 1, párr. 164; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 7, párr. 2 15, y *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, supra nota 16, párr. 194.

91 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 133, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 128.

92 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párrs. 128 a 130.

93 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 5, párrs. 138 a 139, y *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 129.

94 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 5, párrs. 135 a 149, y *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, supra nota 20, párrs. 127 y 130.

genas paraguayo consagra el procedimiento a seguirse para la reivindicación de tierras bajo dominio privado⁹⁵, el cual es precisamente el supuesto del presente caso.

111. En este caso, si bien los miembros de la Comunidad no tienen la posesión de las tierras reclamadas, conforme a la jurisprudencia de esta Corte y al derecho interno paraguayo tienen el derecho de recuperarlas.

2.1.3. Vigencia del derecho a reclamar las tierras tradicionales

112. Con respecto a la posibilidad de recuperar las tierras tradicionales, en anteriores oportunidades⁹⁶ la Corte ha establecido que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente. Si esta relación hubiera dejado de existir, también se extinguiría ese derecho.

113. Para determinar la existencia de la relación de los indígenas con sus tierras tradicionales, la Corte ha establecido que: i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura⁹⁷. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales⁹⁸.

114. En el presente caso, la Corte observa que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, *inter alia*, en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de dichas tierras (*supra* párrs. 65, 66, y). Al respecto, el antropólogo Chase Sardi expresó en

95 Cfr. Artículos 24, 25, 26 y 27 de Ley 904/8 1 Estatuto de las Comunidades Indígenas, *supra* nota 26, folios 2399 a 2425.

96 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*, *supra* nota 129, párr. 133; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párrs. 13 1, 135 y 137, y *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párrs. 127 y 13 1.

97 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 154, y *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párrs. 13 1 a 132.

98 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 132.

su informe elaborado en 1995, que la misma seguía “ocupando su territorio y practicando su economía tradicional, no obstante los condicionamientos [que imponía] la propiedad privada”⁹⁹. De particular relevancia resulta que inclusive ante las restricciones impuestas a los miembros de la Comunidad, “igual entrab[an] a cazar a escondidas”¹⁰⁰. Asimismo, algunos miembros de la Comunidad indicaron que cuando vivían en la Estancia Salazar, aunque con serias limitaciones, todavía se practicaba algo de medicina tradicional y los chamanes buscaban plantas medicinales en el monte¹⁰¹, así como enterraban a sus muertos de acuerdo a sus costumbres¹⁰².

115. Aunado a lo anterior, los miembros de la Comunidad se han visto totalmente impedidos, por razones ajenas a su voluntad, de realizar actividades tradicionales en las tierras reclamadas desde principios de 2008, debido a la creación de la Reserva Natural Privada en parte del territorio reivindicado (*supra* párrs. 80 y 82).

116. En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte estima que el derecho que asiste a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek de recuperar sus tierras perdidas permanece vigente.

2. 1.4. Alegada satisfacción del derecho de los miembros de la Comunidad a su territorio tradicional con tierras alternativas

117. El Estado sostuvo que el derecho de los miembros de la Comunidad se podría satisfacer con tierras alternativas a las reclamadas, ya que las tierras tradicionales no se limitan a las tierras reclamadas. No obstante, el Estado no ha indicado cuáles serían estas tierras alternativas, de igual extensión y calidad, que pudieran satisfacer el reclamo de la Comunidad. Si bien aportó una lista de propiedades disponibles en las zonas cercanas al actual asentamiento de la Comunidad, no indicó las características o cualidades de las mismas que pudieran satisfacer los requisitos de calidad necesarios para la sustentabilidad de los Xákmok Kásek¹⁰³.

118. No basta con que existan otras propiedades disponibles. Tal como indicó el perito presentado por el Estado, para el otorgamiento de tierras al-

99 *Cfr.* Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folio 741.

100 Declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 37, folio 605.

101 *Cfr.* Declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 37, folio 607, y Declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28.

102 *Cfr.* Declaración de Maximiliano Ruíz, *supra* nota 28.

103 Lista de propiedades en oferta de venta (expediente de anexos entregados por el Estado en la audiencia pública, anexo 2, tomo IX, folios 3769 a 3774).

ternativas a las reclamadas, éstas deben al menos tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad¹⁰⁴.

119. En este mismo sentido, la Corte observa que los miembros de la Comunidad han rechazado las extensiones de tierras alternativas ofrecidas en distintas oportunidades durante el procedimiento interno, precisamente porque no cumplían los requisitos de calidad necesarios, sin que el Estado en ningún momento refutara este alegato o tomara medida alguna para comprobarlo o negarlo (*infra* nota 148).

120. Asimismo, respecto a las 1.500 hectáreas donde actualmente se encuentra asentada la Comunidad, el Tribunal considera que dicha extensión de tierra difícilmente puede considerarse suficiente y, por ende, satisfactoria del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la misma, cuando ni siquiera cumple el mínimo legal establecido en el Paraguay. En efecto, de acuerdo a la legislación paraguaya, a los miembros de la Comunidad les correspondería un mínimo de 100 hectáreas por familia¹⁰⁵. Siendo que la Comunidad está conformada por 66 familias actualmente (*supra* párr. 65), una superficie de 1.500 hectáreas no constituye una extensión suficiente, particularmente cuando existen informes periciales que consideran que ni siquiera el mínimo legal establecido es suficiente para el desarrollo de las actividades y formas tradicionales de vida de una comunidad como Xákmok Kásek¹⁰⁶.

121. En segundo lugar, aún cuando reconoce que el territorio tradicional de la Comunidad no se limita a las tierras reclamadas, la Corte recuerda que dicho territorio tradicional tampoco se extiende por todo el Chaco Central y Bajo Chaco. Al respecto, el Tribunal reitera sus consideraciones anteriores (*supra* párrs. a), según las cuales la extensión reclamada por la Comunidad son sus tierras tradicionales más óptimas para el asentamiento y desarrollo de la misma. Por lo tanto, el Estado debía y debe aún dirigir sus acciones a efectivizar el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad sobre dichas tierras.

104 *Cfr.* Peritaje de Sergio Iván Braticevic, *supra* nota 17, folio 4248.

105 *Cfr.* Artículo 18 de la Ley No. 904/8 1, *supra* nota 64, folio 2404.

106 En el informe presentado en 1995 por el CEADUC, dentro del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras iniciado por la Comunidad, se consideró que la extensión de 178 hectáreas por familia, que estaba siendo reivindicado por la Comunidad hasta esos momentos, resultaba insuficiente para la conservación y desarrollo de las formas particulares de vida de la Comunidad (*Cfr.* Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 17, folios 735 a 750). En similar sentido se expresó el testigo Rodrigo Villagra Carron (*Cfr.* Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17).

2.2. Acciones del Estado llevadas a cabo para recuperar las tierras tradicionales

122. En virtud de que se ha concluido que las tierras reclamadas son las tierras tradicionales óptimas para el asentamiento de la Comunidad, que la posesión de las mismas no es necesaria y que el derecho de recuperación de dichas tierras tradicionales se encuentra vigente, el Tribunal pasará a examinar las acciones llevadas a cabo por el Estado para garantizar a los miembros de la Comunidad la recuperación de estas tierras.

123. La Comisión alegó que “[l]a ineficacia de los procedimientos establecidos en la legislación paraguaya para hacer efectivo el derecho de propiedad de los pueblos indígenas ha significado concretamente que no se garantice por parte del Estado el derecho de propiedad de la Comunidad [...] a su territorio ancestral”. Asimismo, consideró que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye en sí misma una violación de las obligaciones contraídas por el Paraguay en virtud de la misma. Adicionalmente, señaló que “el retraso en el proce[dimiento] administrativo [...] se ha producido por las actuaciones sistemáticamente demoradas y deficientes de las autoridades estatales”. Insistió en que el marco jurídico paraguayo, desde el punto de vista procesal y sustantivo, no ha permitido ni permite el debido reconocimiento de los derechos de la Comunidad.

124. Los representantes sostuvieron que “el Estado no ha modificado el mecanismo para la restitución territorial indígena”, a pesar del mandato expreso de la Corte en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, por lo que “en este caso se alega [...] la misma situación jurídica [en contra de] una comunidad indígena distinta”, donde la ineficacia del procedimiento establecido en la legislación paraguaya ha impedido la efectividad del derecho a la propiedad. Resaltaron que “el plazo de 20 años que ha operado en el caso *sub judice* difícilmente puede ser calificado como razonable”.

125. El Estado explicó que, a través de sus instancias administrativas, ha realizado todo lo que está a su alcance para que la Comunidad esté en condiciones de reclamar sus derechos, por lo que “[s]ería injusto [...] concluir que el Paraguay ha violado los derechos a la protección o garantías judiciales, desde una perspectiva interpretativa amplia”. Manifestó que ha llevado a cabo acciones concretas como otorgar títulos de propiedad a una diversidad de comunidades indígenas. Según Paraguay, esto demuestra que “el sistema de protección de los derechos indígenas tal como está establecido en la legislación vigente es perfectamente compatible con la Convención; ya

que] siempre que haya consenso entre indígenas, propietarios y Estado, es perfectamente posible la solución de los problemas de falta de acceso a la propiedad comunitaria de la tierra”.

126. En razón de los alegatos expuestos, la Corte procederá a analizar la debida diligencia, el plazo razonable y la efectividad del trámite administrativo de reivindicación de tierras tradicionales indígenas.

2.2.1. Debida diligencia en el trámite administrativo

127. La Corte observa que a lo largo de la duración del procedimiento administrativo iniciado en 1990 no se realizaron mayores diligencias. En el curso de más de 17 años que ha durado dicho procedimiento, desde el reconocimiento de la competencia de la Corte, se solicitó un estudio antropológico¹⁰⁷, se realizaron algunas reuniones para intentar llegar a un acuerdo entre las partes y se intercambiaron ofertas entre los propietarios privados y los miembros de la Comunidad en al menos cinco oportunidades¹⁰⁸. Antes del reconocimiento de la competencia de la Corte se realizaron dos inspecciones oculares¹⁰⁹.

107 El INDI solicitó al CEADUC la realización de un informe científico sobre el territorio tradicional de la Comunidad. *Cfr.* Nota P.C. No. 396/95 del Presidente del INDI al Director del CEADUC de 22 de agosto de 2005 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 734).

108 Entre 1990 y 1994, la Comunidad insistió en las tierras reclamadas mientras que el propietario privado ofreció el Retiro Winchester (*Cfr.* Escrito del abogado de la Comunidad Florencio Gómez Belotto dirigido al Presidente del IBR de 19 de febrero de 1993, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 894; acta No. 7 de la audiencia celebrada entre las partes el 11 de febrero de 1994, *supra* nota 117, folios 905 a 908, y oferta de tierras al IBR para indígenas Lengua, Sanapaná y Angaité de 21 de febrero de 1994, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folios 909 a 913). Asimismo, en noviembre de 1995 los propietarios privados ofrecieron en lugar a las tierras en reivindicación, extensiones de tierra en un sector llamado Cora-í o alternativamente en la fracción denominada Potrero Pañuelo (*Cfr.* Escrito del abogado de Eaton y Cía. S.A. de 7 de noviembre de 1995, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folios 755 a 756). Luego de una reunión en marzo de 1996 los líderes de la Comunidad ofrecieron modificar su solicitud renunciando a una porción de las tierras en reivindicación, sustituyéndolas con tierras conocidas como el “Retiro Cuñata-í” (*Cfr.* Escrito de los representantes de la Comunidad de 2 de abril de 1996, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 772). En 1998 los propietarios privados ofrecieron la venta de la totalidad de la Estancia Salazar y en el 2000 ofrecieron “a cualquiera que quisiera comprar” la propiedad llamada Cora-í. En marzo de 2003 Chortitzer Komitee ofreció la venta de 3.293 hectáreas del territorio reclamado (*Cfr.* Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 18, folio 662; nota de prensa de 1 de abril de 2003 titulada “Menonitas ofrecen al INDI tierra reclamada por nativos”, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1583). Por último, en 2004 el señor Eaton ofreció a la Comunidad la Estancia Magallanes (*Cfr.* Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 18, folio 660).

109 *Cfr.* Informe de inspección ocular realizada por Pastor Cabanellas, *supra* nota 62, folios 791 a 795, y Resolución P. No. 651 del Presidente del IBR de 21 de agosto de 1992 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 891).

128. Las pocas diligencias realizadas por el Estado se iniciaron a instancia de los miembros de la Comunidad o por proposición del propietario privado. Sin embargo, ninguna de ellas fue determinante en la obtención de una solución definitiva a la reclamación planteada por la Comunidad. Además, ante el reclamo de la Comunidad de que las tierras ofrecidas en forma alternativa a sus tierras tradicionales no eran aptas para su asentamiento¹¹⁰, ni el IBR ni el INDI solicitaron la realización de estudios técnicos que comprobaran o negaran lo anterior; más aún cuando dichas instituciones estatales están legalmente obligadas a proveer “tierras aptas y por lo menos de igual calidad” a las que ocupaban los miembros de la Comunidad¹¹¹.

129. Adicionalmente, el Tribunal toma nota de largos períodos de inactividad en el expediente. Desde que fue transmitido al INDI en junio de 1994, no consta en el mismo ninguna actuación de dicho organismo en *pro* de la solución del proceso sino hasta julio de 1995, cuando los representantes de la Comunidad solicitaron información respecto a las gestiones realizadas¹¹². Igualmente, después de una reunión entre las partes en febrero de 1996, convocada por iniciativa de los miembros de la Comunidad, no hubo nuevas actuaciones sino hasta 1998 cuando el propietario privado ofreció las tierras reclamadas¹¹³, pero ello no fue aceptado por el Estado. Luego en un espacio de 6 años, entre el 2000 y el 2006, las únicas actuaciones que constan

110 Luego de la ampliación de la inspección ocular, el abogado de la Comunidad solicitó se realizara un estudio geológico al Retiro Winchester ofrecido por el propietario privado. Sin embargo, dicha solicitud no parece haber tenido respuesta. En agosto de 1993, con ocasión de una inspección ocular a otra comunidad indígena a la que también se habían ofrecido dichas tierras, se realizó una inspección ocular al Retiro Winchester que concluyó que no era apto para el desarrollo de la Comunidad (*Cfr.* comunicación sin fecha del abogado de la Comunidad al IBR, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 888, e informe sobre viaje realizado al Chaco los días 12, 13 y 14 de agosto de 1993, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo III, folio 959 a 960). Por su parte las tierras en la Estancia Magallanes fueron aparentemente inspeccionadas por funcionarios del INDI quienes concluyeron que no eran aptas para el asentamiento de la Comunidad (*Cfr.* Acta de reunión de 12 de agosto de 2004 de la Comunidad Xákmok Kásek, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1286); declaración de Marcelino López, *supra* nota 25, folio 587, y declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 25, folio 647).

111 Artículo 15 de la Ley No. 904/8 1, *supra* nota 26, folio 2403.

112 El expediente administrativo fue remitido al INDI en junio de 1994 y la siguiente actuación de la que se tiene evidencia es una solicitud de la Comunidad de julio de 1995, a partir de la cual se emitió un memorándum y se solicitó un estudio antropológico (*Cfr.* Dictamen 1474 de la Jefatura de Asuntos Indígenas del IBR de 20 de junio de 1994, expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 730, y Memorándum del Presidente del INDI de 22 de agosto de 1995, *supra* nota 1 19 folio 860).

113 Luego de que los miembros de la Comunidad ofrecieran modificar su solicitud en cuanto a una porción de las tierras en reivindicación (escrito de los representantes de la Comunidad de 2 de abril de 1996, *supra* nota 108), la siguiente actuación fue el ofrecimiento, en 1998, de los propietarios privados de vender la totalidad de la Estancia Salazar (*supra* nota 108).

son ofertas realizadas por propietarios privados a las autoridades estatales¹¹⁴. Más grave aún resulta que el expediente administrativo tuvo que ser reconstituido porque se habían extraviado los documentos¹¹⁵.

130. Por último, el Tribunal observa que en junio de 1994 el IBR solicitó al INDI que se pronunciare sobre la solicitud de expropiación planteada por la Comunidad, por considerar que se había agotado la vía administrativa. Sin embargo, no consta en el expediente que el INDI haya dado respuesta a dicha solicitud. Por el contrario, las actuaciones de este organismo revelan que se buscó continuar por la vía administrativa, lo cual fue confirmado por el entonces Presidente del INDI, quien manifestó que “[l]as gestiones de [esa] Presidencia se ha[bían] dirigido a intentar una vez más [...] concluir la presente causa administrativa por vía de la negociación”¹¹⁶.

131. En virtud de todas las consideraciones precedentes, la Corte considera que el procedimiento de reivindicación de tierras iniciado por la Comunidad no se llevó a cabo con la diligencia debida. En consecuencia, el Tribunal concluye que la actuación de las autoridades estatales no ha sido compatible con estándares de diligencia consagrados en los artículos 8. 1 y 25. 1 de la Convención Americana.

2.2.2. Principio de plazo razonable en el procedimiento administrativo

132. Tanto la Comisión como los representantes alegaron que la duración del procedimiento de reivindicación de tierras violaba el principio del plazo razonable. El Estado no se refirió a este alegato.

114 Las únicas actuaciones que constan en el expediente fueron las ofertas realizadas en cuanto a Korai/Coraí, la porción de las tierras en reivindicación propiedad de Chortitzer Komitee, y la Estancia Magallanes (Cfr. Declaración de Roberto Carlos Eaton Kent, *supra* nota 108), hasta las solicitudes de copias y reconstitución del expediente por parte de la Comunidad en 2006 (Cfr. Solicitud de los representantes de la Comunidad de 6 de julio de 2006 dirigida al INDERT, expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 2377, y solicitud de los representantes de 23 de agosto de 2006, expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folios 2379 a 2380).

115 En 2006, los representantes de la Comunidad tuvieron que solicitar la reconstitución del expediente administrativo porque el mismo se había “extraviado en dos oportunidades” en el INDERT (Cfr. Solicitud de los representantes de la Comunidad de 6 de julio de 2006, *supra* nota 114, folio 2377, y declaración de Clemente Dermott, *supra* nota 25, folio 645). En su declaración testimonial la actual Presidenta del INDI indicó que en 2008 “se perdieron muchos documentos, [por lo cual] incluso ahora se estaba reconstituyendo el expediente del pueblo Xákmok Kásek”, debido a la ocupación del INDI por parte de grupos indígenas (Cfr. Declaración de Lida Acuña, *supra* nota 17).

116 Memorándum del Presidente del INDI de 22 de agosto de 1995, *supra* nota 8 1, folio 859.

133. El artículo 8.1 de la Convención establece como uno de los elementos del debido proceso que aquellos procedimientos que se desarrollen para la determinación de los derechos de las personas en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, deben hacerlo dentro de un plazo razonable. La Corte ha considerado cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto, ii) conducta de las autoridades, iii) actividad procesal del interesado¹¹⁷ y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso¹¹⁸.

134. Con respecto al primer elemento, la Corte reconoce, como lo ha hecho en anteriores oportunidades en relación con este recurso¹¹⁹, que el asunto en este caso es complejo. Sin embargo, advierte que las demoras en el proceso administrativo no se produjeron por la complejidad del caso, sino por la actuación deficiente y demorada de las autoridades estatales (segundo elemento). Como se expuso anteriormente, la actuación de los órganos del Estado encargados de la resolución de la reivindicación territorial de la Comunidad se caracterizó durante todo el procedimiento administrativo por la pasividad, inactividad, poca diligencia y falta de respuesta de las autoridades estatales.

135. En relación con el tercer elemento, la actividad procesal del interesado, la Corte observa que lejos de entorpecer la tramitación del recurso, muchas de las actuaciones en el proceso se iniciaron a instancia de la Comunidad.

136. En cuanto al cuarto elemento, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. El Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve¹²⁰. En el presente caso la demora en la obtención de una solución definitiva al problema de la tierra de los miembros de la Comunidad ha incidido directamente en su estado de vida. Esta situación es analizada en profundidad en el Capítulo VII *infra*.

117 Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, párr. 133, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 244.

118 Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, *supra* nota 155, párr. 133, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, *supra* nota 12, párr. 244.

119 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 87.

120 Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, *supra* nota 118, párr. 155; *Caso Kawas Fernández*, *supra* nota 14, párr. 115, y *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, *supra* nota 155, párr. 138.

137. Adicionalmente, la Corte recuerda que en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, ambos contra el Paraguay, este Tribunal consideró que los plazos de más de 11 años y 13 años que, respectivamente, duraron los procedimientos de reivindicación de tierras, no eran compatibles con el principio del plazo razonable¹²¹. Por lo tanto, el plazo de más de 17 años que ha operado en el presente caso (*supra* párr. 127) no puede sino llevar a semejante conclusión.

138. Consecuentemente, el Tribunal concluye que la duración del procedimiento administrativo no es compatible con el principio del plazo razonable establecido en el artículo 8. 1 de la Convención Americana.

2.2.3. Efectividad del recurso administrativo de reivindicación de tierras indígenas

139. El artículo 25. 1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales¹²². La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”¹²³. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión¹²⁴.

140. Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto¹²⁵. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en

121 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra* nota 5, párr. 89; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, supra* nota 20, párr. 97 y 98.

122 *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 9 1; *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra* nota 12, párr. 104, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala, supra* nota 8, párr. 190.

123 *Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82; *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 195, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 128.

124 *Cfr. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 162, párr. 183, y *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, supra* nota 16 1, párr. 128.

125 *Cfr. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Excepción Preliminar*. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. Serie C No. 139, párr. 4; *Caso Radilla Pacheco Vs. México, supra* nota 12, párr. 196, y *Caso Chitay Nech y Otros Vs. Guatemala, supra* nota 8, párr. 202.

la Convención, la Constitución o la ley¹²⁶. El Tribunal ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente¹²⁷. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios¹²⁸.

141. Adicionalmente, el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1. 1 y 2 de la misma, las cuales atribuyen funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales¹²⁹. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, la normativa interna debe asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes con el propósito de amparar a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas¹³⁰.

142. En lo que respecta a pueblos indígenas, el Tribunal ha sostenido que para garantizar el derecho de sus miembros a la propiedad comunitaria los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”¹³¹.

143. La Corte observa que el derecho de reivindicación de tierras comunitarias indígenas en Paraguay está garantizado normativamente por la Consti-

126 Cfr. *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 90; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, supra nota 161, párr. 129, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra nota 8, párr. 202.

127 Cfr. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 93; *Caso Radilla Pacheco Vs. México* supra nota 12, párr. 291, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra nota 8, párr. 202.

128 Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 24; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, supra nota 161, párr. 129, y *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, supra nota 8, párr. 202.

129 Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 237; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, supra nota 161, párr. 130, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, supra nota 12, párr. 295.

130 Cfr. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 65; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, supra nota 161, párr. 130, y *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, supra nota 12, párr. 295.

131 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay*, supra nota 5, párr. 96, y *Caso del Pueblo de Saramaka*, supra nota 16, párr. 178.

tución de la República¹³². El recurso específico para la reivindicación de dichas tierras se encuentra regulado principalmente por la Ley No. 904/8 1 que establece el Estatuto de las Comunidades Indígenas. En el caso concreto de la Comunidad Xákmok Kásek, las normas aplicables son aquellas relativas al asentamiento de comunidades indígenas en tierras de dominio privado¹³³.

144. La Corte recuerda que, en los casos de las comunidades indígenas de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, consideró que el procedimiento administrativo interno para la reivindicación de tierras tradicionales era inefectivo¹³⁴, por cuanto no ofrecía la posibilidad real de que los miembros de las comunidades indígenas recuperaran sus tierras tradicionales si éstas se encontraban bajo dominio privado.

145. En virtud de que en el presente caso se trata del mismo recurso, ya que el Estado no ha modificado su legislación ni su práctica al respecto¹³⁵, el Tribunal reitera su jurisprudencia en relación a que el procedimiento administrativo bajo estudio presenta los siguientes problemas estructurales, que impiden que el mismo pueda convalidarse efectivo: a) restricción en las facultades de expropiación; b) sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo de voluntad entre las partes, y c) ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema.

a) Restricción en las facultades de expropiación

146. En primer lugar, la remisión al Estatuto Agrario limita las posibilidades de que se expropian tierras reivindicadas por comunidades indígenas a aquellos casos de tierras no explotadas racionalmente¹³⁶, sin entrar a considerar aspectos propios de los pueblos indígenas, como la significación especial que las tierras tienen para éstos¹³⁷. Como bien señaló el testigo Rodrigo

132 Cfr. Artículo 64 de la Constitución de Paraguay (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 2437).

133 Cfr. Artículos 22, 24, 25 y 26 de la Ley No. 904/8 1 Estatuto de las Comunidades Indígenas, *supra* nota 26, folios 2405 a 2406.

134 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 98, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 108.

135 Cfr. Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

136 Cfr. artículo 94 de la Ley No. 1.863/02, Estatuto Agrario (expediente de anexos a la demanda, anexo 7, folio 2472).

137 Según el Estado, para la expropiación indefectiblemente se deben cumplir todos los requisitos legales exigidos[...], e]s decir, debe tratarse de un latifundio improductivo o que el motivo de expropiación sea el de la utilidad social. “La legislación agraria vigente en el país, toma en consideración el uso rentable de la tierra así como la productividad que de ella hace el propietario para determinar su expropiabilidad o no” (Cfr. escrito de contestación de la demanda, folios 386 y 399).

Villagra Carron “después de 100 años de colonización, esas tierras de algún modo van a estar explotadas”. El Tribunal recuerda que el argumento bajo el cual los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mira la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos¹³⁸.

147. Pese a que lo expuesto en el párrafo anterior ya fue establecido en casos anteriores contra el Paraguay, en este caso el Estado nuevamente argumentó que “no ha podido satisfacer plenamente” el derecho a la propiedad comunitaria porque las tierras reclamadas pertenecen a propietarios privados, y se encuentran racionalmente explotadas, por lo que se ve impedido de hacer efectivo el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad.

148. Al respecto, la Comisión Interamericana alegó que la aludida imposibilidad fáctica y jurídica que el Estado invoca en su defensa no es un argumento que le permita liberarse de su responsabilidad internacional. Los representantes agregaron que “[l]a visión mercantilista del valor de las tierras, que es entendida únicamente como medio de producción para generar ‘riquezas’, es inadmisibles e inaplicable cuando se aborda la cuestión indígena, pues supone una visión limitada de la realidad, al no contemplar [la] posibilidad de una concepción distinta a nuestra manera ‘occidental’ de ver las cosas del derecho indígena; sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, significaría hacer ilusoria la definición de que el Paraguay es un Estado pluricultural y multiétnico, echando por tierra los derechos de miles de personas que habitan el Paraguay y [o] enriquecen con su diversidad”.

149. La Corte reitera nuevamente que ante tierras explotadas y productivas es responsabilidad del Estado, a través de los órganos nacionales competentes, determinar y tener en cuenta la especial relación de los miembros de la comunidad indígena reclamante con dicha tierra, al momento de decidir entre ambos derechos. De lo contrario, el derecho de reivindicación carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales. Limitar de esta forma la realización efectiva del derecho a la propiedad de los miembros de las comunidades indígenas no sólo viola las obligaciones del Estado derivadas de las disposiciones de la Convención relativas al derecho a la propiedad, sino que también compromete la responsabilidad del Estado en relación a la garantía de un recurso efectivo y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social.

138 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 139.

150. Adicionalmente, llama la atención a este Tribunal que la expropiación de las tierras reivindicadas hubiese sido denegada arguyéndose la explotación racional de las mismas y la supuesta afectación para la unidad productiva de la empresa (*supra* párrs. 71 y 72), cuando de 10.700 hectáreas reclamadas, aproximadamente un total de 7.468 hectáreas fueron extraídas de la mencionada unidad productiva, ya sea porque se vendieron a otro propietario (*supra* párr. 69) o porque se encuentran dentro del área declarada reserva natural privada que establece serias restricciones a su explotación (*supra* párrs. y).

b) Sometimiento del procedimiento administrativo a la existencia de un acuerdo entre las partes

151. Por otro lado, en lugar de preverse la emisión de una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia, que siempre va a existir tratándose de tierras tradicionales indígenas bajo dominio privado, se condiciona la solución a un acuerdo de voluntades entre las partes. El INDI únicamente está facultado para negociar la compra directa de las tierras con el propietario privado o para negociar el reasentamiento de los miembros de las comunidades indígenas. Como expresamente explicó el Estado, “siempre que haya consenso entre indígenas, propietarios y Estado, es perfectamente posible la solución de los problemas de falta de acceso a la propiedad comunitaria de la tierra”.

152. En este sentido se pronunció el perito Enrique Castillo en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, quien explicó que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras para comunidades indígenas ha brindado resultados positivos en casos en que los propietarios privados han accedido a negociar la transferencia de los inmuebles reivindicados, pero ha sido abiertamente ineficaz frente a casos en que las negociaciones con los propietarios no han sido viables¹³⁹.

c) Ausencia de diligencias técnico-científicas tendientes a encontrar una solución definitiva del problema

153. El tercer problema que se observa en el procedimiento administrativo interno es la ausencia de diligencias técnico-científicas que contribuyan en forma determinante a una solución definitiva del problema. A pesar de que

139 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, *supra* nota 5, párr. 38.b.

la propia legislación paraguaya exige al INDERT y al INDI entregar soluciones definitivas a las solicitudes que se les planteen¹⁴⁰, a lo largo de los más de veinte años que ha durado este procedimiento las únicas diligencias técnicas practicadas por las autoridades administrativas fueron dos inspecciones oculares y un informe antropológico, que concluyó que las tierras reclamadas por la Comunidad formaban parte de su territorio tradicional y eran aptas para su asentamiento (*supra* párr. 103). Sin embargo, dicho estudio aparentemente no fue suficiente, como se desprende del simple hecho que hasta la presente fecha persiste la controversia en cuanto a la propiedad comunitaria de los Xákmok Kásek. Además, nunca se realizó ninguna otra diligencia dirigida a verificar la aptitud o no de otras tierras dentro del territorio tradicional.

*

* *

154. La Corte reitera que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras ha sido inefectivo y no ha mostrado una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek recuperen sus tierras tradicionales. Además, esta falta de un recurso efectivo para la recuperación de tierras indígenas representa un incumplimiento del deber estatal, establecido en el artículo 2 de la Convención, de adecuar su derecho interno para garantizar en la práctica el derecho a la propiedad comunitaria.

2.3. Sobre el decreto que declara parte del área reclamada como área silvestre protegida

155. Los representantes alegaron que de haber existido un mecanismo de consulta para la declaratoria de la reserva natural privada, “se hubieran garantizado los derechos de la Comunidad Xákmok Kásek, [ya que] hubiese permitido un debate frente al proyecto privado”. Además, resaltaron que luego de casi dos años de la interposición de la acción de inconstitucionalidad contra el decreto que dispuso la creación de un área silvestre protegida en tierras reclamadas por la Comunidad (*supra* párrs. 77 y 84), el Estado “[no] ha logrado resultados definitivos sobre el tema”.

156. El Estado indicó que ha iniciado la solicitud de revocación de la declaración de la reserva natural, para lo cual presentó el dictamen de la Secretaría del Ambiente que recomienda su revocación (*supra* párr. 1).

140 Artículo 4 de la Ley No. 43/89. Por la cual se modifican disposiciones de la Ley n° 1.372/88; “que establece un régimen para la regulación de los asentamientos de las comunidades indígenas”, del 21 de diciembre de 1989 (expediente de anexos a la demanda, apéndice 2, tomo 1, folio 252).

157. Al respecto, la Corte considera que a fin de garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, de conformidad con el artículo 1. 1 de la Convención, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan o decisión que afecte sus tierras tradicionales y que pueda conllevar restricciones en el uso, goce y disfrute de dichas tierras, para así evitar que ello implique una denegación de su subsistencia como pueblo indígena¹⁴¹. Ello es cónsono con las disposiciones del Convenio No. 169 de la OIT, del cual Paraguay es Estado parte.

158. En el presente caso se encuentra debidamente probado que no se tomó en cuenta la reclamación indígena sobre las tierras declaradas como reserva natural al momento de emitirse el Decreto No. 11.804 y aprobarse la justificación técnica que las declaraba como tal; que no se informó a los miembros de la Comunidad sobre los planes para declarar parte de la Estancia Salazar como reserva natural privada, y que dicha declaratoria ocasionó perjuicios a la forma de vida de los miembros de la Comunidad (*supra* párrs. 80 a).

159. Por otra parte, de acuerdo a la prueba aportada por el propio Estado, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Comunidad se encuentra paralizada desde el 24 octubre de 2008, cuando se suspendió “[el] plazo que tenía el Fiscal General del Estado para contestar el traslado de la presente acción [...], siendo ésta la última actuación obrante en [los] autos”¹⁴².

160. Asimismo, el Tribunal advierte que dicho plazo se suspendió debido a la necesidad de agregar el expediente administrativo relativo a la reivindicación de tierras de la Comunidad, el cual fue remitido a la Corte Suprema por los representantes el 14 de diciembre de 2009¹⁴³ (*supra* párr.). Sin embargo, a pesar de ello y del dictamen favorable a la impugnación parcial del respectivo decreto de la Asesoría Jurídica de la Secretaria del Ambiente (*supra* párr. 1), dicho procedimiento de inconstitucionalidad aún se encuentra suspendido¹⁴⁴.

161. La Corte considera que el transcurso de más de dos años luego de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, con respecto a un decreto que tiene una vigencia de cinco años, evidencia que las autoridades estatales no han procedido con diligencia suficiente, teniendo en cuenta que, además,

141 *Cfr. mutatis mutandis, Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam, supra* nota 16, párr. 129.

142 *Cfr. Nota S.J. I No. 2 1 1 de 2 1 de mayo de 20 10, supra* nota 99, folio 4593.

143 *Cfr. Escrito de los representantes de 14 de diciembre de 2009 dirigido a la Sala Constitucional, supra* nota 98, folio 3435.

144 *Cfr. Nota S.J. I No. 2 1 1 de 2 1 de mayo de 20 10, supra* nota 99, folio 4593.

los propios organismos técnicos del Estado se han pronunciado sobre la necesidad de anular dicha declaración de reserva natural porque “se obvió la existencia del reclamo indígena” y “[a]tenta contra el derecho a la propiedad comunitaria y su hábitat tradicional reconocido [en la] Constitución de la República”¹⁴⁵. Asimismo, la propia Presidenta del INDI declaró en cuanto a la emisión de este decreto que “[l]amentablemente las instituciones siempre actuaron como compartimientos estancos”, y que “el INDI, que es la institución que tiene que aplicar la política pública indigenista[,] debía de haber enviado estos antecedentes de modo que todos los otros ministerios [del gabinete social] est[uvieran] al tanto de las reivindicaciones de los pueblos indígenas”¹⁴⁶.

162. En virtud de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que la acción de inconstitucionalidad ejercida en el presente caso no ha proporcionado un recurso efectivo a los miembros de la Comunidad para la protección de su derecho a la propiedad sobre sus tierras comunitarias.

2.4. Supuesta falta de interposición de recursos en la vía judicial

163. El Estado argumentó que los representantes no han hecho uso de los recursos adecuados dentro de la legislación interna, ya que en casos como el presente es la justicia quien debe “determinar quien tiene [el] mejor derecho”, entre quienes invocan un derecho de propiedad ancestral contra quienes tienen título y posesión y al mismo tiempo dan utilización económica a la tierra.

164. Los representantes señalaron que “los métodos descritos por el Estado corresponden a trámites de adquisición de inmuebles, no de restitución territorial indígena”. Asimismo, en cuanto a la posibilidad de recurrir a sede judicial para impugnar alguna resolución administrativa, indicaron que ello “ameritaría la existencia de alguna resolución administrativa que quiera impugnarse”, lo cual no era el caso de la Comunidad Xákmok Kásek, porque las resoluciones administrativas eran favorables a la Comunidad. El problema era “su nula eficacia para la obtención de las tierras”.

165. La Comisión resaltó que el Estado “no indic[ó] exactamente cuál vía judicial era la apropiada para este caso” y que contrario a lo alegado por el Estado, la Comunidad “ha reivindicado su tierra por los medios disponibles”.

145 *Cfr.* Dictamen de 24 de diciembre de 2009 de la Asesoría Jurídica de la Secretaría del Ambiente, *supra* nota 52, folios 3383 y 3385.

146 *Cfr.* Declaración de Lida Acuña, *supra* nota **iError! Marcador no definido..**

166. El Tribunal observa que Paraguay no ha indicado cuáles son los recursos judiciales supuestamente disponibles y efectivos para garantizar el derecho comunitario a la tierra de los indígenas, ni ha aportado prueba de su existencia en la legislación interna.

167. Adicionalmente, la Corte advierte que el perito Enrique Castillo expuso que:

[La Ley 904/8 1] establece un procedimiento bajo la órbita del Derecho Administrativo para el reclamo de tierras indígenas, que a su vez sustrae la materia de la Jurisdicción Ordinaria, es decir de los procesos civiles de reivindicación de inmueble[s]. En el sentido expuesto, las reivindicaciones de tierras indígenas ante el Estado son planteadas y tramitadas ante órganos administrativos [...]. No existe en este marco legal ni en la práctica de tribunales, reivindicación de tierras indígenas que sea tramitada ante la Justicia Ordinaria”¹⁴⁷.

168. Por lo tanto, la Corte concluye que Paraguay no ha demostrado que existe algún otro procedimiento que sea efectivo para dar una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.

*

* *

169. De todo lo expuesto, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de materialización del derecho a la propiedad de las presuntas víctimas no son suficientes para relevarlo de su responsabilidad internacional. De hecho, ciertas acciones y omisiones del Estado, lejos de contribuir a la materialización del derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, han obstaculizado e impedido su concreción. Es así como la declaratoria de reserva natural privada de parte del territorio reclamado por la Comunidad (*supra* párr.) no sólo impide el desarrollo de sus actividades tradicionales sobre las mismas, sino también su expropiación y ocupación bajo cualquier supuesto (*supra* párr.). Resulta de especial preocupación para esta Corte las consideraciones del perito Rodolfo Stavenhagen, no contradichas por el Estado, según las cuales dicha declaratoria como área silvestre protegida podría constituir una nueva y sofisticada forma que han adoptado los propietarios privados de territorios reclamados por comunidades indígenas para “obstaculizar el reclamo de territorio de pueblos originarios [...] siempre arropad[o]s bajo formas legales y hasta invocando fines tan puros como la conservación del medioambiente”¹⁴⁸.

147 Cfr. Peritaje de Enrique Castillo rendido en el caso *Comunidad Indígena Yákye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5 (expediente de fondo, tomo I, folio 296).

148 Cfr. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *supra* nota 17, folio 640.

170. Consecuentemente, la Corte concluye que el procedimiento administrativo iniciado para la recuperación de las 10.700 hectáreas (*supra* párrs. 67 y 68) que corresponden a las tierras tradicionales más aptas para el asentamiento de la Comunidad no se llevó a cabo con la diligencia debida, no fue tramitado en un plazo razonable, fue inefectivo y no mostró una posibilidad real para que los miembros de la Comunidad recuperaran sus tierras tradicionales. Asimismo, las autoridades internas paraguayas, en especial el Congreso de la República, han mirado el tema territorial indígena exclusivamente desde la productividad de las tierras, desconociendo las particularidades propias de la Comunidad Xákmok Kásek y la relación especial de sus miembros con el territorio reclamado. Finalmente, el Estado ignoró por completo la reclamación indígena al momento de declarar parte de dicho territorio tradicional como reserva natural privada y la acción de inconstitucionalidad interpuesta para remediar tal situación ha sido inefectiva. Todo ello representa una violación del derecho a la propiedad comunitaria, a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos respectivamente en los artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.

3. Afectaciones a la identidad cultural de los miembros de la Comunidad como consecuencia de la no restitución de su territorio tradicional

171. La Comisión indicó que cuando “aumentaron las restricciones de la población indígena al acceso a sus tierras tradicionales, [se produjeron] cambios significativos en las prácticas de subsistencia de la población indígena”. Señaló que “varias familias de la [C]omunidad Xákmok Kásek, han decidido separarse [...] por las difíciles condiciones de vida, en búsqueda de soluciones a sus necesidades”.

172. Los representantes alegaron la existencia de un “desgaste cultural colectivo” de los miembros de la Comunidad por la violación al derecho a la propiedad. Añadieron que la falta del territorio comunitario priva a la Comunidad “de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”. Según los representantes, habría una estrecha relación entre las prácticas espirituales de la Comunidad vividas colectivamente y la vinculación a las tierras ancestrales. Adicionalmente, señalaron que la falta de tierra ha afectado los ritos de iniciación de hombres, mujeres y chamanes.

173. El Estado no se pronunció sobre lo expuesto.

174. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural¹⁴⁹.

175. Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida¹⁵⁰.

176. Para los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, rasgos culturales como las lenguas propias (*Sanapaná y Enxet*), los ritos de chamanismo y los de iniciación masculina y femenina, los saberes ancestrales chamánicos, la forma de memorar a sus muertos y la relación con el territorio, son esenciales para su cosmovisión y forma particular de existir.

177. Todos estos rasgos y prácticas culturales de los miembros de la Comunidad se han visto afectados por la falta de sus tierras tradicionales. Conforme a la declaración del testigo Rodrigo Villagra Carron el proceso de desplazamiento del territorio tradicional ha incidido en “el hecho de que la gente no pueda enterrar [a sus familiares] en lugares elegidos, [...] que no pueda[n] volver [a esos lugares], que esos lugares también hayan sido de [alg]una manera desacralizados [...]. [Este] proceso forzoso implica que toda esa relación afectiva no se pueda dar, ni esa relación simbólica, ni espiritual”¹⁵¹.

178. El señor Maximiliano Ruíz indicó que la religión y la cultura “casi se perdió totalmente”. El testigo Rodrigo Villagra Carron expuso las dificultades que

149 Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 135; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, *supra* nota 20, párr. 1 18, y *Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam*, *supra* nota 16, párr. 120.

150 ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 2 1, diciembre 2 1 de 2009. E/C. 12/GC/2 1.

151 Declaración de Rodrigo Villagra Carron, *supra* nota 17.

los miembros de la Comunidad tienen para sus ritos de iniciación masculina y femenina¹⁵², así como pérdida paulatina del chamanismo¹⁵³.

179. Otro rasgo de la integridad cultural de los miembros de la Comunidad son sus lenguas. En el transcurso de la audiencia pública el señor Maximiliano Ruíz manifestó que en la Estancia Salazar únicamente se les enseñaba a hablar en español o en guaraní y no en sus lenguas propias. En igual sentido, la señora Antonia Ramírez, al ser preguntada por la Comisión durante la audiencia en el sentido de si hablaba la lengua sanapaná, indicó que sí, pero que sus hijos y sus nietos no hablan sanapaná sino guaraní.

180. Igualmente, la falta de sus tierras tradicionales y las limitaciones impuestas por los propietarios privados repercutió en los medios de subsistencia de los miembros de la Comunidad. La caza, pesca y recolección cada vez fueron más difíciles, llevaron a que los indígenas decidieran salir de la Estancia Salazar y reubicarse en “25 de Febrero” o en otros lugares, disgregándose así parte de la Comunidad (*supra* párrs. 75 a 77, 79 y 98).

181. Todas estas afectaciones se incrementan con el transcurso del tiempo y aumentan la percepción de los miembros de la Comunidad de que sus reclamos no son atendidos.

182. En suma, este Tribunal observa que los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek han sufrido diversas afectaciones a su identidad cultural que se producen primordialmente por la falta de su territorio propio y los recursos

152 El testigo Rodrigo Villagra Carron, declaró en audiencia pública en qué consistían los ritos de iniciación:

por ejemplo el masculino que implica que un Chaman o el Cayá empieza a cantar toda la noche y se va invitando a gente. Primero implica que tiene que ser una época buena, una época del año buena donde la gente puede recolectar suficientes frutos y alimentos para invitar a una festividad grande. En ese proceso de iniciación los jóvenes son sometidos a la prueba de cierto tipo de plantas que implican que puedan desmayarse [...] y que sean velados por un chaman o varios chamanes principales, que lo que hacen es dominar la potencia, el conocimiento que está en esas plantas, que después va a ser la planta dueña de un conocimiento que le va permitir curar. [...] [E]s como una festividad social donde [...] está cantando un chaman y a la vez se hacen otros bailes entre mujeres y hombres [...]. Los hombres se ataviaban con plumas con pinturas particulares, y varias aldeas vecinas venían. Eso permitía una integración social que bajaba el nivel de conflicto porque era una fiesta. [...] [H]abían competencias deportivas, también habían juegos [...] de salón, juegos deportivos, bailes específicos que permitían no solamente la integración con otras aldeas sino de género entre hombre y mujer.

153 En cuanto a la práctica del chamanismo, el testigo Villagra Carron indicó que: la realidad es que hoy hay mucho[s] menos chamanes. [P]or ejemplo en el ritual [“de Huanca”], que es donde se inicia gente que puede llegar a tener ese conocimiento, [...] eso implica tener acceso a lugares específicos, donde obtener esa planta, o donde realizar el estudio, apartado de la gente, porque es un estudio muy peligroso por las implicancias que tiene por el proceso que sufre el iniciado. [Por esas razones], es que no [hay] más iniciados chamanes. [...] [L]os últimos chamanes est[á]n muriendo.

naturales que ahí se encuentran, lo cual representa una violación del artículo 21.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma. Estas afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente “productiva” de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas. [...]

El concepto de territorio y resguardo indígena

Corte Constitucional

Sentencia T-634/99

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Bogotá, agosto 30 de 1999

[...] **Consideraciones jurídicas** [...]

I. Concepto de territorio indígena

1.1. *Entidades territoriales*

Un Estado puede organizar su territorio o mejor sería decir su suelo territorial. Así lo hizo la Constitución de 1991 en su Título XI. Es así como el artículo 286 de la C.P. señaló como Entidades Territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Como es apenas obvio todos ellos forman parte de Colombia. Para la Corte Constitucional la consagración simultánea del régimen unitario y las autonomías territoriales no significa una contradicción sino la existencia de “*un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad*”¹.

La característica es que esas entidades territoriales gozan de cierta autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y tienen derechos, como por ejemplo gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y participar en las rentas nacionales (art. 287 C.P.).

En el caso concreto de los territorios indígenas, la propia Constitución en su artículo 329 indica:

“Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 T-254 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.”

Como es sabido, la ley de ordenamiento territorial aún no se ha expedido. Pese a la ausencia de tal Ley Orgánica, la Corte Constitucional ha dicho:

“Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (CP. art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7)”².

Por lo tanto, aunque no se haya expedido la ley orgánica, ya son de aplicación los principios que la Constitución señala, entre ellos el reconocimiento de la propia identidad indígena. Además, no existe totalmente una laguna legal porque el artículo transitorio 56 dice:

“Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

Esa identidad se refuerza con el artículo 329 de la C.P. ya transcrito que se refiere al reconocimiento constitucional de los territorios indígenas, y con los artículos 286, 287 y 288 de la C.P. que precisan su existencia, su autonomía y sus principios:

“Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. *Gobernarse por autoridades propias.*
2. *Ejercer las competencias que les correspondan.*
3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
4. *Participar en las rentas nacionales.*

Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.”

Además, como los principios fundamentales que aparecen en el Título I de la Constitución no solo están vigentes sino que son de ineludible cumplimiento, entonces, en lo que tiene que ver con el territorio, son principios aplicables el del artículo 1º de la C.P. que indica como principio fundamental de las entidades territoriales *su autonomía*; y, en cuanto a la jurisdicción (no a la distribución de competencias) el artículo 246 C.P. que permite que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, como efectivamente lo están haciendo.

Derecho alternativo, que, entre otras cosas, “*Etimológicamente, en quichua, por ejemplo, el concepto de derecho tiene las siguientes asepciones: CAMAC: poder, ánimo, alma o espíritu, el que da fuerza, se agrega: CHIC: movimiento en acción permanente, CAMACHIC o sea que es un derecho en pleno movimiento, en transición y que se acopla a la realidad del momento*”³.

Esos territorios indígenas, pese a no estar reglamentados, de todas maneras deben ser respetados en lo que tiene que ver con la diversidad étnica y cultural; esto aparece en numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la T-342 de 1994 que dice:

“...en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos

3 RODRIGO DE LA CRUZ, en el libro DERECHO, PUEBLOS INDIGENAS Y REFORMA DEL ESTADO. También se pueden consultar las publicaciones de Edición Abya-Yala (Quito), especialmente EL DERECHO INDIGENA A LA AUTODETERMINACION POLITICA Y RELIGIOSA de Giulio Girardi, DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS de Ramón Torres Galarza.

contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales).

Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.”

Por consiguiente, está garantizada constitucionalmente la diversidad étnica y cultural.

1.2. *Los resguardos son ámbito territorial*

Antes de la independencia, la administración colonial, en el tema económico jurídico, mantuvo una relativa protección a las comunidades indígenas reconociéndoles algunas tierras comunales, llamadas resguardos, institución ésta que formó parte determinante del régimen agrario anterior a la independencia⁴. “*Los resguardos cultivaban en régimen de indivisión de la propiedad, las tierras que constituyeran su respectivo territorio. Los indios que pertenecían a los resguardos sólo tenían un derecho de usufructo sobre las parcelas que cultivasen. No podían venderlas. Bajo este aspecto, los resguardos son una unión del trabajo agrícola con la posesión forzosa de la tierra. El indio está sujeto a esa posesión forzosa de las parcelas. No tiene libertad. Está atado a la tierra*”, dice Luis Eduardo Nieto Arteta⁵ quien los catalogó como una economía colectiva aldeana. Por el contrario, Indalecio Liévano Aguirre

4 José María Samper consideró a los resguardos indígenas como una de las expresiones del régimen feudal respecto a la propiedad raíz.

5 Economía y cultura en la historia de Colombia, de Luis Eduardo Nieto Arteta, página 160. Este autor considera en la misma obra que “La economía manufacturera de la Nueva Granada encontraba un poderoso obstáculo en los resguardos de indígenas”, “ellos eran igualmente un obstáculo para la ampliación del progreso de la economía agrícola” y, de manera descarnada opinaba: “Es una ley histórica que se ha realizado en muchas economías nacionales, que el desarrollo de las manufacturas y aún del capitalismo, está precedido por la desaparición de la economía colectiva agrícola. Así se suprimen las ‘marcas’ en Alemania, el ‘mir’ en la vieja y santa Rusia y la “zadruga” en Servia. También en Inglaterra el temprano desarrollo capitalista está precedido por la extinción de la economía colectiva agrícola”.

consideró muy importante que España protegiera mediante los resguardos y los ejidos el derecho a la tierra de los indígenas y de las gentes humildes y da una caracterización menos pesimista de los resguardos de la siguiente manera: “*eran los resguardos vastas extensiones territoriales concedidas a los pueblos indígenas en propiedad para que habitaran en ellas, las cultivaran, pastaran sus ganados y pudieran atender a las necesidades crecientes del provenir*”⁶. Se aprecia que se concibió el resguardo durante la colonia, más como un territorio de los pueblos indígenas que como un simple terreno. Y era connatural que sobre ellos no hubiere propiedad privada.

Pero “*En el Congreso de Cúcuta de 1821 se manifestaron las presiones de diversos sectores dominantes para disolver los resguardos de indígenas*”⁷ por eso la ley 11 de octubre de 1821 rompió con la tradición colonial y permitió la propiedad privada y repartición de los resguardos⁸; este paso de la propiedad comunal a la propiedad privada, le quita la connotación de territorio a los resguardos y los ubica como simple tierra o propiedad raíz. Décadas más tarde el Código Civil en su artículo 656 definirá que “Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras....” De la estructura del Código Civil⁹ y de la ley 22 de junio de 1850¹⁰ no queda duda del cambio cualitativo que se le dio en aquella época a los resguardos. Este rompimiento de la propiedad comunal de los indígenas tuvo profundas consecuencias calificadas de manera diversa por los estudiosos del tema. Por ejemplo, Nieto Arteta considera que se amplió el mercado libre de trabajo y los indígenas pudieron ser aprendices y obreros y adquirieron capacidad de compra. Liévano Aguirre, por el contrario, opina que el resquebrantamiento de los resguardos convirtió a los indígenas en arrendatarios y aparceros y que ese despojo de las tierras de los resguardos

6 Indalecio Liévano Aguirre, El proceso de Mosquera ante el Senado, págs. 22 y ss.

7 El régimen agrario durante el siglo XIX en Colombia, de Salomón Kalmanovitz, en Manual de Historia de Colombia N° 2, págs. 221 y ss.

8 El artículo 3° de la ley 11 de octubre de 1821 dijo: “Los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo, según el Reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que lo permiten las circunstancias y antes de cumplirse los cinco años de que habla el artículo 2°”. Posteriormente, en 1832 y 1843, prohibieron en cierta forma la enajenabilidad “de las tierras de los resguardos”, medida derogada en 1850.

9 El Código Civil fue adoptado como ley nacional en 1873, pero su fuente el Código Chileno, ya había sido calcado por el Estado de Santander el 18 de octubre de 1858 y por el Estado de Cundinamarca en 1859.

10 La ley 22 de junio de 1850, en su artículo 4° autorizó a las Cámaras de provincia para “arreglar la medida, repartimiento, adjudicación y libre enajenación de los resguardos de indígenas, pudiendo en consecuencia, autorizar a éstos para disponer de sus propiedades del mismo modo y por los propios títulos que los demás granadinos.”

“fue uno de los hechos mas decisivos en el empobrecimiento y miseria del pueblo colombiano”.

La verdad es que los resguardos fueron “tierra”, en la naciente época republicana, es decir un simple objeto del derecho. Pero ese concepto se erosionó en la década del sesenta del presente siglo. Precisamente la Corte Constitucional en la T-188/93 dijo:

“En efecto, en la década de los sesenta la política estatal de extinción de resguardos e incorporación de los indígenas a la economía nacional, iniciada desde la disolución de la Gran Colombia –en 1835 se suprimió el Gran Resguardo de Ortega y Chaparral–, fue sustituida por programas oficiales de mejoramiento económico y social de las comunidades indígenas, cambio éste presionado por la creación de diversos organismos internacionales dedicados a impulsar programas de desarrollo para el “tercer mundo”.

Conceptos racistas que anteriormente predominaban en sectores dirigentes que justificaban la liquidación étnica, la expropiación de las tierras indígenas y el aprovechamiento de su fuerza laboral fueron sustituidos por la idea de un proceso de integración paulatino de formas culturales arcaizantes a los beneficios de la “civilización”. En este contexto se expidió el Decreto 1634 de 1960 que creó la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y le señaló dentro de sus funciones “estudiar las sociedades indígenas estables como base para la planeación de cambios culturales, sociales y económicos con miras al progreso de tales sociedades”.

La ley de reforma agraria (L 135 de 1961) dictada con el objeto de democratizar la propiedad y superar la estructura de tenencia de la tierra bajo las modalidades de latifundio-minifundio, introdujo dos artículos que constituyen el primer reconocimiento de las comunidades indígenas, aún cuando fuese para efectos de su incorporación a la economía capitalista como unidad de producción y de consumo. La primera de dichas disposiciones (art. 29) condicionó la adjudicación de baldíos en zonas ocupadas por indígenas –que de suyo significaba implícitamente un desconocimiento de la posesión inmemorial de los grupos indígenas de estas áreas– al previo concepto favorable de la oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. La segunda (art. 94) pretendió resolver el problema de la superación del minifundio en las parcialidades indígenas y facultó al Incora para estudiar la situación socio-económica de las parcialidades con miras a adelantar las reestructuraciones internas, el reagrupamiento de la población de resguardos y eventualmente la ampliación de los mismos mediante la adquisición de tierras aledañas. De esta forma, como lo afirmara el entonces Ministro de Agricultura Otto Morales Benítez ante el Congreso, se pretendía “devolver el espíritu comunitario a gentes que así enseñaron a vivir y cuyo medio natural de existencia y sistema de agrupación para la producción económica, son precisamente esos”³.

3 Otto Morales Benítez. Exposición de motivos de la Ley 135 de 1961. Citado por Adolfo Triana Antorveza en su libro *Legislación Indígena Nacional*, Bogotá 1980 p. 62.

Solamente cinco lustros después, durante el gobierno del presidente Virgilio Barco Vargas que adelantó ambiciosos programas de devolución de tierras a sus originales moradores, vino a reglamentarse el trámite jurídico para la constitución de resguardos indígenas contemplado en la ley 135 de 1961. El decreto reglamentario 2001 de 1988 dispone en su artículo primero:

“El Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, en desarrollo de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confiere el inciso tercero del artículo 94 de la ley 135 de 1961, constituirá, previa consulta con el Ministerio de Gobierno, resguardos de tierras en beneficio de los grupos o tribus indígenas ubicados dentro del territorio nacional”.

El precitado decreto creó dos tipos de procedimientos para la constitución de resguardos indígenas, uno en terrenos baldíos y otro sobre predios y mejoras del Fondo Nacional Agrario. El trámite de constitución de resguardos se surte a través de varias etapas entre las que se cuentan la iniciación oficiosa o a solicitud de parte, la radicación de la solicitud, la visita a la comunidad interesada, la realización de estudios socio-económicos y jurídicos para determinar la viabilidad de la constitución del resguardo, el concepto del Ministerio de Gobierno, la resolución constitutiva y la publicación y registro respectivos. En cuanto a los estudios socio-económicos y jurídicos, el artículo 6° del decreto fija un término de treinta (30) días para su realización, y precisa que ellos deberán versar principalmente sobre los siguientes puntos: descripción física de la zona; antecedentes etnohistóricos; descripción demográfica; descripción sociocultural; aspectos socioeconómicos; tenencia de la tierra; delimitación del área a constituir como resguardo; estudio de la situación jurídica de propiedad de los terrenos que conforman el resguardo, así como de los documentos que indígenas o terceros ajenos a la comunidad tengan y que les confieran algún derecho sobre el globo del terreno; conclusiones y recomendaciones; y alternativas a la resolución de problemas de tenencia de tierras.

El desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades al INCORA, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (CP art. 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (CP art. 13).”

La Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos. Es así como en el mencionado Título “De la organización territorial” los ubica al lado de los territorios indígenas, al decir: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable” (art. 329), de lo cual se deduce a primera vista que son más que simplemente una tierra o propiedad raíz; aunque la misma Constitución al ubicarlos dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, en el artículo 63 habla de “tierras de resguardo”, con la característica de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le

otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Lo principal en el resguardo es la forma de propiedad; la T-188/93 dice:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas revisite una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso¹, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

“Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su habitat”².

Lo anterior permite ratificar el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios.

Ese carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de “ámbito territorial”, que aparece en el artículo 246 de la C.P.:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.”

El habitar en ese ámbito territorial tiene variadas connotaciones constitucionales. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional al declarar exequible el artículo 27, literal b-, de la Ley 48 de 1993, que dice: “*exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagar cuota de compensación militar:...* b. *Los indígenas que residan en su integridad cultural,*

1 Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT., Ginebra 1989.

2 Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

social y económica”, integró las dos condiciones: identidad y territorio y dijo (C-058-94 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero):

“Así las cosas, se pregunta la Corte: ¿la doble exigencia espacial -vivir en el territorio- y de identidad -conservar la integridad cultural, social y económica-, para efectos de eximir del servicio militar a los indígenas, viola la cultura e identidad étnica que la Constitución protege?.....

Pero, destaca la Corte, para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas.”

Como se aprecia, lo principal es respetar el contexto territorial, o como lo dice el artículo 246 el “ámbito territorial”.

Que ese ámbito territorial incluye los resguardos indígenas, se colige del artículo 357 C.P. que expresamente dice que “la ley determinará los resguardos indígenas que serían considerados como municipios” para efectos de la participación en el situado fiscal. Claro que la sentencia C-151/95, al declarar constitucional el artículo 25 de la Ley 60 de 1993, dijo que “*La ley no identificó Municipios con resguardos indígenas.*” Lo cual indica una vez más que el calificativo mas apropiado es “ámbito territorial”. Y, por consiguiente ese ámbito territorial debe ser apreciado para efectos de la protección a los indígenas.

1.3. Ámbito territorial y población indígena

No se puede confundir el territorio con la población. “*La existencia de un Estado supone necesariamente, como elemento previo una población*”, dice Vladimiro Naranjo Mesa¹¹. Si se considera que la nación es “*una especie de sociedad humana caracterizada por su alto grado de evolución sociológica e histórica, y por tener en común diversos elementos que, con el transcurso del tiempo, llegan a generar un sentimiento común de solidaridad y destino*”¹², en un primer vistazo cabría esta hipótesis: que dentro de un Estado podría

11 Ibídem, pág. 89

12 Vladimiro Naranjo Mesa, ibídem, pág. 90.

haber naciones indígenas. Esta hipótesis en el caso colombiano no es cierta, porque afecta el Preámbulo de la Constitución que señala como finalidad fortalecer la unidad nacional y el artículo 1º que organiza a Colombia como República unitaria¹³.

Es histórica y sociológicamente explicable que dentro de un Estado coexistan diferentes agrupaciones humanas con diferentes sentimientos, culturas, mitos, imaginario colectivo, etc., que deben respetarse, de ahí que constitucionalmente se reconoce como principios el pluralismo (art. 1º C.P.), y la diversidad étnica y cultural “de la Nación colombiana”, usándose el término “Nación” en singular (art. 7 C.P.), y como derechos sociales, económicos y culturales, “los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica” (art. 72 C.P.).

La sentencia T-188 de 1993 dice al respecto:

“La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (CP art. 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas - conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º) -, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329).

Entonces, no se trata solamente de reconocer constitucionalmente a las culturas indígenas sino de algo mucho mas importante: considerar que éstas enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego

13 En el caso Ecuatoriano donde existe la CONAIE (Confederación de nacionalidades indígenas ecuatorianas) que intervino mediante su organización PACHACUTIK, en la Constitución del Ecuador de 1998, no se habló de plurinacionalidad sino de multietnia y pluricultura (art. 1º), aunque se reconoció en el artículo 83 lo siguiente: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidad de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”, reconociéndoles derechos colectivos y permitiendo las “circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley” (art. 224 y 241).

ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad. Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado liberal que proyectaron las revoluciones burguesas. No es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se hunda esa cultura indígena, que como toda cultura está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida o está incapacitado para dar. Es decir, cuando se afecta la cultura indígena se afecta un derecho colectivo. [...]

El concepto de territorio indígena determina el derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios

Corte Constitucional

Sentencia C-891/02

Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

Bogotá, octubre 22 de 2002

[...] VI. Consideraciones

4.1 El derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios

11. Con referencia a los anteriores lineamientos se tiene que un vector fundamental en la explotación sostenible de *recursos naturales* es el concerniente al reconocimiento de los valores y derechos de los pueblos indígenas, y de su consecuente participación en la resolución de la problemática sobre tales recursos. A este respecto se observa que la protección de las comunidades indígenas adquirió mayor vigor al amparo de la Constitución de 1991, lo cual se manifiesta, entre otros aspectos, en la materialización de mecanismos de participación en torno a la explotación de recursos naturales en sus territorios, máxime si se considera que en tal actividad está comprometida la misma integridad étnica de dichas comunidades. Con esta orientación, el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política dispone:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

12. Ahora bien, de conformidad con el artículo 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República hacer, reformar y derogar las leyes y, por medio de ellas, expedir códigos en las distintas especialidades o ámbitos del derecho. En desarrollo de lo cual el legislador está facultado para expedir la normatividad minera y las demás reglas que,

de una u otra forma, se relacionen con la explotación de dichos recursos, destacándose al punto la vital importancia que dicho ordenamiento reviste para las comunidades indígenas y otros grupos étnicos, en la perspectiva de la exploración y explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

La relevancia de la participación de los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios está directamente vinculada con el trascendental significado que ellos le dan al territorio, según pasa a verse.

13. En efecto, la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo.*¹

Al respecto se torna ilustrativo el concepto rendido por el antropólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum dentro del proceso entablado entre la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini y el Estado de Nicaragua, sometido a decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dijo entonces el antropólogo:

“Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos.

“La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores, etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos.”

En el mencionado caso, en sentencia del 31 de agosto de 2001, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Ver la sentencia T-188 de 1993, en la cual la Corte resaltó la importancia de los territorios indígenas para la cultura y los valores espirituales de dichos pueblos.

“Entres los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”

Por su parte, el Instituto Humboldt ha resaltado el estrecho vínculo que une a las comunidades indígenas y al territorio en que éstas habitan, el cual atiende a una concepción comprensiva que incluye en una misma dimensión a los seres humanos y al mundo natural que los rodea:

“Las cosmovisiones de los grupos étnicos y comunidades locales tradicionales muestran una naturaleza altamente simbolizada y un alto sentido de pertenencia a un territorio y a una comunidad humana. En ellas se observa, entre muchos otros aspectos que:

“- La socialización de la naturaleza y la naturalización de la vida social son dos fenómenos recurrentes en el pensamiento indígena. Muchas veces la naturaleza se explica mediante categorías sociales y en ocasiones lo social se explica mediante categorías tomadas de la naturaleza. (...)

“- No se puede separar el pensamiento y la tradición y el dominio que tiene la comunidad sobre un recurso biológico, del recurso mismo. Por ejemplo, no es fácil separar la yuca, como un recurso vital para los Sikuani, de su saber y su propia historia, ni se podrían escindir los conocimientos que los campesinos de los Andes tienen sobre el cultivo de variedades de papa, maíz y hortalizas, de su vida cultural y de sus tradiciones.

“Entre los pueblos indígenas estas concepciones se expresan principalmente en conjuntos mitológicos, sistemas religiosos y chamánicos y un conjunto de regulaciones internas relativas, entre otras, al manejo del medio ambiente, los sistemas de producción e intercambio y los sistemas que cada pueblo utiliza para procurarse la salud y prevenir las enfermedades²”.

14. En este orden de ideas, es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto

2 Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander von Humboldt. *“Protección del Conocimiento Tradicional, Elementos Conceptuales para una Propuesta de Reglamentación -El Caso de Colombia-.”* Op.cit. Pg. 36.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “*constituyen un legado que une –como un todo– la generación presente y a las generaciones del futuro.*”³

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella.⁴

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos. [...]

3 Ibidem. Pg. 55.

4 QUAILE, Geoff, SMITH, Peggy “Una Perspectiva Aborigen sobre el Progreso de Canadá en el Cumplimiento de sus Compromisos Nacionales para Mejorar la Participación Aborigen en la Ordenación Forestal Sostenible” En: <http://www.fao.org/montes/foda>.

El derecho de consulta como mecanismo de participación en la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas

Corte Constitucional

Sentencia C-620/03

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Bogotá, julio 29 de 2003

[...] II. Normas demandadas

El siguiente es el texto de la Ley, dentro del cual se resalta el aparte parcialmente acusado en la demanda correspondiente al expediente D-4381:

“LEY 773 DE 2002

(noviembre 14)

“por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia

“Decreta:

“Artículo 1°. Autorización. Autorízase al Gobierno Nacional para crear una sociedad de economía mixta, *en calidad de concesionaria*, vinculada al Ministerio de Desarrollo, cuyo objeto principal será la administración, fabricación, explotación, transformación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure, Guajira, actividades que actualmente desarrolla el Instituto de Fomento Industrial, IFI, en virtud del contrato de administración delegada celebrado con la Nación el 1° de abril de 1970.

“Artículo 2°. Entrega de activos. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la Nación entregará, en calidad de capital inicial de la nueva sociedad, la totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada en lo relativo a las salinas marítimas de Manaure, Guajira, a la asociación de autoridades tradicionales indígenas Wayuu del área de

influencia de las Salinas de Manaure, “Sumain Ichi”, en un 25%, al Ministerio de Desarrollo Económico como representante de la Nación en la nueva sociedad el 51%, y el 24% restante al municipio de Manaure, Guajira. Estas transferencias accionarias se harán a las partes aquí referidas como socias de la nueva empresa sin que implique para ellas costo alguno.

Al momento de constituirse la sociedad de economía mixta, que se autoriza en el artículo 1° de la presente ley, la participación de la asociación “Sumain Ichi”, no podrá ser inferior al 25% del capital suscrito y pagado. Una vez constituido este porcentaje podrá variar al igual que el de los otros accionistas de la sociedad.

Las utilidades que obtenga el Municipio de Manaure, Guajira, como consecuencia de la participación en esta sociedad serán destinadas a atender los costos que implican el suministro de agua en su territorio a través del sistema no convencional de los molinos de viento.

“Artículo 3°. Entrega de los activos involucrados en la prestación de los servicios públicos. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley y con el fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos de educación, salud, suministro de agua y saneamiento básico de la Media y Alta Guajira, el Instituto de Fomento Industrial, IFI, a nombre de la nación entregará los activos involucrados en la prestación de dichos servicios públicos a las administraciones municipales responsables de su prestación y en cuyo territorio se encuentran ubicados dichos activos, de acuerdo a las definiciones y procedimientos legales vigentes. El Gobierno Nacional entregará los activos involucrados a la prestación de los servicios públicos de provisión de agua en óptimas condiciones de funcionamiento.

“Parágrafo. La totalidad de los activos vinculados al contrato de administración delegada, suscrito entre la Nación y el Instituto de Fomento Industrial, IFI, al que se refiere el artículo 1° de la presente ley, que no estén vinculados a la prestación de servicios públicos o a la explotación de las salinas nacionales de Manaure, Guajira, serán igualmente transferidos a nombre de la Nación, por parte del Instituto de Fomento Industrial, IFI, a las administraciones municipales donde se encuentren ubicados.

“Artículo 4°. Exención de impuestos para la constitución de la Sociedad. La constitución de la Sociedad Salinas Marítimas de Manaure, Sama, estará exenta de cualquier tipo de impuestos, tasas o contribuciones del orden nacional que se requieran para la constitución de este tipo de sociedades.

“Artículo 5°. Administración de la Catedral de Sal de Zipaquirá. Mediante la presente ley y a partir de su entrada en vigencia cédese a favor del municipio

de Zipaquirá, Cundinamarca, la administración de la totalidad de las rentas producidas por la explotación turística de la Catedral de Sal de Zipaquirá, así como las provenientes de los demás bienes que conforman este complejo turístico. Estos recursos serán utilizados por el municipio, prioritariamente, para el mantenimiento y funcionamiento óptimos de la Catedral como Monumento Turístico-Religioso y para fomentar el desarrollo productivo y turístico y sus obras de infraestructura del orden local y regional, en armonía con lo establecido por la Ley 388 de 1997 sobre Planes y Programas del Orden Territorial a escala municipal, departamental y nacional.

“Artículo 6°. Derogatorias. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias en especial las establecidas en los Decretos-ley números 1376 de 1994 y 1223 de 1995.”

[...] VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

[...] C. Examen de los cargos de inconstitucionalidad por razones de fondo.

[...] C.3 Protección constitucional a las comunidades indígenas, en relación específica con los recursos naturales existentes en sus territorios.

8. Dentro del marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana, recogido expresamente en los artículos 7 y 70 superiores, la Carta dispensa una protección especial al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, entre ellas las relacionadas con la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios. Esta protección especial del derecho de participación en este tipo de decisiones está consagrada en el artículo 330 superior, particularmente en su párrafo, normas que son del siguiente tenor:

“ARTICULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones :

“... “5. Velar por la preservación de los recursos naturales.”...

“PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Destaca la Corte)

Como puede apreciarse, la Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de velar por la preservación de los recursos naturales existentes en sus territorios y, correlativamente, prescribe que en las decisiones que otras autoridades adopten respecto de la explotación de los mismos, se “*propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”. Es decir, del texto de la Constitución emana con claridad el derecho especial de participación en la adopción de este tipo de decisiones.

La jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, y entre ellas en las relacionadas con los recursos naturales existentes en sus territorios, como una consecuencia del derecho a su identidad cultural, el cual, a su vez, ha sido considerado como un derecho fundamental de la comunidad indígena entendida como sujeto de protección constitucional^{*1}. Sobre esta realidad jurídica la Corte se ha expresado así:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. *De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones*².” (Destacado fuera del original)

Como puede verse, no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, ha sido estimada como un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural. Sobre el asunto la Corte ha vertido también la siguiente doctrina:

“A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 El carácter de derecho fundamental que se le ha reconocido a la identidad cultural de las comunidades indígenas, está explicado entre otras, en las sentencias T-380 de 1993, Su 039 de 1997 y Su 510 de 1998.

2 Sentencia SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que *la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental*, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades³.” (Destacado fuera del original)

9. Dentro del mismo espíritu de la Constitución, tendiente a la protección de la diversidad étnica y cultural, la Conferencia General de la OIT reunida en Ginebra en el año 1989 adoptó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Este Convenio, como se deduce de la parte considerativa del mismo, pretende ser un instrumento de garantía de su derecho a la preservación de sus rasgos culturales⁴. En este sentido son elocuentes algunos de los considerandos previos al articulado del Tratado, en donde se explican las razones que han llevado a los Estados firmantes a adoptar tal reglamentación; entre otras reflexiones, se dice allí que al Convenio se ha llegado “*recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación*” y que el mismo obedece a una evolución del Derecho Internacional que, pasado de una orientación hacia la asimilación de los pueblos indígenas y tribales a las culturas mayoritarias en que se encuentran insertados, evolucionó hacia el reconocimiento del derecho de tales pueblos a mantener su identidad cultural y a “*asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida*”.

10. Dentro del contexto de esta nueva axiología, el Convenio 169 confiere una especial importancia al derecho de participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que los afectan y por ello en su artículo 6° prescribe lo siguiente:

3 Ibidem. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia T- 652 de 1998.

4 En este sentido la parte introductoria del Convenio señala que al mismo se ha llegado “*reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven*”.

“Artículo 6o

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

“a) *Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; “...*

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Específicamente en el terreno de la participación de las decisiones relativas al manejo del medio ambiente y de los recursos naturales, los artículos 7°, 13 y 15 del Convenio disponen:

“Artículo 7o

“1. *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

“2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

“3. *Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*

“4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

Artículo 13.

“1. *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o*

con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. ...

Artículo 15.

1. *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*
2. *En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” (Destacado fuera del original)*

11. Ahora bien, las anteriores disposiciones están recogidas en un Convenio adoptado por la Conferencia General de la OIT, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, respecto del cual la jurisprudencia constitucional ha estimado que, en cuanto el mismo consagra la protección de derechos que han sido estimados fundamentales –los derechos a la integridad cultural y el subsiguiente derecho de consulta en las decisiones relativas a recursos naturales-, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. *De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación*”⁵.

12. Ahora bien, el mecanismo de consulta a las comunidades indígenas obedece al reconocimiento que tanto la legislación internacional como la Constitución Política hacen del derecho que les asiste de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y de preservar su cultura; además, es una concreción de la participación ciudadana en el ejercicio del poder político, que

la Carta promueve de manera general como valor fundamental. Tal participación no puede entonces ser entendida como la existencia formal de oportunidades para manifestar opiniones, sino que tiene que tener un alcance real y efectivo en el momento de adoptar las decisiones que conciernen a las comunidades indígenas y tribales.

En cuanto a los objetivos que persigue la consulta como mecanismo de participación de las comunidades indígenas en las decisiones relativas a los recursos naturales, la Corte ha señalado que con ella se busca:

- “a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.
- “b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.
- “c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada⁶.

”Establecido que estos son los propósitos que se persiguen con la consulta, y que la misma es un mecanismo de participación previsto tanto en la constitución como en un Convenio Internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad, es necesario agregar que la jurisprudencia que se viene comentando señala que *“no tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”*, sino que es necesario que, dentro del proceso de consulta, *“se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”*.

6 Ibidem.

7 Ibidem.

13. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido que, en desarrollo del Convenio 169 de la OIT, “*corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado*”⁸. Es decir, es el derecho interno, dentro de un amplio margen de discrecionalidad, el que debe precisar los términos en que se desarrollará la consulta a las comunidades indígenas. En este Sentido, la Corte ha dicho:

“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, “*mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades “*el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”.

“De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: “*La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio de-*

En el caso que se decidió mediante la Sentencia SU-039 de 1997, la controversia se originó en el otorgamiento de la licencia ambiental a la sociedad “Occidental de Colombia Inc” para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena U’wa, con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la O.I.T. y a la ley. En esa oportunidad se había ordenado una consulta a la comunidad indígena Tunebo (U’wa) la cual había sido llevada a cabo en la ciudad de Arauca con la participación de representantes del Ministerio de Minas y Energía. No obstante, la Corte consideró que esa “consulta” no reunía las condiciones exigidas por la Constitución y las normas internacionales, por cuanto la misma tendría que haber sido previa a cualquier decisión y por lo tanto actuaciones posteriores destinadas a suplir la carencia de la misma, carecerían de valor y significación. Adicionalmente, en ella tendrían que haber intervenido autoridades del Estado con suficiente poder de representación y de decisión, circunstancias todas estas que, a juicio de la Corte, no habían estado presentes en la mal llamada “consulta” que se había adelantado en esa oportunidad con la comunidad U’wa.

8 Sentencia C- 408 de 2002. M. P Álvaro Tafur Gálvis.

berán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país". Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969⁹, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*" (destacado fuera del texto).

Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias

La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

*"La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades"*¹⁰.

14. Como un desarrollo de la Ley 21 de 1991, mediante la cual se aprobó el referido Acuerdo 169 de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, especialmente de sus artículos 7° numeral 3° y 15 numeral 2°, y también en desarrollo de los artículos 44 de la Ley 70 de 1993 y 76 de la Ley 99 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto reglamentario N° 1320 de 1998, por el cual se reglamentó la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio.¹¹

9 Aprobada mediante Ley 67 de 1.993.

10 Sentencia C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

11 Los considerandos de este Decreto expresan que el mismo se adopta teniendo en cuenta lo siguiente:

Dicho Decreto¹², aunque contiene normas sobre la forma en que se deben adelantar consultas a los pueblos indígenas, es aplicable únicamente en materias concretas –licencias ambientales o establecimiento de planes de ma-

“Que el artículo 7º de la Constitución Política señala que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”:

“Que el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política establece: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

“Que el numeral 3º del artículo 7º de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio N° 169 de 1987 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, dispone que: “Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas”.

“Que igualmente, el numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991 establece que: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...”.

“Que el artículo 17 de la Ley 70 de 1993 preceptúa que a partir de su vigencia y hasta tanto no se haya adjudicado en debida forma la propiedad colectiva a una comunidad negra que ocupe un terreno en los términos que la misma establece, no se adjudicarán las tierras ocupadas por dicha comunidad ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales, sin concepto previo de la Comisión conformada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Ministerio del Medio Ambiente.

“Que el artículo 35 del Decreto 1745 de 1995 sobre elementos básicos para el concepto previo por parte de la Comisión Técnica, en su numeral 1º establece que esta Comisión verificará “si el proyecto objeto de la solicitud de otorgamiento de licencia ambiental, concesión, permiso, autorización o de celebración de contratos de aprovechamiento y explotación de los recursos naturales y genéticos (sic), se encuentra en zonas susceptibles de ser tituladas como tierras de comunidades negras, a fin de hacer efectivo el derecho de prelación de que trata la ley”.

“Que de igual forma, el artículo 44 de la Ley 70 de 1993 establece: “Como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impactos ambiental, socioeconómico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.

“Que el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 estipula que: “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades”.

“Que se hace necesario reglamentar de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales mediante un procedimiento específico que permita a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia y cumplir el mandato contenido en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993..”

12 El Decreto 1320 de 1998 fue objeto de una demanda conocida por la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, quien no accedió a la solicitud de declarar la nulidad de todo su texto. Ver Sentencia de mayo 20 de 1999, rad. 5091

nejo ambiental, documento sobre evaluación y manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables—. Sin embargo, sienta una orientación a cerca de los términos en que debe operar este mecanismo de participación previsto para la protección de las comunidades indígenas.

15. Como corolario de todo lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones en relación con el derecho de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales existentes en su territorio, en particular aquellos de propiedad estatal como la sal marina y las vertientes de agua salada, considerados por la ley como bienes fiscales concesibles:

- a. La jurisprudencia ha determinado que la protección a la identidad cultural de las comunidades indígenas es un derecho fundamental, cuyo reconocimiento está orientado a lograr la preservación de tales culturas.
- b. Del anterior derecho se desprende el de participación de la comunidad indígena en la adopción de las decisiones que les conciernen y en especial en las relativas a la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, como expresamente lo prescribe el parágrafo del artículo 330 de la Constitución. Este derecho de participación, por la particular influencia que el medio ambiente tiene en la definición de los rasgos de las culturas indígenas, ha sido estimado también por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental.
- c. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989 adoptado por la conferencia de la OIT, norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa. Dicho artículo, además, establece que los pueblos indígenas *“deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”*
- d. El convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la ley lo hace.

- e. La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual *“la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.
- f. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consulta, como mecanismo de participación en la adopción de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, es obligatoria en cuanto a su verificación, pero no sustrae de la competencia de las autoridades la adopción final de la medida legislativa o administrativa, como en general sucede con todos los mecanismos de concertación.

Con fundamento en el anterior recuento normativo y jurisprudencial, pasa la Corte a examinar concretamente los cargos de la demanda.

C.4. Examen particular de los cargos de la demanda

16. Previamente al estudio de los cargos de inconstitucionalidad aducidos en la demanda, la Corte estima imprescindible estudiar pormenorizadamente los antecedentes históricos y legislativos que llevaron al Congreso Nacional a expedir la Ley 773 de 2002, pues de este estudio se desprende cuál fue el propósito legislativo que se persiguió al autorizar la constitución de una sociedad de economía mixta con participación accionaria de la comunidad indígena dedicada a la explotación de la sal de Manaure y disponer que esa sociedad sería, por ministerio de la Ley, la concesionaria en el respectivo contrato para la explotación de esos recursos minerales.

Adicionalmente, para entrar en el estudio de las acusaciones de inconstitucionalidad es menester precisar el sentido y alcance de la norma parcialmente acusada, en especial frente a la vigencia de las normas del Código de Minas referentes a zonas mineras indígenas y al derecho de prelación de las respectivas comunidades para la adjudicación de contratos de concesión para la explotación de recursos minerales de propiedad estatal.

[...] C.4.6. Estudio de la norma acusada frente a lo dispuesto por el párrafo del artículo 330 de la Constitución Política y por los artículos 6°, 7°, 13 y 15 del Convenio 169 aprobado por Conferencia General de la OIT reunida en Ginebra en el año 1989 relativo a los derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

24. Como se recuerda, el párrafo del artículo 330 superior prescribe que *“la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”* y que *“en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”* En el mismo orden de ideas, los artículos 6°, 7°, 13 y 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante la Ley 21 de 1993 y que por las razones arriba explicadas forma parte del bloque de constitucionalidad, exigen consultar a los pueblos indígenas interesados, *“mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”*, cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. En relación con la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal ubicados dentro de sus territorios, el artículo 15 del referido convenio indica que el Estado debe *“establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.”*

Se pregunta entonces la Corte si para la adopción del artículo 1° de la Ley 773 de 2002 el Estado colombiano dio cumplimiento a tales exigencias constitucionales y al compromiso internacional explicado.

Para la Corporación resulta claro que la adopción del artículo 1° de la Ley bajo examen, incluida la expresión acusada, no obedeció a una decisión unilateral e inconsulta del legislador, sino que representa la culminación de un largo proceso de concertación llevado a cabo entre el Gobierno Nacional y la comunidad indígena Wayúu asentada en el área de las Salinas de Manauré. No es necesario repetir ahora el recuento de los antecedentes históricos y legislativos del artículo bajo examen, a los que anteriormente se hizo referencia dentro de esta providencia, que llevan a concluir que permanentemente se dio la participación de ese pueblo indígena en el proceso que terminó con la aprobación de la norma mencionada. La fórmula jurídica acordada, esto la creación de la sociedad de economía mixta SAMA como concesionaria de la explotación salinífera, fue estimada por la Asociación Sumain Ichi que representa a ese pueblo como la manera adecuada de resolver sus problemas y de mantener su identidad cultural. El reclamo mediante acción de tutela del cumplimiento

de ese Acuerdo corrobora el interés de esa comunidad en la constitución de la sociedad a que se refiere el artículo 1° de la ley bajo examen.

En igual sentido, la intervención oficial dentro del presente proceso de la junta directiva de la Asociación Sumain Ichí, entidad de derecho público especial con personería reconocida por la dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, que agrupa a las autoridades tradicionales de las comunidades Wayúu asentadas en la zona de Manaure, pone de manifiesto que el artículo 1° de la Ley 773 obedece a la necesidad de impartir aprobación legislativa a una fórmula de concertación acordada entre el Gobierno Nacional y esa Asociación, fórmula que se considera benéfica para esa etnia. En ese sentido, una las manifestaciones recogidas en la intervención de la Asociación Sumain Ichi, expresa lo siguiente:

“Es así como la comunidad Wayúu de Manaure, con el apoyo de todos los sectores, dueños de tierras, charqueros Wayúu, explotadores de las charcas indígenas de Shorshimana y Manaure, y los transportadores de sal, logramos, unidos hombro a hombro con el Gobierno Nacional, Departamental de La Guajira, y Municipal de Manaure, la aprobación y posterior sanción de la Ley 773 de 2002”

Todo lo anterior indica a la Corte que el artículo 1° de la Ley 773 de 2002 es una medida legislativa que, con anterioridad a su aprobación en el Congreso, fue ampliamente concertada entre el Gobierno y la Asociación que representa a la comunidad indígena. En ese proceso de concertación, dicha comunidad estuvo representada por una Asociación que ostenta la representación jurídica del pueblo indígena y que aun hoy, manifiesta su acuerdo con la decisión del legislador. Además, el referido proceso mediante el cual la comunidad Wayúu participó en la adopción de la fórmula de concertación que finalmente fue aprobada por el legislador se desarrollo con anterioridad a la expedición de la ley correspondiente.

Además, no pasa inadvertido a la Corte que la medida legislativa adoptada para la explotación de los recursos naturales minerales de propiedad estatal que se encuentran en los territorios de la comunidad Wayúu consiste en una autorización para constituir la sociedad que vendrá a ser la concesionaria de la explotación de tales recursos. En tal virtud, la sociedad no nacerá a la vida jurídica sin la aceptación previa de la entidad que jurídicamente representa a la comunidad indígena de la etnia Wayúu asentada en la zona salinífera de Manaure, esto es la Asociación Sumain Ichi. Por lo mismo, la explotación de los recursos minerales por parte de esa sociedad tampoco puede iniciarse sin dicha aprobación. De esta manera, la medida legislativa requiere, para su implementación como mecanismo autorizado de explotación de las minas de sal, de una nueva aprobación por parte de quienes representan jurídicamente a la etnia indígena.

Así las cosas, la Corte encuentra debidamente acreditada la participación de la comunidad indígena en la adopción de la medida legislativa contenida en la norma bajo examen y también en el desarrollo que se le pueda dar a la misma. Esta participación le ha dado la oportunidad etnia Wayúu de lograr una fórmula que respeta su integridad cultural, social y económica.

25. Sin embargo, cabe preguntarse si ese proceso participativo, que culminó con la fórmula de concertación que el artículo parcialmente acusado autoriza, se llevó a cabo adecuadamente de manera tal que el derecho a la consulta haya quedado debidamente satisfecho. Es decir, si se surtió de acuerdo con el procedimiento exigido tanto por la Constitución como por el acuerdo 169 de la OIT.

Para responder este interrogante es necesario definir si las normas constitucionales y las que integran el llamado bloque de constitucionalidad consagran un trámite específico para adelantar la consulta a los pueblos indígenas y asegurar la participación suya en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en sus territorios. Al respecto, como antes se dijo, las normas del mencionado Convenio no indican cuál es el mecanismo mediante el cual se debe adelantar tal consulta, por lo que *“corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado”*¹³. Por lo tanto es el derecho interno el que debe precisar los términos en que se desarrollará la consulta a las comunidades indígenas.

Como se ha dicho, la Constitución Política se refiere en el párrafo de su artículo 330 al derecho de participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a recursos naturales. No obstante, esta norma superior no indica un procedimiento para hacer efectiva esa participación y, como también se vio, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido el amplio margen de libertad en que se encuentra el Estado para dar cumplimiento a los compromisos internacionales relativos al tema; al estudiar los alcances del artículo 34 del Convenio 169 según el cual *“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”*, indicó que el instrumento internacional le otorgaba al Estado:

“un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan;

13 Sentencia C- 418 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Gálvis.

ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan”.¹⁴

Por ello no estima la Corte necesario llevar a cabo un examen rígido del procedimiento utilizado por el Gobierno para llegar a la fórmula de concertación que fue autorizada en la norma bajo examen, máxime cuando la puesta en ejecución de la misma requiere de una nueva aprobación de la comunidad indígena concernida, mediante el otorgamiento de su consentimiento a la hora de suscribir el contrato que dará nacimiento a la sociedad concesionaria de la explotación de los recursos naturales.

Si la referida comunidad, pese a haber participado en la adopción de la fórmula de concertación autorizada por el artículo 1° de la Ley 773 de 2002, llegare a cambiar de parecer, ella misma podría impedir su ejecución absteniéndose de concurrir a la suscripción del contrato de sociedad.

En conclusión, la Corte estima que los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1° de la Ley 773 de 2002, referidos en esta providencia, demuestran que antes de la expedición de la norma la comunidad indígena Wayúu asentada en la zona de las Minas de Sal de Manaure tuvo oportunidad de ejercer su derecho a la participación en la adopción de la medida legislativa contenida en ella. Esta participación, además, se dio a través de la Asociación que jurídicamente representa a la etnia, es decir la Asociación Sumain Ichi.

Por todo lo anterior, estima la Corporación que la norma parcialmente acusada no desconoce ni el parágrafo del artículo 333 de la Constitución Política, ni los compromisos internacionales asumidos por Colombia en el convenio 169 de la OIT, integrante del bloque de constitucionalidad.

26. Por último, el hecho de que la propia Asociación Sumain Ichi haya solicitado ante el Ministerio de Minas la declaración del área geográfica donde está asentada la comunidad indígena de Manaure como zona Minera Indígena, solicitud que fue atendida positivamente mediante la expedición de la Resolución Número 181087 de noviembre de 2002, no incide en la validez del proceso de consulta y concertación que se concretó primero en el Acuerdo de 1991 y posteriormente en la expedición de la Ley bajo examen. Esta Resolución, proferida de conformidad con lo regulado en el Código de Minas, le confiere a la Asociación mencionada el derecho de preferencia para la adjudicación directa de la concesión para la explotación de la sal. La

14 Sentencia C-169/01.

comunidad puede entonces acogerse a esa posibilidad jurídica, intentar el otorgamiento de la concesión y no suscribir el contrato de sociedad a que se refiere la norma bajo examen.

La opción anterior no hace que la ley demandada devenga en inconstitucional, pues está debidamente acreditado que se dio un proceso de concertación entre el Gobierno y la comunidad Wayúu que permitió la participación de la comunidad indígena en la adopción de la medida legislativa contenida en el artículo 1° de la Ley 773 de 2002 y que dicho proceso se llevó a cabo con la intervención de la Asociación que jurídicamente representa a tal comunidad, esto es con Sumain Ichi. En tal virtud el legislador cumplió con las exigencias constitucionales. Menos aun puede considerarse que tal opción implique la inconstitucionalidad de la norma por falta de concertación con la comunidad cuando, como innumerables veces se ha dicho en esta providencia, la naturaleza jurídica de la medida legislativa que se examina implica por sí misma que, antes de la creación de la sociedad, se exprese nuevamente la voluntad de la comunidad indígena, cuando Sumain Ichi concurre a suscribir el contrato correspondiente. Ciertamente, la explotación de las minas de Sal de Manaure por la sociedad SAMA “*en calidad de concesionaria*”, requiere que tal sociedad sea constituida con la intervención de la Asociación que legitimamente representa a esa etnia.

27. Empero, la Corte debe hacer particular énfasis en que si bien la sociedad de economía mixta que el artículo 1° de la Ley bajo examen autoriza a conformar asociará a la Nación, el Municipio de Manaure y Sumain Ichi en su condición de Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu del área de influencia inmediata de las Salinas de Manaure, ello no quiere decir que el beneficio de la explotación salinífera que por este conducto se llegue a obtener favorezca exclusivamente a la referida persona jurídica representativa de la comunidad indígena. Tal utilidad económica debe llegar a todas las comunidades indígenas y tribales asentadas en la zona de explotación salinífera de Manaure, y todas estas etnias deben ser favorecidas en condiciones de igualdad.

La anterior claridad cobra importancia dado el desacuerdo que existe entre la Asociación Sumain Ichi y algunos de sus miembros, o miembros de las etnias que agrupa y representa, desacuerdo que ha sido detectado dentro del trámite de la presente acción de inconstitucionalidad. Así, se reitera, si bien la sociedad SAMA se constituiría con la Asociación Sumain Ichi, todas las etnias que conforman la comunidad Wayúu ubicada en la zona de explotación salinífera de Manaure, independientemente de si están representadas o no en la aludida asociación y de si comparten o no la decisión de constituir

la sociedad de economía mixta prevista en la ley, deben ser partícipes de la actividad económica de explotación salinífera a que ancestralmente se han dedicado, y de los beneficios económicos que genere dicha explotación.

28. Finalmente, no sobra recordar que el artículo 1° de la Ley 773 de 2002 sólo concede una autorización para constituir la sociedad a que se refiere, por lo cual la comunidad indígena de Manaure mantiene la opción de hacer valer la prelación que tiene dicha etnia para la adjudicación del contrato de concesión para la explotación de los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la zona minera indígena declarada mediante Resolución Número 181087 de noviembre de 2002, expedida por el Ministerio de Minas.

Esta zona, además, fue declarada como tal con fundamento en lo prescrito por el artículo 122 del Código de Minas –Ley 685 de 2001, norma que en su oportunidad fuera declarada exequible por esta Corporación mediante Sentencia C- 891 de 2002¹⁵, en donde se dijo:

“Las anteriores normas sobresalen precisamente por su carácter garantista y protector de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos que ocupen real y tradicionalmente las zonas mineras indígenas, destacándose nítidamente la previa participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas frente a todas las propuestas de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las mencionadas zonas, sin perjuicio de la prelación que tales comunidades y grupos indígenas tienen para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en la respectiva zona minera indígena. Concesión que con especial sentido teleológico se debe otorgar a solicitud de la comunidad o grupo indígena y a favor de ésta y no de las personas que la integran, es decir, con un indiscutible carácter colectivo. Respetándose al efecto la autonomía que la autoridad indígena regente ejerza sobre la forma en que los individuos participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones para sus sustitución dentro de la misma comunidad, con la sana advertencia de que dicha concesión no será transferible en ningún caso.”

Por último, en el caso de que por cualquier circunstancia no se llegara a constituir la sociedad a que alude el artículo 1° de la Ley bajo examen, ni tampoco, a pesar del derecho de prelación a que se ha aludido, se llegara a otorgar la concesión para la explotación de los recursos saliníferos de Manaure a la comunidad Wayúu asentada en la zona, la persona o personas ajenas a ese grupo étnico que obtuvieran la referida concesión deberán vincular preferentemente a dicha comunidad a sus trabajos y obras, y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia, de conformidad con lo que al

15 M.P Jaime Araujo Rentería.

respecto prescribe el artículo 128 del Código de Minas, también declarado exequible en la mencionada sentencia C- 891 de 2002.

Los predios adquiridos por los pueblos indígenas mediante subsidios serán destinados a la propiedad colectiva y no a la propiedad privada

Corte Constitucional

Sentencia C-180/05

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

Bogotá, marzo 1º de 2005

[...] II. Disposición demandada [...]

“Ley 160 de 1994

(Agosto 3)

Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994

Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

(...)

ARTÍCULO 21. El subsidio para la adquisición de tierras a que se refiere este Capítulo será administrado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria o a través de la celebración de contratos de encargo fiduciario o de fiducia pública.

Autorízase a la Junta Directiva del INCORA para establecer montos diferenciales del subsidio para la adquisición de tierras de acuerdo con las condiciones socio-económicas de los beneficiarios del subsidio. En tal virtud podrán determinarse los siguientes tipos de subsidio:

- a) *Del 70% del valor correspondiente a la respectiva unidad agrícola familiar;*
- b) *Del 70% del valor correspondiente a la respectiva unidad agrícola familiar y un subsidio para la tasa de interés del crédito de tierras, en las condiciones financieras que señale para tal efecto la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario.*

(...)

ARTÍCULO 85. El Instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el es-

tudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos.

Con tal objeto constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad.

Así mismo, reestructurará y ampliará los resguardos de origen colonial previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos, con las tierras poseídas por los miembros de la parcialidad a título individual o colectivo, y los predios adquiridos o donados en favor de la comunidad por el INCORA u otras entidades.

PARÁGRAFO 10. *Los predios y mejoras que se adquieran para la ejecución de los programas de constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos y dotación de tierras a las Comunidades Indígenas, serán entregados a título gratuito a los Cabildos o autoridades tradicionales de aquéllas para que, de conformidad con las normas que las rigen, las administren y distribuyan de manera equitativa entre todas las familias que las conforman.*”

VI. Consideraciones y fundamentos [...]

Problema jurídico

El actor demanda los literales a y b del artículo 21 de la Ley 160 de 1994 y el párrafo del artículo 85 del mismo cuerpo normativo porque, a su juicio, consagran un trato diferente no justificado constitucionalmente –trato discriminatorio- entre los campesinos y los indígenas en materia de acceso a la propiedad de la tierra.

Dicho trato discriminatorio consiste en que mientras los literales a y b del artículo 21 prevén que el monto del subsidio que se otorga a los hombres y mujeres campesinos para la adquisición de unidades agrícolas familiares será del 70% del valor del predio, el párrafo del artículo 85 de la misma ley consigna que los predios y mejoras que se adquieran con destino a los resguardos y a la dotación de tierras de las comunidades indígenas serán entregados a título gratuito a sus autoridades tradicionales o a los Cabildos. [...]

3. El marco normativo de las disposiciones acusadas

Los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política, constituyen el fundamento de la acción del Estado para crear las condiciones necesarias que permitan el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social,

recreación y crédito, e igualmente para darle prioridad, apoyo y especial protección al desarrollo de las actividades agropecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, y a la construcción de obras de infraestructura física en el campo^{*1}.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 160 de 1994 por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, mediante la cual se ajustaran a los cánones de la Carta Política las disposiciones que en nuestro país regulaban el tema agrario, al tiempo que se corrigieron las dificultades que se presentaron con la aplicación de la normatividad agraria contenida en la Ley 135 de 1961.

Las disposiciones demandadas hacen parte de este contexto normativo y pretenden, por una parte dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 64 constitucional, esto es, promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrícolas, pues es esta la específica finalidad de los subsidios contemplados en el artículo 20 y siguientes de la Ley 160 de 1994.

Por otra parte, el parágrafo del artículo 85 de la misma ley, guarda estrecha relación con el carácter multiétnico y pluricultural del Estado Colombiano, consagrado en el artículo séptimo de la Carta de 1991, pues regula lo relacionado con la provisión de tierras a las comunidades indígenas para la constitución de resguardos. En otras palabras, cumple una finalidad similar a la de los artículos 20, 21 y 22 de la Ley 160 de 1994, pues permite el acceso a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas.

Entonces, las disposiciones demandadas persiguen realizar importantes finalidades y deberes de carácter programático a cargo del Estado colombiano cual es la de permitirles acceder a la propiedad de la tierra a dos grupos que por razones económicas, sociales y culturales tradicionalmente han carecido de este recurso, como son los trabajadores agrícolas y las comunidades indígenas.

Esto resulta más claro si se analiza los destinatarios de los subsidios contemplados en los literales a y b del artículo 21 de la Ley 160 de 1994. De conformidad con el artículo 20 del mismo cuerpo normativo el beneficiario del subsidio es el “campesino sujeto de la reforma agraria”, pero luego la misma disposición precisa quienes se encuentran dentro de tal categoría: los asalariados rurales, los minifundistas y tenedores de tierra, los desplazados y las personas de la tercera edad. Más adelante el artículo 24 incluye como beneficiarios de programas de reforma agraria a los hombres y mujeres campesinos

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. Sentencia C-006 de 2002.

en condiciones de pobreza y marginalidad y adicionalmente ordena al ente estatal encargado de establecer los criterios de selección de los beneficiarios de los subsidios dar especial atención a la situación de las mujeres campesinas jefes de hogar y las que se encuentren en estado de desprotección social y económica por causa de la violencia, el abandono o la viudez.

De este modo, dentro de la categoría de los trabajadores agrícolas, el legislador privilegió a determinados individuos atendiendo a su situación de pobreza y marginalidad o a su condición de sujetos de especial protección constitucional, como lo son las personas de la tercera edad, los desplazados y las mujeres cabeza de familia.

Se concluye, entonces, que las disposiciones demandadas en el presente proceso establecen sistemas o mecanismos especiales que permiten el acceso a la propiedad de la tierra a dos grupos de especial relevancia constitucional: Por una parte los trabajadores agrícolas (especialmente aquellos en condiciones de pobreza y marginalidad, y dentro de ellos especialmente las mujeres cabeza de familia) y por otra parte las comunidades indígenas.

Ahora bien, los mecanismos o sistemas configurados por el legislador no son los mismos. En el caso de los hombres y mujeres campesinos el artículo 21 de la Ley 160 de 1994 preveía un subsidio –crédito no reembolsable– bajo dos modalidades, a saber:

- 1) Un subsidio del 70% del valor correspondiente a la respectiva unidad agrícola familiar (literal a);
- 2) Un subsidio del 70% del valor correspondiente a la respectiva unidad agrícola familiar y un subsidio para la tasa de interés del crédito de tierras (literal b);

A diferencia de la legislación actualmente vigente, ninguna de las dos modalidades cubría el valor total de la tierra –unidad agrícola familiar– y el beneficiario debía sufragar el monto restante, bien fuera directamente de su propio peculio o mediante la suscripción de un crédito, en este último caso podría asignársele también un subsidio para la tasa de interés.

Cuando se trata de tierras destinadas a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas el sistema previsto por el parágrafo del artículo 85 de la Ley 160 de 1994 es distinto. En estos eventos las entidades estatales encargadas compran los predios y luego los transfieren a título gratuito a las comunidades indígenas.

Ahora bien, la diferencia de procedimientos para la adquisición de inmuebles destinados a la explotación agrícola es precisamente lo que se demanda en el presente proceso pues a juicio del actor constituye un trato discrimi-

minatorio de los campesinos frente a las comunidades indígenas. Nótese, sin embargo, que en todo caso los dos procedimientos legalmente previstos constituyen en realidad medidas que establecen un trato especial de grupos y sujetos que gozan de especial relevancia constitucional para acceder a la propiedad de la tierra.

No se trata, por lo tanto, de un evento en que un grupo ha sido privilegiado para acceder a un bien escaso², mientras que otros grupos que se encuentra en condiciones similares no ha sido objeto de una medida similar a favor suyo, el caso que aquí se contempla tiene distinto cariz pues los dos destinatarios de la normatividad han sido objeto de un trato favorable por parte del legislador, lo que se acusa es que dicho tratamiento favorable no sea idéntico. Corresponde entonces realizar el juicio de igualdad de las disposiciones demandadas para determinar su constitucionalidad.

4. El juicio de igualdad de las disposiciones acusadas

El juicio de igualdad en este caso debe partir de una constatación inicial: la existencia real de un trato diferente entre dos destinatarios de la Ley 160 de 1994, por un lado los campesinos y por otro lado las comunidades indígenas. El trato diferente consistía (hasta el advenimiento de la nueva legislación) en los distintos mecanismos establecidos para que estos grupos accedieran a la propiedad privada (en el caso de los campesinos) o colectiva (en el caso de las comunidades indígenas) de la tierra. Mientras los primeros recibían subsidios hasta por el setenta (70 %) por ciento del valor de los predios, a los segundo se les transfiere a título gratuito los predios adquiridos por las entidades estatales.

En el sentir del demandante no hay razón alguna que justifique el trato diferente pues se trata de dos destinatarios en idéntica situación. Se trataría entonces de un caso de sujetos que se encuentran en igualdad de circunstancias y que por lo tanto serían acreedores de un trato idéntico, sin embargo, esta apreciación es fácilmente rebatible pues existen diferencias significativas entre los campesinos y las comunidades indígenas.

En efecto, las comunidades indígenas de conformidad con reiterada jurisprudencia son sujetos constitucionales de especial protección, en razón a

2 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha utilizado la categoría de bienes escasos cuando los recursos, bienes o medios a distribuir por parte del Estado son muy inferiores a la demanda social existente, tales como por ejemplo los cupos universitarios en las universidades públicas y el acceso a los programas estatales de reforma agraria y de vivienda de interés social. Ver la sentencia C-423 de 1997.

la situación de marginamiento y discriminación a la que tradicionalmente han estado sometidos. Con fundamento en el principio constitucional que reconoce el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana (art. 7 CP), y en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), la Corte Constitucional ha reconocido a las comunidades indígenas como sujetos colectivos³, titulares del derecho a la diversidad e integridad étnica y cultural.

Mientras los campesinos (o los trabajadores agrarios al tenor del artículo 64 de la Constitución) no han recibido tal calificación por la jurisprudencia. Podría argüirse, sin embargo, que dentro de la categoría de campesinos beneficiarios de los subsidios se encuentran algunos sujetos que también gozan de especial protección constitucional como los desplazados, las personas de la tercera edad, los hombres y mujeres campesinos en situación de marginalidad y pobreza, y las mujeres cabeza de familia. Empero no todos los campesinos beneficiarios de subsidios son sujetos de especial protección e incluso subsiste una diferencia relevante entre aquéllos que si lo son y las comunidades indígenas, al menos desde el punto de vista jurisprudencia constitucional, pues esta Corporación en reiteradas ocasiones ha reconocido el derecho fundamental de los grupos étnicos a la propiedad colectiva, como elemento indispensable para garantizar su supervivencia, dada la estrecha relación existente entre la comunidad y su territorio, lo que no ha sucedido en el caso de los trabajadores agrícolas ni siquiera en los casos en que se trata de sujetos que gozan de especial protección constitucional.

La diferencia antes esbozada puede apreciarse desde una perspectiva diferente: mientras en el caso de las comunidades indígenas se trata de la adquisición de tierras de propiedad colectiva para la constitución, reestructuración, ampliación o saneamiento de los resguardos, y por lo tanto está en juego un derecho fundamental, en el caso de los trabajadores agrícolas, cualquiera que sea su condición, se trata de mecanismos para acceder al derecho de propiedad privada, el cual sólo excepcionalmente tiene el carácter de fundamental de acuerdo a la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, no se trata de sujetos que se encuentran en circunstancias idénticas como opina el actor, sino de sujetos que se encuentran en circunstancias en parte similar y en parte diversa por lo que habría de examinar si hay razones que justifiquen el trato diferente dispensado por el legislador.

Hecha la anterior precisión se impone una segunda consideración antes de continuar con el juicio de igualdad, que consiste en que las disposiciones legislativas sometidas a examen en este caso particular son medidas de pro-

3 Ver por ejemplo las sentencias T-380/93, T-01/9 SU-510/98 entre otras.

moción al tenor del inciso segundo del artículo 13 constitucional, pues tanto los subsidios para la adquisición de las unidades agrícolas familiares como la entrega gratuita de predios, son acciones afirmativas a favor de grupos marginados y discriminados. Lo que se reclama, como antes se expuso, no es la ausencia de un trato favorable para los campesinos sino que la medida prevista por el legislador no sea idéntica a la establecida para las comunidades indígenas.

Cuando se trata de medidas de promoción de los desfavorecidos la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se deben aplicar escrutinios intermedios de constitucionalidad⁴. Se reconoce en consecuencia un margen relativamente amplio de configuración por parte del legislador para implementar los mecanismos que hagan efectiva la igualdad material en favor de los grupos marginados.

Escogido el grado de intensidad del test de igualdad, acto seguido se debe analizar la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida por la medida de promoción y establecer si el mecanismo escogido por el legislador para alcanzar tal finalidad es idóneo. En este caso concreto no cabe duda de la constitucionalidad perseguida por la adquisición de predios destinados a los resguardos y a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, pues como antes se afirmó, tal tratamiento tiene fundamento en el deber de promoción del Estado colombiano de la diversidad étnica y cultural consagrado en el artículo séptimo de la Constitución. De igual manera la entrega de tierras a título gratuito a las comunidades indígenas se revela como un medio idóneo para alcanzar tal finalidad.

En cuanto a la necesidad del trato diferente establecido por el legislador no existen medidas alternativas que revistan una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin de promocionar la diversidad étnica y cultural. Por un lado el mecanismo de los subsidios no tiene la misma idoneidad que la entrega a título gratuito pues no hay que olvidar que, cuando se trata de comunidades indígenas, los predios adquiridos serán destinados a la propiedad colectiva y no a la propiedad privada de quienes la constituyen, razón por la cual establecer mecanismos de financiación que obliguen a que la comunidad o sus miembros aporten parte del valor de los predios y mejoras resultaría cuando menos antitécnico.

Finalmente el grado de promoción o satisfacción de la finalidad perseguida con la medida de protección contemplada por el legislador es alto, pues la entrega a título gratuito de predios a las comunidades indígenas permite

4 Sentencia C-093 de 2001.

que se consolide la propiedad colectiva sobre los resguardos y con ello se arraigue la identidad cultural de las comunidades indígenas estrechamente vinculada a la propiedad de la tierra. Mientras que el grado de afectación del deber de promoción de los campesinos es débil pues estos son titulares de medidas que igualmente les permiten el acceso a la propiedad como lo son los subsidios y los créditos.

Finalmente cabe anotar que la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido amplios márgenes de configuración legislativa cuando se trata de la asignación de bienes escasos, así en la sentencia C-423 de 1997 sostuvo:

“La aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución adquiere connotaciones especiales cuando, como en el caso colombiano, los recursos, bienes o medios a distribuir por parte del Estado son muy inferiores a la demanda social existente, es decir, cuando se trata de repartir bienes escasos. En estas situaciones, la afirmación de que todas las personas interesadas tienen derecho a que el Estado les asigne un recurso o un bien, además de ser ilusoria, tendría efectos paralizadores sobre la actividad estatal, e incluso podría originar serios problemas de estabilidad política. Por eso se ha considerado que la exigencia que se deriva del principio de igualdad para estos estados de cosas se restringe a que todas las personas interesadas tengan iguales posibilidades de acceder al proceso de selección de los beneficiarios y puedan tener la certeza de que la distribución de los bienes se hará acatando los procedimientos establecidos.

Ahora bien, para que la repartición de los bienes sea practicada de acuerdo con fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario responsable, se requiere de la fijación de unos determinados criterios. Estos criterios de distribución no pueden ser generales, aplicables a todos los casos, sino que han de ser determinados de acuerdo con las características propias de los bienes o medios por repartir y de las necesidades o aspiraciones que éstos satisfacen.

Obviamente, la determinación de criterios que regulen el proceso de asignación de los recursos implica la incorporación de factores de distinción entre los postulantes a la adjudicación del bien, pero esta diferenciación es propia de todos los procesos de selección y no es en sí misma merecedora de un reproche constitucional, a no ser que los elementos que rijan el proceso de escogencia conlleven discriminaciones inaceptables.”

En el presente caso resulta claro que las diferencias entre las comunidades indígenas y los campesinos tienen sustento en razones constitucionalmente legítimas como los son la diferencia de los sujetos destinatarios, la diferente destinación de los predios adquiridos, y la diferencia de principios y valores constitucionales en juego. [...]

Los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran circunscritos al territorio y aquellos que rebasan el ámbito del territorio indígena

Corte Constitucional

Sentencia T-778/05

Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, julio 27 de 2005

[...] II. Consideraciones y fundamentos

[...] 4. El derecho a la identidad cultural y el pluralismo a la luz de los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución que disponen el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la promoción de los diversos valores culturales de la Nación.

[...] 4.5. Ámbito de aplicación del derecho a la identidad cultural

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde esta ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación. Un ejemplo de esta proyección es la sentencia C-350 de 1994. Si bien la sentencia no hace referencia a las comunidades indígenas directamente si comprende la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural por fuera del ámbito de los territorios indígenas, limitando las decisiones del Congreso de la República en todo el territorio nacional. En la sentencia se consideró que la

participación del Presidente de la República en la consagración oficial del país al sagrado corazón quebrantaba el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por ser el Jefe de Estado símbolo de la unidad nacional. Detrás de la anterior decisión subyace el principio de multiculturalismo de la nación cuya aplicación rebasa el ámbito de los territorios indígenas y del cual se derivan prohibiciones para las diversas autoridades nacionales.

Existen otros derechos de las comunidades indígenas que sí se encuentran circunscritos al territorio. Por ejemplo, el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente respecto de las decisiones relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios. En el caso de las consultas previas, el artículo 330 de la Constitución estableció que *“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”*.

De acuerdo a la anterior disposición el mencionado derecho tiene un ámbito de aplicación que se encuentra directamente ligado al territorio que ocupan las comunidades, es decir las comunidades solo serán consultadas respecto de las medidas que se pudieran tomar para hacer uso de los recursos naturales en sus territorios.

En el caso del establecimiento de la jurisdicción especial indígena el artículo 246 de la Constitución establece:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La disposición otorga una autonomía jurisdiccional que busca respetar la diversidad cultural de las comunidades indígenas pero esta competencia de ejerce dentro del territorio de la comunidad, sin perjuicio de la aplicación del estatuto personal. No se puede confundir el ejercicio jurisdiccional dentro del ámbito territorial con la competencia que tiene la jurisdicción indígena para juzgar, ya que la última responde a criterios personales y territoriales, es decir al fuero indígena, pero el ejercicio de esta competencia siempre se manifiesta en el territorio indígena. La sentencia T-1238 de 2004¹ revisó el caso de un indígena que solicitaba que se declarara sin validez el proceso penal que se había llevado en su contra por la jurisdicción ordinaria ya que

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Sentencia T-1238 de 2004 MP: Rodrigo Escobar Gil.

el conocimiento del delito por el cual se le juzgó compete exclusivamente en las autoridades tradicionales del pueblo Cofán. La sentencia se pronunció sobre la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

3.3.2. El ejercicio de la jurisdicción indígena está sujeto a un ámbito territorial. Así se desprende de las previsiones constitucionales sobre la materia. De conformidad con el artículo 246 de la Constitución, las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. A su vez, el artículo 329 regula lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas, cuya delimitación “... se hará por el gobierno nacional, con participación de representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.”

De este modo, de acuerdo con la Constitución, la jurisdicción indígena se ejerce dentro de un ámbito territorial determinado. Cabe, sin embargo, preguntar si tal ámbito territorial debe estar formalmente delimitado, en cuyo caso la jurisdicción especial sólo procedería en el ámbito de las entidades territoriales indígenas debidamente constituidas, o, si, por el contrario, es posible acudir a otros criterios para establecer cual es ese ámbito territorial.

Para definir este asunto debe acudirse a criterios que armonicen los elementos que hacen parte del fuero especial indígena. Así, el territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, pero si vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo. De este modo, por ejemplo, no puede pretender una autoridad central ejercer la jurisdicción especial sobre una vasta zona geográfica, en la que actúan diversas autoridades nacionales, con base en la sola consideración personal. El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades. Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria, no por referencia abstracta a un derecho ancestral o por la mera presencia en el mismo de individuos de determinada etnia, sino por la efectiva presencia de la comunidad, que permita identificar un ámbito territorial como su dominio cultural.

En ese ámbito espacial, la Constitución permite el ejercicio de la jurisdicción indígena, lo que supone que existen unas autoridades, unos procedimientos y unas disposiciones sustantivas tradicionales. Por fuera de ese ámbito espacial, los individuos de las comunidades indígenas están sujetos al derecho nacional tanto en lo sustantivo como en lo procedimental.²

2 Sentencia T-1238 de 2004 MP: Rodrigo Escobar Gil.

Algo distinto sucede con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política, así como con otras manifestaciones de dicho derecho a las cuales ya se hizo referencia anteriormente. El derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas comprende la protección de los individuos de las comunidades para que éstos puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo a sus usos y costumbres en distintos ámbitos, que rebasan el criterio de la territorialidad. Lo anterior encuentra fundamento en las disposiciones constitucionales que establecen la obligación al Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural así como promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad (artículos 7, 70 de la C. P). De ahí que la admisión o establecimiento por parte de la Corte de una excepción por diversidad etnocultural se haya proyectado en todo el territorio nacional. De ahí también que en la sentencia sobre la representatividad del Jefe de Estado y su condición de símbolo de la unidad nacional haya prevalecido la protección del carácter multiétnico y multicultural de la nación.

En materia de representación política existe norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo 171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la Republica, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas.

En la revisión del proyecto de ley que desarrollaba el artículo 176 de la Constitución se señaló que la creación una circunscripción especial para indígenas y minorías, contribuía en forma definitiva a la materialización de diversos valores y principios constitucionales, en especial los de democracia participativa, pluralismo e igualdad dentro del respeto por las diferencias.

La Corte entendió que la medida materializaba el derecho a la participación política y se encontraba apoyada en la Constitución como un desarrollo del preámbulo de ésta y de sus artículos 1 y 2 en lo tocante al pluralismo. La Corte precisó que el objetivo de la medida no solo era constitucional sino

que desarrollaba los principios mencionados: “*Ya ha dicho la Corte que “el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior*”³. En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel”⁴.

Sin embargo, la medida no constituye un máximo sino un mínimo para un Estado que se concibe como multicultural, el cual se aseguró para que existiera una expresión real de la composición de la sociedad en los ámbitos representativos de la Nación. La presencia de los actores sociales en los cuerpos de representación política igualmente atiende el artículo 133 de la Constitución que establece que “*los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.*” La Corte en la referida sentencia lo entendió así cuando expresó que la medida en ningún momento era un obstáculo para que las personas identificadas con los grupos para los que se estableció una circunscripción especial se presentaran a través de la circunscripción departamental, es decir, territorial. La Corte lo planteó de la siguiente manera:

Visto, entonces, que la medida adoptada es, en lo esencial, un reflejo de la Constitución, se debe precisar que la creación de esta circunscripción especial no

3 Sentencia C-089 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz.

impide que los individuos que pertenecen a cualquiera de las cuatro categorías contempladas-grupos indígenas, comunidades negras, minorías políticas o colombianos residentes en el exterior-se presenten como candidatos a la Cámara de Representantes a través de la circunscripción territorial general que prevé el mismo artículo 176 Superior, ya que la elección entre una u otra circunscripción forma parte del núcleo esencial su derecho fundamental a elegir y ser elegido para ejercer funciones públicas (art. 40-1, C.P.)⁵.

Las anteriores disposiciones además de proteger la diversidad cultural son una promoción de los distintos valores culturales al lograr una proyección nacional de identidades culturales indígenas. La efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica.

Habiendo establecido que el derecho a la identidad cultural es un derecho cuyas manifestaciones rebasan el ámbito del territorio indígena en aras de la promoción de los distintos valores culturales que fundamentan la Nación, pasa la Sala a analizar, en lo pertinente para resolver el caso, el derecho de participación política y el derecho de representación. [...]

5 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz.

El derecho de los pueblos indígenas al territorio colectivo y los derechos de la población desplazada en materia de desalojo forzoso

Corte Constitucional

Sentencia T-282/11

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, abril 12 de 2011

[...] **Las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia**

1. La Corte Constitucional ha desarrollado una vasta jurisprudencia en relación con el alcance del pluralismo y la diversidad étnica, principios constitucionales que asumen el carácter multiétnico de la nación y prevén la existencia de sistemas jurídicos y políticos alternativos al del grupo mayoritario, con el fin de preservar el patrimonio cultural y los modos de vida de los distintos colectivos humanos que componen la nación.

2. En esta oportunidad interesa resaltar tres aspectos de ese entramado jurisprudencial y constitucional: (i) la titularidad de derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas; (ii) la condición de sujetos-colectivos de especial protección constitucional de estos mismos grupos; y (iii) algunas facetas del derecho fundamental al territorio colectivo para los pueblos aborígenes, relevantes para la solución del problema jurídico.

2.1. Sobre el primer aspecto, esta Corte ha considerado que el reconocimiento de derechos fundamentales a las comunidades indígenas tiene sustento en los principios de participación y pluralismo consagrados como fundantes del Estado en el artículo 1º superior; en el principio de respeto a la diversidad étnica establecido en el artículo 7º constitucional, y en el principio de igualdad entre culturas (artículo 70 CP).

En jurisprudencia temprana, explicó este Tribunal que el carácter *fundamental* de los derechos de los grupos indígenas se desprende de la prohibición de desaparición forzada llevada al plano de estos grupos humanos^{*1}.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Cfr. T-380 de 1993.

Posteriormente, la Corte ha avanzado en la comprensión de los derechos de los pueblos aborígenes en el marco del DIDH y los mandatos de protección reforzada sentados por el constituyente frente a las comunidades indígenas²

.Así, en la sentencia T-514 de 2009³, la Corte recordó que (i) las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales; (ii) estos derechos son diferentes a los derechos de cada miembro de la comunidad y también a la sumatoria de aquellos; y (iii), no son derechos asimilables a los derechos colectivos de otros grupos sociales; y agregó que ese reconocimiento tiene consecuencias políticas y jurídicas de gran alcance, entre las que cabe destacar (iv) el rango de norma constitucional de esos derechos; (v) la procedencia de la acción de tutela para su protección; y (vi) la necesidad de que los conflictos entre estos derechos y los derechos fundamentales de cada uno de los miembros de una comunidad indígena se resuelvan mediante ponderación o reiteración de las *subreglas* sentadas por esta Corte⁴, y no mediante el principio de jerarquía normativa (ley superior deroga ley inferior).

2.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado, además, que los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta.

La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que ame-

2 En ese proceso, la Corporación ha destacado la importancia de maximizar la autonomía de los pueblos aborígenes, la trascendencia del territorio colectivo para las culturas originarias, y reforzando su derecho a la participación, especialmente en la adopción de las medidas que pueden afectarlos, y recurriendo a los compromisos internacionales del Estado plasmados en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración universal sobre derechos de los pueblos indígenas que, a pesar de no haber sido suscrita por Colombia permite conocer la opinión autorizada y actualizada de la comunidad internacional en la materia. (Ver, entre otras, las sentencias T-704 de 2006 y T-514 de 2009).

3 Siguiendo y actualizando la sistematización realizada en la SU-510 de 1998.

4 Cabe recordar que la reiteración permite aplicar a casos futuros el resultado de complejos ejercicios de ponderación previamente adelantados por esta Corporación. Cfr: sentencias T-292 de 2006 y T-514 de 2009. En el primero de tales fallos expresó la Corte: de hecho la reiteración de una ratio permite al juez aplicarla como precedente en casos similares, en la medida en que la identificación de la *ratio decidendi* vinculante resulta más sencilla.

naza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes⁵.

2.3. Para la determinación de las obligaciones del Estado en relación con los pueblos indígenas la Corte ha recurrido constantemente al Convenio 169 de la OIT, instrumento de derecho internacional, cuyas normas sobre la protección de los derechos de los pueblos aborígenes hacen parte del orden interno, con rango de normas constitucionales, de acuerdo con el artículo 93.1 de la Constitución Política y jurisprudencia reiterada de esta Corporación⁶

Es importante precisar que para determinar los beneficiarios de los compromisos adquiridos por los estados parte en el Convenio 169 de la OIT, tanto Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT⁷ como la Corte Constitucional, han considerado a partir de la interpretación del artículo 1º, incisos 1º y 2º del instrumento⁸, que la voluntad de preservar o reconstruir costumbres ancestrales, el linaje ancestral, y el auto reconocimiento de los pueblos aborígenes como culturalmente diversos son criterios determinantes de la identidad étnica diferenciada⁹.

5 Sobre el último de los aspectos mencionados remite la Sala al auto 04 de 2009.

6 Sobre la incorporación del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad, ver, entre otras, las sentencias T-704 de 2006 y C-030 de 2008. La Corte Constitucional colombiana también ha reconocido la importancia de la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, de la ONU, como criterio imprescindible de interpretación de las obligaciones estatales frente a los pueblos indígenas, en tanto contiene la posición más actualizada de la comunidad internacional en la materia.

7 Al respecto, puede consultarse en Observación sobre Colombia de 2005, la importancia dada por la CEACR a la auto identificación como pueblos tribales de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó, como presupuesto para la aplicación de las disposiciones convencionales emanadas del Convenio 169 de la OIT. (*Comisión de Expertos, 76ª Sesión; Observación – Colombia. Publicación 2006*).

8 Convenio 169 de 1989, OIT, “Artículo 1: 1. *El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.* || 2. *La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio*”.

9 En sentencia T-703 de 2008, expresó la Corporación: “8. *Ahora bien, del derecho el autogobierno, así como de la prohibición para los Estados de intervenir en el ámbito propio de sus asuntos, se*

2.4. El derecho fundamental de los pueblos indígenas al territorio colectivo (o a la propiedad colectiva del territorio), encuentra fundamento en la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT.

En el orden interno, el derecho a la propiedad colectiva de la tierra o al territorio colectivo se desprende del artículo 329 Superior¹⁰, que atribuye el carácter de propiedad colectiva al territorio de los resguardos, en armonía con el artículo 58¹¹ que ordena proteger todas las formas de propiedad; y el artículo 63 constitucional¹², que atribuye a los citados territorios las cualidades de *inembargables, inalienables e imprescriptibles*¹³. La jurisprudencia de

deriva un derecho para las comunidades indígenas de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. || En virtud de lo anterior, las comunidades indígenas ostentan un derecho a: i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros. || Cabe recordar el contenido del artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, en virtud del cual “[l]a conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.” || En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional relativa al respeto de la diversidad étnica y cultural ha sostenido que “(...) la identidad cultural es la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión distinta y específica”.

- 10 Constitución Política. Artículo 329: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. || Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. (...)”
- 11 Constitución Política. Artículo 58: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. || La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. || El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”. Si bien el artículo no se refiere específicamente a la propiedad colectiva del territorio, la Corte aceptó en sentencia de unificación SU-510 de 1998 que, aparte de sus atributos específicos, el citado derecho comparte las prerrogativas inherentes de la propiedad privada: “La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales e internacionales respectivas, que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual aparea el deber de los terceros de respetar el anotado derecho.” SU-510 de 1998.
- 12 Constitución Política. Artículo 63. “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.
- 13 Al respecto, prescribe el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT:
 - “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

esta Corporación ha explicado la fundamentalidad del derecho al territorio colectivo en estos términos:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso^{*}, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas.

“Sin este derecho los anteriores [identidad cultural y autonomía] son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat” (...) Lo anterior permite ratificar el *carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios*^{**}. (Resaltado del original)¹⁴.

2. *La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”.

* Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a.reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989

** Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67.Pág. 18.

14 Sentencia T-188 de 1993. En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tigni Vs. Nicaragua: “[...] *Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*”, consideraciones reiteradas en las sentencias de Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145; Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214. También el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT hace referencia a la especial relación de los pueblos indígenas con su territorio ancestral.

3. Las notas definitivas del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter *im-prescriptible, inalienable e inembargable del territorio*; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “*título*” de propiedad¹⁵. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de *ámbito cultural* de la comunidad.¹⁶

4. En relación con las poblaciones indígenas desplazadas o trasladadas de su territorio por motivos de fuerza mayor, el Convenio 169 de 1989 establece el derecho al retorno de la comunidad a su hábitat ancestral y, en caso de que este sea imposible, el deber estatal de entregar tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico de las que poseía la comunidad antes del desplazamiento, lo que debe realizarse de forma consensuada con los afectados. (Convenio 169, artículo 16.4)¹⁷.

5. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha estudiado las obligaciones de estados que consagran la protección a la diversidad étnica y hacen parte del Convenio 169 de la OIT en situaciones en que poblaciones indígenas se ven obligadas a salir de su territorio por ocupación

15 Se utiliza el término “*título*” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese *continuum* entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

16 Sobre el tema, es también relevante la sentencia T-945 de 2007, en el que la Corte aclaró que la jurisdicción especial indígena podría conocer casos en los que se encuentren involucradas instituciones de la comunidad, aunque su sede esté establecida fuera de los linderos del territorio colectivo.

17 El artículo 16 del Convenio 169 de 1989 de la OIT establece diversos contenidos normativos en relación con los pueblos aborígenes que deben ausentarse de su territorio ancestral por diversas razones. Por su relevancia, se transcribe *in extenso*: “Artículo 16: 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. || 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. || 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y su reubicación. || 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas. || 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento”.

privada y deben asentarse en márgenes del mismo, tales como carreteras u otros espacios públicos, ajenos a su hábitat natural.

Resulta para la Sala relevante citar algunas conclusiones del alto tribunal en los casos de las comunidades Yakye Axa y Sowhamayaxa contra el Estado de Paraguay, en relación con conflictos entre el derecho al territorio colectivo y otras formas de propiedad; y especialmente, en lo que tiene que ver con la posesión ancestral como título de dominio del territorio.

5.1. En el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay¹⁸, la Corte IDH llamó la atención sobre la forma en que el despojo del territorio amenaza directamente la identidad étnica, en tanto la cultura del pueblo indígena se construye alrededor del mismo; y cómo ese fenómeno pone en peligro la supervivencia del grupo indígena, en tanto sus formas de vida y producción están afianzadas en el ámbito cultural que surge del territorio colectivo o el resguardo¹⁹.

Recalcó al alto Tribunal que, en la situación en que se encontraba la comunidad de Yakye Axa (al margen de su territorio y en una carretera pública), el Estado se encontraba en posición de garante frente a niños y ancianos, debiendo asegurar adecuadamente su bienestar y seguridad²⁰; e hizo referencia al derecho al retorno que surge en cabeza de la comunidad que expulsada violentamente de sus tierras o, de no ser posible este, el derecho al reconocimiento de tierras de igual o superior calidad y estatus jurídico:

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 17 de junio de 2005. Se presenta una breve síntesis de los hechos del caso, a partir del fundamento 50 de la sentencia que se evoca: La comunidad de Yakye Axa hace parte de los grupos aborígenes que ocupaban ancestralmente el Chaco paraguayo. Tras la división de las comunidades del lugar, en parte ocasionada en la pérdida de la posesión de su territorio ocurrida a finales del siglo XIX y principios del XX, uno de los grupos resultantes, los Chanawatsan ocupan la ribera occidental del río Paraguay, siendo la comunidad Yakye Axa una “*expresión sedentarizada de una de las bandas de los Chanawatsan*”. La comunidad, en el caso referido, perseguía la recuperación de una porción del territorio de los *chanawatsan*. Desde 1996, la mayor parte de la comunidad indígena citada se asentó en la ruta (carretera) que va de Pozo Colorado a Concepción; otro grupo se encontraba en diversas aldeas; y algunas familias se hallaban en estancias alrededor del sector. Antes de iniciar el proceso de reivindicación de sus tierras, los indígenas se asentaron en la estancia *El Estribo*, a instancias de la iglesia anglicana que inició un proceso para la adquisición de tierras para asentamientos indígenas. Así, los indígenas de la comunidad se trasladaron de la Estancia Loma Verde a la estancia *El Estribo*, pues en la primera, no recibían salario los hombres, las mujeres eran sexualmente explotadas por campesinos paraguayos, y no contaban con servicios de agua y alimentación adecuados. Sin embargo, la Estancia *El Estribo*, se encontraba alejada del lugar de origen de sus moradores; el medio ambiente, los recursos naturales y el clima eran distintos a los del Chaco paraguayo, de manera que las condiciones de vida de la comunidad no mejoraron con ese traslado. No había animales para cazar, la falta de agua y alimento ocasionó morbilidad y mortalidad en los menores y los miembros de la comunidad se encontraban aislados y hallaban dificultades para desarrollar sus expresiones religiosas porque en el lugar residía otra cultura indígena.

19 Cfr. Párrafo 147, fallo citado.

20 Cfr. párrafos 172 y 175; *Ibidem*.

217. Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre 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, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

218. A efectos de dar cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior, el Estado, de ser necesario, deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, fondo que será destinado bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda.

5.2. En la sentencia “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”²¹, o caso Sawhoyamaxa, en una situación similar a la de la comunidad Yakie Axa²², la Corte IDH analizó aspectos trascendentales del título de propiedad ancestral de la comunidad indígena, especialmente al indagarse

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

22 Se presenta una síntesis de los hechos del caso efectuada en el fundamento 73 de la sentencia citada: de acuerdo con la Corte IDH, la comunidad Sawhomayaxa es una expresión sedentarizada de los pueblos aborígenes que ancestralmente ocuparon la región del Chaco paraguayo, cuyas tierras fueron vendidas a comienzos del siglo XIX en la bolsa londinense y como pago de la deuda externa paraguaya. Posteriormente, sus tierras resultaron fraccionadas y ocupadas por diversos propietarios privados, impidiendo progresivamente el acceso de los pueblos aborígenes a sus tierras tradicionales y ocasionando cambios dramáticos en su forma de supervivencia, pasando de la pesca y la casa al trabajo asalariado. Al iniciar el proceso de recuperación de tierras, la comunidad de Sawhomayaxa agrupaba a varias aldeas indígenas dispersas en haciendas ganaderas al oeste del río Paraguay. El mayor asentamiento de la comunidad se formó con posterioridad a la iniciación del proceso de reivindicación de tierras cuando la mayoría de los miembros de la comunidad decidió salir de las estancias (o haciendas) en que se encontraban y ubicarse en una alameda de la propiedad reivindicada, “en la ruta que une Pozo Colorado y Concepción”. El segundo mayor asentamiento, “Km. 16” se ubicó también en la carretera que une los citados lugares y, al parecer, existía al momento de iniciarse el proceso de reivindicación de tierras. “Un grupo minoritario de miembros de la comunidad continúa[ba] viviendo dentro de las tierras demarcadas por varias estancias de los alrededores”.

si la posesión es un requisito para el reconocimiento del derecho al territorio colectivo. Al respecto, son pertinentes los siguientes apartes del fallo:

“127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro²³. Por otro lado, en el *Caso de la Comunidad Moiwana*, la Corte consideró que los miembros del pueblo N'djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros²⁴. Finalmente, en el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita²⁵.

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes 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 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. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”.

De lo expuesto, cabe resaltar que la posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en caso de desplazamiento forzado), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adop-

23 Cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 184, párr. 151.

24 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. párr. 134.

25 Cfr. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa*, *supra* nota 1, párrs. 124 a 131.

tar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena. [...]

Derechos de la población desplazada en materia de desalojo forzoso

9. Esta Corporación ha conocido en diversas oportunidades de asuntos similares al *sub exámine*. A continuación explica la Sala las principales decisiones adoptadas en la materia:

9.1. En la sentencia *T-078 de 2004* la Corte asumió, en sede de revisión, el estudio del caso de un grupo de familias en situación de desplazamiento forzado que se asentaron en las márgenes de las quebradas “*la sardina*” y “*la perdiz*” –municipio de Florencia–, lugares que habían sido declarados por las autoridades competentes como “*zona(s) de riesgo por ser parte de los márgenes de seguridad y protección del cauce y como zona inundable en las grandes avenidas*”. A partir de esos hechos, la Alcaldía municipal y la Cámara de Comercio de la ciudad iniciaron las actuaciones tendientes al desalojo de los demandantes.

En ese marco, la Sala Novena de Revisión consideró que, dada la condición de sujetos de protección constitucional reforzada de las personas víctimas de desplazamiento forzado; la procedencia de la acción de tutela para la protección de sus derechos²⁶; y la comprobada negligencia de las autoridades municipales en el cumplimiento de sus obligaciones de defensa, respeto y garantía de los derechos de ese grupo poblacional y, particularmente de los peticionarios en ese trámite, debía otorgarse el amparo a su derecho fundamental a la vivienda digna.

Agregó que, si bien la suspensión del desalojo no resultaba procedente, pues mantener un asentamiento en condiciones de riesgo para sus habitantes no sería constitucionalmente legítimo, las autoridades vinculadas al trámite sí se encontraban en la obligación de asegurar a los peticionarios un albergue provisional en condiciones acordes con la dignidad humana, y de iniciar los trámites para su incorporación en los programas de atención de población

26 “27. Todo este conjunto de disposiciones constitucionales y legales, establecen en cabeza de las instituciones comprometidas en esas normas, una posición de garante frente a la población desplazada. Cuando en una de estas entidades recae el deber de atención, por estar dentro de su ámbito de competencia material, funcional y territorial, tiene la obligación irrenunciable de garantizar, proteger y socorrer a aquella población vulnerable que ha sido movilizada, contra su voluntad, de su lugar original de vida.” Y dijo que la acción de tutela es el mecanismo principal para la protección de sus derechos.” (Sentencia citada).

desplazada. La Corte consideró pertinente, además, dictar órdenes de prevención a las autoridades locales concernidas con la atención de población vulnerable, con el fin de garantizar su colaboración en el cumplimiento de las determinaciones del fallo.

9.2. En sentencia T-770 de 2004, la Corte analizó un caso en el que un grupo de familias (entre 20 y 30 familias), víctimas de desplazamiento forzado, invadieron un lote de terreno en la vía paralela al río Medellín –municipio de Bello– y levantaron en el lugar ranchos en madera, cartón y plástico. Tras comprobar que el bien ocupado tenía naturaleza fiscal, la Alcaldía de Bello ordenó su restitución o, en caso de no verificarse, el desalojo de los accionantes. Las autoridades vinculadas al trámite, además, controvirtieron la alegada condición de desplazamiento de los tutelantes, argumentando que nunca aportaron un certificado de la Red de Solidaridad Social en ese sentido.

La Sala Cuarta de Revisión consideró que el asunto estudiado “[n]o se trataba, entonces, de una invasión de un predio público sino fundamentalmente de satisfacer la necesidad de alojamiento de personas desplazadas”, de donde se desprendía un complejo problema jurídico, ante la necesidad de resolver un “claro conflicto entre la necesidad de proteger un bien público, como una franja de terreno que hacía parte de un afluente hídrico y que no era apta para asentamientos humanos, y la necesidad de proteger los derechos fundamentales de varias familias que se atribuían la calidad de víctimas de desplazamiento forzado y que se encontraban ocupando esa franja de terreno”.

Se refirió entonces la Corporación al grave problema social y jurídico que representa el desplazamiento forzado en Colombia, y a la consecuente afectación de otros derechos constitucionales cuando este tiene lugar. En ese orden de ideas, la Sala citada calificó como lamentable la indiferencia demostrada por las autoridades estatales y otorgó el amparo a los peticionarios, ordenando la entrega de un albergue provisional en condiciones acordes con la dignidad humana, y la inscripción en los programas adelantados por el gobierno a raíz de la sentencia T-025 de 2004.

La Corte concedió protección constitucional a los peticionarios que ostentaban la condición de desplazados y negó el amparo a otras personas que no se encontraban en dicha situación. Al respecto, la Sala Cuarta reiteró que el desplazamiento obedece y se prueba a partir de factores materiales o de hecho, por lo que no es legítimo exigir la inscripción en un registro de víctimas de esa grave violación a los derechos humanos (hoy en día RUPD) como único medio para que una persona demuestre que ha sufrido un desplazamiento interno forzado. El registro –indicó la Sala– constituye solo una herramienta

–importante y legítima sin embargo– para el adecuado manejo de recursos públicos para enfrentar el estado de cosas inconstitucional en la materia²⁷.

9.3. En providencia T-967 de 2009, la Sala Segunda de Revisión se pronunció sobre la situación de una mujer desplazada que, junto con su hija, ocupó un inmueble abandonado en la ciudad de Fusagasuga “*mediante vías de hecho*” y, al ser notificada del inicio de un trámite de lanzamiento por ocupación de bien fiscal en su contra, decidió interponer acción de tutela solicitando la suspensión del proceso policivo y/o del desalojo ordenado por las autoridades de policía.

Sobre el fondo del asunto, estimó la Sala citada que aún en las apremiantes condiciones de la actora, la ocupación de un bien fiscal carecía de sustento legal por lo que no podría considerarse fuente de derechos subjetivos o de expectativas legítimas, ni dar pie a la suspensión del desalojo, pues ello implicaría la legitimación de una actuación de hecho, en desmedro del principio de legalidad: “(*...*) *no es posible acceder a la solicitud de la actora de que se impida el adelantamiento del lanzamiento en el proceso policivo en curso, al momento de interponer la tutela. Efectivamente, considera la Corte que si así procediera un juez de tutela en un caso similar, tendería un manto de aparente legitimidad sobre una conducta ilegal*”.²⁸

Por lo tanto, la Sala Séptima denegó el amparo al derecho fundamental al debido proceso y la suspensión de la diligencia de desalojo y/o del proceso policivo. Sin embargo, concedió protección al derecho fundamental a la vivienda digna, precisando que la primera conclusión no podía interpretarse como una negación a la titularidad del derecho al acceso a la vivienda por parte de la peticionaria y su hija, razón por la cual ordenó a las autoridades vinculadas brindarles a las tutelantes un albergue en condiciones acordes con la dignidad humana, e incluirlas en los programas de atención para la población desplazada desarrollados por Acción Social, en especial, aquellos

27 Al respecto, afirmó la Sala Cuarta: “*La Corte no ignora que pueden existir razones distintas al desplazamiento interno, más o menos fundadas, que llevaron a algunas familias a asentarse en tal predio. No obstante, respecto de ellas no se cumple el hecho planteado como presupuesto para la viabilidad del amparo de los derechos fundamentales invocados y por ello no hay lugar a su protección*”.

28 “*5.2. En este punto, en cambio, la Sala estima que no es posible acceder a la solicitud de la actora de que se impida el adelantamiento del lanzamiento en el proceso policivo en curso, al momento de interponer la tutela. Efectivamente, considera la Corte que si así procediera un juez de tutela en un caso similar, tendería un manto de aparente legitimidad sobre una conducta ilegal. Conducta que no deja de ser contraria a derecho, por más apremiantes que resulten circunstancias calamitosas e inconstitucionales como la de ser víctima del delito de desplazamiento forzado. La actuación de la señora Manrique Gutiérrez no puede generar, entonces, derechos, ni expectativas legítimas. Entenderlo de ese modo sería contrario al principio de legalidad que estructura el estado de derecho*”.

iniciados a partir del auto 092 de 2008 (relativo a la especial afectación de las mujeres víctimas de desplazamiento forzado).

9.4. Finalmente, en sentencia *T-068 de 2010*, la Sala Séptima de revisión se pronunció en un trámite iniciado por una familia desplazada de origen indígena que ocupó un bien del municipio de Fusagasuga, buscando un lugar de residencia y considerando que se trataba de bienes baldíos.

Como ocurrió en las hipótesis fácticas previamente reseñadas, la Secretaría de Vivienda del municipio y la Inspección de policía competente iniciaron proceso de lanzamiento por ocupación de bien fiscal, considerando que el inmueble se encontraba en cabeza de la Secretaría de Vivienda y estaba destinado al desarrollo de planes de vivienda de interés social.

En primer término, la Sala Séptima reiteró la jurisprudencia relativa a la especial protección debida a las personas en situación de desplazamiento y la procedencia (formal) de la acción de tutela para la protección de sus derechos.

Posteriormente, en los fundamentos centrales del fallo, se consignaron importantes consideraciones sobre los desalojos forzados a la luz del artículo 51 Superior, la jurisprudencia constitucional sobre las obligaciones del Estado para asegurar el derecho a la vivienda digna de las personas en situación de desplazamiento, la relación entre los desalojos forzosos y el derecho humano a la vivienda adecuada establecido en el artículo 11, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, bajo las directrices del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU vertidas en su Observación General Nro. 7 (En adelante, OG 7 del Comité DESC).

A continuación efectúa la Sala una síntesis de los apartes relevantes de la sentencia²⁹:

9.4.1. Tal como se estableció en el fallo *T-585 de 2006* –sentencia hito sobre el derecho a la vivienda de personas en situación de desplazamiento– el derecho a la vivienda digna tiene carácter fundamental autónomo frente a ese grupo poblacional y su protección es procedente por vía de tutela³⁰. Las obligaciones del Estado en la materia comprenden, por lo menos, los siguientes aspectos:

29 Para una exposición exhaustiva, *cf.* *T-068 de 2010*.

30 Recientemente, la Corte ha considerado que el derecho a la vivienda digna tiene, en general, el carácter de fundamental autónomo, y ha comenzado a precisar, valiéndose de la interpretación del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda adecuada (Observación General Nro. 4), cuáles son las facetas susceptibles de protección por vía de tutela. Al respecto, ver *T-585 de 2008*.

“(i) [R]eubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento temporal en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda, tomar en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.–; y (v) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado, entre otras.”³¹

9.4.2. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se ha evidenciado una intensa preocupación por los efectos nocivos de los desalojos forzados sobre los derechos humanos. Así, el Consejo Económico y Social de la ONU, ha expresado que uno de los efectos más graves del desplazamiento interno forzado es *“la pérdida de la tierra y de la vivienda, la marginación, (las) graves repercusiones psicológicas, el desempleo, el empobrecimiento y el deterioro de las condiciones de vida, el incremento de las enfermedades y de la mortalidad, la pérdida del acceso a la propiedad entre comuneros, la inseguridad alimentaria y la desarticulación social”*. (T-068 de 2010, fundamento 4.2.1)

9.4.3. El Comité DESC de la ONU, intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (instrumento que se encuentra incorporado al orden interno por remisión del artículo 93, inciso 1º), se ocupó en su Observación General Número 7 (en adelante, OG 7 del Comité DESC) del tema de los desalojos forzados, con el fin de determinar su adecuado entendimiento bajo el manto normativo de las obligaciones derivadas del PIDESC.

9.4.4. En relación con el concepto de desalojo forzoso, explicó el Comité DESC que resulta en alguna medida problemático pues, de una parte, la expresión sería redundante en tanto la idea de *“desalojo”* hace referencia implícita al uso de la fuerza. De otra parte, expresiones similares como *desalojo ilegal* y *desalojo injusto* tampoco resultan satisfactorias ya que, la primera supone que todo desalojo legal es legítimo en el marco del Pacto, lo que no necesariamente es cierto; y la segunda remite a un componente de extrema subjetividad (OG 7, párrafo 3º). Por ello, procedió el Comité a definir el sentido de la expresión en el contexto del PIDESC:

31 Cfr. T-585 de 2006.

“[Se entiende por desalojo forzoso] el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”.

9.4.5. En ese orden de ideas, desalojos que se realicen al margen de una regulación legal precisa son contrarios al Pacto y, por lo tanto, a la Constitución; los desalojos legales pueden ajustarse al PIDESC siempre que respeten determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad; y puede haber también desalojos legales que sean abiertamente contrarios al Pacto, cuando no se ajusten a esos límites.

En efecto, la existencia de una regulación legal precisa sobre los supuestos en que procede un desalojo constituye una primera garantía frente a posibles violaciones de derechos humanos ocurridas en este tipo de situaciones, en tanto el principio de legalidad excluye las actuaciones caprichosas y arbitrarias de los operarios jurídicos. Sin embargo, la regulación legal³² debe ser analizada bajo los parámetros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de manera que (i) debe considerarse incompatible con el Pacto –y por lo tanto inconstitucional– una regulación que produzca (promueva o agudice) un trato discriminatorio; (ii) los desalojos deben perseguir fines constitucionalmente legítimos; y (iii) en ellos debe observarse que la intensidad de la afectación de la persona desalojada no sea desproporcionada, a la luz de los criterios (o subprincipios) de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

9.4.6. La regulación legislativa debe prever la adopción de medidas para disminuir los efectos nocivos de un desalojo forzado, tales como: “*a) la consulta y los acuerdos con las personas objeto de desplazamiento, b) que se analice el contexto económico social de la población afectada de modo que se matice su impacto tomando las provisiones necesarias que garanticen que no se interrumpe su derecho a una vivienda adecuada o digna (...), c) que la orden de ejecutarlos provenga siempre de la autoridad competente y que su trámite se ajuste a una normatividad previamente establecida y conocida por los desalojados*”.³³

32 De acuerdo con la OG 7, las leyes que se promulguen en relación con los desalojos forzosos deben: “*a) brind[ar] la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) [ajustarse] al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos*”. (Comité DESC, observación general 16; párrafo 9°).

33 Cfr. T-068 de 2010; [fundamento 4.2.6.3 – (4)].

9.4.7. En la OG 7 del Comité DESC se establece, así mismo, que los grupos vulnerables como *“(l)as mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos”* (Párrafo 10; OG 7), y que el Estado debe adoptar medidas para evitar que fenómenos de discriminación terminen por exacerbar esa intensa afectación. En consecuencia, cuando el desalojo afecte a colectivos vulnerables, los estados deben (i) agotar todas las vías de concertación previo el decreto de un desalojo y (ii) evitar al máximo el uso de la fuerza. Resulta pertinente transcribir entonces el párrafo 13 de la OG 7:

“13. Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. (Resalta la Sala).

9.4.8. Cuando se presenta un desalojo forzoso, las autoridades deben aplicar las garantías del debido proceso que se aplican en todos los trámites judiciales y administrativos³⁴ y, además, deben garantizar: *“(…) a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales”*. (Cfr. OG 7; párrafo 15).

9.4.9. Para finalizar, resulta oportuno mencionar que, de acuerdo con el párrafo 16 de la Observación citada *“[l]os desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda”*.

34 Entre las que se cuentan, por lo menos, la observación de las formas propias de cada juicio, y la garantía a los derechos de defensa y contradicción.

10. En el estudio de fondo del asunto, la Sala Séptima consideró que las autoridades accionadas debían responder de forma solidaria por la omisión y/o morosidad en la atención de los peticionarios, personas particularmente vulnerables y sujetos de protección constitucional reforzada. En consecuencia, ordenó la suspensión de la diligencia de desalojo y la preservación de los lugares habitados por los peticionarios como albergue temporal.

11. En suma, de la jurisprudencia de la Corporación construida en escenarios constitucionales semejantes al que se aborda en esta oportunidad, es posible extraer las siguientes conclusiones: existe jurisprudencia constante, uniforme y reiterada por distintas salas de revisión en el sentido de que (i) la tutela es procedente en términos formales para estudiar asuntos en los que la población desplazada se encuentra inmersa en diligencias de desalojo (o, de forma más amplia, en procesos policivos de restitución bienes ocupados irregularmente), incluso cuando los bienes ocupados son de propiedad pública. En esos casos, (ii) el Estado tiene la obligación de garantizar un albergue en condiciones acordes con la dignidad humana para los afectados con la actuación policiva y (iii), en caso de que ello no haya ocurrido aún, tiene el deber de activar el sistema de protección de la población desplazada y asumir las obligaciones establecidas por la jurisprudencia constitucional, la ley y el reglamento en cabeza de las distintas autoridades públicas frente a las víctimas del desplazamiento forzado.

12. Sobre la posibilidad de suspender el desalojo o el trámite policivo, la situación resulta menos clara y consolidada, toda vez que en los tres primeros fallos de la línea (T-078 de 2004, T-770 de 2004 y T-967 de 2009) no se consideró viable la suspensión del desalojo, en tanto que en la sentencia más reciente (T-068 de 2010) se consignó que el desalojo se encuentra prohibido cuando involucra personas en situación de desplazamiento, en virtud de los estándares internacionales de protección a la vivienda digna y la obligación de restitución de bienes a las víctimas de desplazamiento.

Observando con detenimiento los casos previamente conocidos por las distintas salas de selección, es posible concluir que, en los primeros dos casos la improcedencia de suspender la diligencia se encontraba determinada por una situación fáctica adicional: los afectados ocupaban lugares de alto riesgo de inundación o deslizamiento, de manera que la permanencia en el lugar ocupado comportaba una seria amenaza a sus derechos constitucionales y, particularmente, a su integridad y seguridad personal, y a su vida.

En los dos últimos casos, esa circunstancia no se presentaba, razón por la cual la discusión se ubicó en el plano jurídico y las salas Segunda y Séptima llegaron a concusiones opuestas. En tal sentido, la Sala Segunda conside-

ró que suspender el desalojo implicaba una legitimación de conductas de hecho por parte del juez de tutela, en desmedro del principio de legalidad; a su turno, la Sala Séptima estimó que los estándares internacionales, principalmente aquellos contenidos en la OG 7 del Comité DESC (que estudia la relación entre los desalojos forzosos y el derecho a la vivienda digna) y los principios Pinheiro³⁵ prohíben diligencias de desalojo cuando los afectados son víctimas de desplazamiento forzado³⁶.

De ello, se podrían extraer dos conclusiones: en primer término, que el conocimiento de la Corte sobre el conflicto jurídico mencionado se encuentra aún en formación así que, por el momento, no puede hablarse de jurisprudencia consolidada que oriente claramente la decisión de los jueces constitucionales en este escenario. O bien, que existe una contradicción irreconciliable entre las Salas Segunda y Séptima que afecta la unidad interpretativa y la coherencia de la jurisprudencia constitucional, sin que quede otro camino que aguardar por un fallo de unificación en la materia.

13. A juicio de esta Sala, es posible, mediante una metodología constructiva, destinada a proteger de manera abierta y explícita una práctica jurisprudencial valiosa, encontrar una vía de solución a ese conflicto, sin entrar a discutir las decisiones concretas ya adoptadas por cada sala, y actualmente intangibles de acuerdo con el principio de cosa juzgada constitucional. La viabilidad de esta solución radica en que en los dos casos en aparente conflicto, al igual que en los casos decididos en 2004, se concedió el amparo a los afectados, difiriendo el alcance de las decisiones únicamente en lo referente a la eventual suspensión del desalojo.

14. La posibilidad de armonización de las decisiones contenidas en los dos últimos fallos a partir de las decisiones previas de la línea, se desprende de una trascendente afirmación contenida en la sentencia T-770 de 2004, de la Sala Cuarta de Revisión (y reiterada en esta oportunidad): la hipótesis de ocupación de bien fiscal por parte de personas desplazadas constituye un complejo conflicto entre la necesidad de proteger el patrimonio público de una parte, y la obligación de garantizar mínimos de bienestar a la población desplazada en lo concerniente al derecho a la vivienda digna y adecuada, de otro lado.

Dejar por fuera del análisis cualquiera de las “aristas” del problema, por así decirlo, implica adoptar una decisión basada en obligaciones ordenadas

35 Principios sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio de los refugiados y personas desplazadas de la ONU, Consejo Económico y Social, E/CN.4/Sub.2/28-06-2005.

36 Considerando 4.2.5.3. Sentencia T-068 de 2010.

prima facie por uno solo de los principios en conflicto, en lugar de llegar a conclusiones normativas *considerados todos los elementos relevantes de los principios involucrados en la colisión normativa*. Así, por ejemplo, asumir el carácter absoluto del principio de legalidad en materia de desalojos puede llevar a desconocer el principio de *supremacía constitucional* y las circunstancias especiales en que un desalojo forzoso, a pesar de estar previsto por la ley y de ser desarrollado con apego a esta, puede afectar desproporcionadamente los derechos humanos / fundamentales de los afectados.

Cabe anotar que el propio legislador ha previsto eventos en los que esa desproporción es evidente, por ejemplo, cuando hay involucradas personas gravemente enfermas o desahuciadas³⁷, como lo recordó la Corte en sentencia T-967 de 2009; el Comité DESC ha precisado que los desalojos son desproporcionados en el marco del PIDESC, cuando llevan a un completo desamparo de los afectados; o cuando las condiciones climáticas son particularmente inclementes (*Ver, supra, considerandos 9.4.8 y 9.4.9*). La Corte IDH, en fin, en el caso Sawohmayaxa sentenció que el Estado de Paraguay ostentaba condición de garante frente a los derechos de los niños y ancianos ubicados al borde de una carretera (bien de uso público, por cierto), al margen de su territorio colectivo, ocupado por una empresa privada, aunque cabe precisar que en el caso no se discutía un desalojo forzoso.

15. En consecuencia, si bien es cierto que la ocupación por vías de hecho de un bien público carece de protección legal y puede, por lo tanto dar lugar a un desalojo constitucionalmente legítimo, también es posible que en algunos casos las disposiciones legales deban inaplicarse en atención del carácter normativo de la Constitución (incluido el PIDESC), lo que acontecerá siempre que la diligencia afecte de manera desproporcionada a grupos vulnerables³⁸.

Desde otro punto de vista, argumentar que existe una prohibición de desalojo absoluta frente a la población desplazada lleva a ocultar aspectos cons-

37 El artículo 16, Ley 57 de 1905, dispone a este respecto: “[c]uando el funcionario de policía que deba ejecutar el desahucio de una habitación que debe ser entregada encontrare en ella alguna persona padeciendo una enfermedad grave, cuya vida peligre si fuere sacada de la habitación, recibirá información jurada de dos médicos sobre el hecho; a falta de médicos nombrará dos peritos; y si se comprobare que la vida de la persona enferma pueda comprometerse por hacerla salir, suspenderá la práctica de la diligencia y señalará un término prudencial, de acuerdo con el concepto pericial, siempre que dicha persona haya habitado la finca antes de la notificación del desahucio, dando cuenta con copia de su resolución al juez competente”.

38 Esto significa, que si bien las excepciones legales deben considerarse taxativas, ello no significa que sea imposible encontrar nuevas excepciones de origen constitucional, especialmente si, como ocurre en el caso concreto, el asunto bajo estudio se ubica en el plano de un estado de cosas inconstitucional.

titucionalmente relevantes que deben tenerse en cuenta al analizar asuntos concretos desde una perspectiva constitucional. En ese sentido, la propia Corte, en sentencias T-078 de 2004 y T-770 de 2004, estimó que no se puede suspender un desalojo cuando la población se encuentra en situación de riesgo por amenazas naturales pues, en la “balanza” del juez entran en juego otros derechos fundamentales de los propios afectados por el desalojo, que inclinan la decisión en sentido contrario a la prohibición absoluta.

16. Sin pretender iniciar un análisis puramente casuístico y contrafáctico, sino con ánimo ilustrativo, resultan útiles algunos ejemplos para comprender la importancia de tomar en cuenta todos los principios y aspectos relevantes antes de proponer la prevalencia absoluta de uno de los intereses en conflicto en escenarios constitucionales complejos como el que se estudia.

Así, factores de hecho y principios jurídicos diferentes deberán ser tenidos en cuenta por el juez si, por ejemplo, aborda el estudio de una hipótesis en la que un grupo de personas en situación de desplazamiento ocupa una oficina pública (por ejemplo, un Ministerio) con el fin de residir allí de manera indefinida, de aquellos que deberá analizar si se trata de una población étnicamente diversa que ocupa una plaza pública con el ánimo de protestar (o, como ha ocurrido, de realizar “mingas” o asambleas de pensamiento) por horas, días, o períodos más prolongados. Ambas situaciones difieren, a su turno, de la ocupación de un bien abandonado por familias que carecen de otra forma de asegurar sus necesidades básicas, y nuevos factores deberá evaluar el operador judicial, dependiendo de si esas familias son o no desplazadas³⁹.

Los factores relevantes a considerar se desprenden de las circunstancias concretas de los peticionarios, y de las normas constitucionales y estándares internacionales de protección de la población desplazada y de aquellos que definen el contenido y las garantías del derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada.

Aspectos como la naturaleza del bien ocupado, y el uso que se esté realizando del mismo al momento de la ocupación, interpretados desde la óptica de la función social y ecológica de la propiedad, son sin duda relevantes; las circunstancias económicas, sociales y culturales del grupo ocupante, el número de potenciales afectados por el desalojo, la presencia de “otras vulnerabilidades” como la edad, la eventual afectación de personas con discapa-

39 La Sala no sugerirá respuestas para esos casos hipotéticos; solo desea enfatizar en que sus diferencias ilustran la importancia de una prudente ponderación entre los bienes en conflicto, *todos los aspectos relevantes considerados*, en cada supuesto, y lo inadecuado que resulta aplicar, en cambio, obligaciones *prima facie* derivadas de *solo uno de los bienes constitucionales en conflicto*.

cidad o de mujeres embarazadas; y las posibles consecuencias del desalojo, son también aspectos a considerar.

17. En ese orden de ideas es imprescindible recordar que el Comité DESC encuentra los desalojos incompatibles, *prima facie*, con el PIDESC y, por lo tanto con la Constitución Política; acepta que existen desalojos justificados, recalcando que estos deben estar regulados con precisión en la ley para evitar la arbitrariedad de las autoridades; y aclara que no toda regulación es compatible con el Pacto, sino que esta debe ser razonable y proporcionada, especialmente frente a conjuntos que reúnan amplio número de sujetos vulnerables. [...]

La explotación de los recursos naturales mineros en territorios de las comunidades étnicas y el derecho de participación

Corte Constitucional

Sentencia C-366/11

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, mayo 11 de 2011

VII. Consideraciones y fundamentos

Las actividades de exploración y explotación minera y los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes

21. En diversas oportunidades tanto la jurisprudencia constitucional como distintos órganos del sistema internacional y regional de derechos humanos, se han referido a la relación intrínseca entre la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas, y el aprovechamiento de los recursos mineros en los territorios que ocupan. Así, en el presente apartado se presentarán algunos casos paradigmáticos sobre la materia, con el objeto de identificar reglas acerca del grado de incidencia de las medidas legislativas sobre tópicos mineros, como las que ahora se analizan, y el derecho a la consulta previa de las citadas comunidades.

22. El primer caso que por su nodal importancia debe ser tenido en cuenta por la Sala, fue el resuelto por la Corte en la sentencia C-891/02 (M.P. Jaime Araújo Rentería), fallo que asumió, entre otros asuntos, la demanda contra varias disposiciones de la Ley 685/01 – Código de Minas, fundada en la omisión de la consulta previa respecto de asuntos que afectaban directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Asumiéndose una estructura argumentativa similar a la formulada en este fallo, la Corte evidenció que el mandato constitucional de reconocimiento y protección de la identidad étnica y cultural, sumado al principio democrático participativo y la existencia de cláusulas particulares que imponen la participación de las comunidades étnicas en las decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (Art. 330, par. C.P.), llevaban a concluir que este derecho de participación debía ser garantizado en las medidas legislativas que regulen el tema minero.

22.1. Este deber estatal de garantía de la participación se encuentra sustentado, además, en explicaciones sociológicas e históricas que demuestran (i) el vínculo inescindible entre la conformación de la identidad diferenciada y la relación de la comunidad con la tierra, y de manera general los recursos naturales, a partir de una cosmovisión particular que dista de la utilización patrimonial de estos bienes; y correlativamente (ii) la incidencia que tienen los proyectos de exploración y explotación minera en los territorios de las comunidades tradicionales, en la conformación y garantía de integridad de su identidad diferenciada. Así, el fallo sostuvo que “...es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une –como un todo– la generación presente y a las generaciones del futuro.” || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas. || Finalmente, cabe afirmar que tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos.”

22.3. El aprovechamiento minero de los recursos que se encuentran en los territorios indígenas, señaló la sentencia C-891/02, es un asunto que afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, según las disposiciones integrantes del bloque de constitucionalidad a la que se ha hecho referencia en este fallo, las medidas legislativas que regulen la actividad de exploración y explotación minera, que pueda afectar los territorios de dichas comunidades, deben ser sujetas al trámite de consulta previa, en las condiciones antes explicadas. A este respecto,

la sentencia en comentario recopiló las reglas fijadas sobre ese particular por la jurisprudencia, en especial las expuestas en la sentencia C-418/02 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), ^{*1} sobre un asunto similar, para concluir que la con-

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Esta sentencia declaró la exequibilidad del inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. En relación con la obligatoriedad de la consulta previa en el caso analizado, la sentencia expresó, entre otros argumentos, los siguientes:

“Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “son dignas de protección especial” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas. Así mismo arguye que el derecho al ambiente sano (artículo 79 de la Constitución) impone hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

Al retomar el análisis de la disposición acusada y confrontarla con las reglas constitucionales invocadas por el demandante, cabe formular las siguientes puntualizaciones:

Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena.

- *La norma acusada prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas. En efecto, mediante la delimitación y alinderamiento de “zonas mineras indígenas” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.*
- *Si bien puede argumentarse, como lo hacen los intervinientes, que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido pues la delimitación no implica el adelantamiento de proyectos concretos de exploración y explotación para los cuales se garantiza la participación directa de la respectiva comunidad, a juicio de esta Corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados a afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva. En efecto, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un “territorio indígena” es claro que, en el ámbito territorial no comprendido en la “zona minera indígena” pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la “zona minera indígena”, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.*
- *La circunstancia de que la norma acusada en cuanto forma parte del Código de Minas haya sido objeto de consulta en las mesas de concertación –como pone de presente en su intervención el Ministerio de Minas y Energía– con participación de representantes de las comunidades indígenas si bien satisface en cuanto al estudio del Código el requisito constitucional de participación en la formulación del régimen normativo especial, no es suficiente cuando de la precisión de ámbitos y regímenes concretos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se trata.*
- *Ahora bien, cabe preguntarse si en la medida en que el señalamiento y delimitación de “la zona minera indígena” debe basarse en estudios técnicos y sociales, la consulta a la comunidad*

sulta previa debió realizarse en relación con las distintas estipulaciones del Código de Minas.

No obstante, también se comprobó que dicho procedimiento se había efectuado, en consonancia con las condiciones generales previstas en el Convenio 169 de la OIT, pero había resultado fallido. En consecuencia, no resultaba afectada la constitucionalidad del Código de Minas, habida consideración que aunque el trámite de consulta previa tiene raigambre constitucional, en tanto es un instrumento necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y afrodescendientes, en ningún modo configura un poder de veto para el ejercicio de la actividad legislativa. Sobre este tópico, luego de hacer referencia a las pruebas obrantes en el proceso, la sentencia C-891/02 concluyó lo siguiente:

“21. Está demostrado que las entidades oficiales brindaron suficientes e idóneos canales de discusión a las comunidades indígenas en relación con los asuntos de fondo que atañen a la nueva legislación minera; sin embargo, nunca se concretó tal discusión, y no por voluntad del Gobierno, sino por circunstancias ajenas a éste, como lo fue la permanente insistencia de los pueblos indígenas en discutir otros asuntos generales relacionados con distintas políticas que supuestamente se han erigido en su contra.

Sumado a lo anterior, luego de esclarecerse el fracaso de las reuniones y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sustancial sobre el proyecto de ley, el Gobierno justificó en reiteradas oportunidades la necesidad de conservar en el nuevo Código Minero la legislación previa relacionada con grupos étnicos, dado su carácter garantista y el subsecuente beneficio que ella prodiga a los pueblos indígenas. Así se lo hizo saber a las organizaciones indígenas mediante varias comunicaciones y al Congreso de la República en la exposición de motivos del referido proyecto.

22. Respecto de los mecanismos propiciados por el Gobierno, tales como los talleres preparatorios y las mesas de concertación, la Corte los encuentra apropiados al fin perseguido, esto es, llevar a ley de la República un proyecto que

indígena interesada resultaría inocua. Al respecto se ha de responder que si bien la decisión debe soportarse en dichos estudios tal como lo prevé la norma acusada, de tal manera que sin que medien dichos estudios aquella no podrá adoptarse, es evidente que los mismos no arrojan un contenido que imponga o descarte per se, en forma directa y automática el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena.

- *En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la “zona minera indígena” dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.”*

armonizara con los intereses de los pueblos indígenas, a la par que fuera respetuoso del principio de participación que a ellos cobija. Amén de que en el acervo probatorio no se advierte asomo alguno de mala fe por parte de las entidades gubernamentales sino, por el contrario, un reiterado interés por alcanzar un acuerdo con los representantes de las comunidades indígenas.

23. Por otra parte, debe señalarse que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe. Justamente es también éste un escenario de discusión y participación que campea en el marco de un Estado democrático, como el colombiano, en el que los pueblos indígenas pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos.

No sobra recordar que en nuestro órgano legislativo, por mandato del inciso segundo del artículo 171 de la Constitución, los indígenas tienen dos senadores que participan en la creación de la ley antes de su expedición, haciendo oír su voz.

24. Consecuentemente, la Corte no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.

La Corte advierte que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”

23. Las reglas que vinculan la explotación de recursos naturales mineros en territorios de las comunidades étnicas y la protección de la identidad diferenciada de las mismas, son una constante en la jurisprudencia constitucional. Así, uno de los fallos más representativos de esa doctrina es la sentencia SU-039/07 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la que la Sala decidió acerca de la revisión de las decisiones de tutela que promoviera el Defensor del Pueblo, a favor de los integrantes de la comunidad indígena U'wa. En esta oportunidad, una empresa petrolera solicitó a las autoridades estatales correspondientes la expedición de licencia ambiental para adelantar labores de exploración en una extensa zona de territorio, parte de la cual estaba habitada por miembros de la citada comunidad. La licencia ambiental fue

expedida sin que antes se hubiera constatado la participación efectiva de la comunidad indígena, lo que motivó el amparo constitucional, a fin de lograr que se dejara sin efecto dicha licencia, con el objeto que el procedimiento de consulta fuera llevado a cabo, con sujeción a las reglas que le son aplicables.

23.1. La Corte partió de considerar que, de acuerdo con la Constitución, las actividades de aprovechamiento minero que se realicen en zonas en que se encuentren asentadas las comunidades tradicionales, deben ser previamente consultadas con las mismas. Esto con el fin de garantizar el cumplimiento del mandato de participación previsto tanto en el artículo 330 C.P., como en el Convenio 169 de la OIT. Ello en el entendido que (i) existe una cláusula constitucional concreta que impone al Gobierno de propiciar dicha participación; y, en cualquier caso, (ii) la explotación petrolera en los territorios de las comunidades es un asunto que, sin duda alguna, recae en el ámbito de los que los afectan directamente, lo que justifica la consulta previa sobre las medidas correspondientes, para el caso planteado de índole administrativo.

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el Texto Constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado. Para la Sala, “...[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena. (...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comu-

idad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.”

23.2. De otro lado, la Corte también advirtió que la participación de las comunidades étnicas, como paso previo a la expedición de la licencia ambiental, no podía adelantarse de cualquier modo sino que, antes bien, debía cumplir con determinadas condiciones que sean compatibles con el citado deber de protección de la identidad diferenciada, entre ellas, *(i)* el conocimiento pleno de la comunidad étnica acerca del contenido del proyecto y los mecanismos en que será ejecutado; *(ii)* que la comunidad sea ilustrada sobre el grado de incidencia que la ejecución del proyecto minera tendrá sobre los elementos y circunstancias que conforman esa identidad diferenciada; *(iii)* que la comunidad pueda deliberar libremente sobre las ventajas y desventajas del proyecto, de modo que participe efectivamente en la definición del mismo, procurándose la concertación de las medidas correspondientes. Por ende, dicha participación no se perfecciona con la simple notificación a la comunidad acerca del contenido del proyecto; y *(iv)* en caso que la concertación no sea posible, “... la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. || En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.” Estas condiciones, de acuerdo con la sentencia en comento, solo se logran a partir del procedimiento de consulta previa, explicado en la presente decisión.

24. Las reglas jurisprudenciales antes expresadas fueron nuevamente utilizadas en la sentencia T-769/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla). En este caso, el Ministerio de Minas y Energía había suscrito de concesión minera a favor de una empresa de exploración y explotación, con el fin de desarrollar el proyecto denominado *Mandé Norte*, el cual se ubicaba parcialmente en el territorio del resguardo indígena de la comunidad Embera de Uradá Jigüamiandó, del departamento del Chocó. Los accionantes, pertenecientes a ese grupo étnico, formularon acción de tutela contra distintos ministerios, entre

ellos el mencionado, con el argumento que el proyecto de explotación minera no había sido objeto de consulta ante autoridades representativas de la comunidad indígena.

La Corte concluyó que (i) al tratarse de un proyecto minero adelantado en territorio de la comunidad indígena, debió someterse al procedimiento de consulta previa; (ii) que esa consulta debía cumplir con las condiciones descritas por la jurisprudencia constitucional, entre ellas la representatividad de las comunidades; y (iii) que estos requisitos no se habían cumplido en el caso concreto, por lo que debía protegerse el derecho a la consulta previa, a través de la suspensión de las labores de exploración y explotación, hasta tanto no se verificara la consulta, con el lleno de los requisitos anotados. Así, en lo que tiene que ver con la afectación de los derechos de la comunidad indígena, derivado del desarrollo de proyectos de explotación minera sin su participación oportuna y efectiva, esta Corporación expresó, luego de recapitular las reglas jurisprudenciales sobre la materia, que era importante hacer hincapié en que *“...cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”*

25. Ahora bien, la Corte también ha identificado cómo las actividades de explotación minera pueden llegar a configurar factores de “riesgo transversal” para las comunidades indígenas y afrodescendientes, en especial cuando se trata de labores adelantadas bajo un concepto industrial a gran escala que, por sus propias características, inciden en porciones importantes del territorio. Esto lleva, incluso, a que tales actividades, cuando se desarrollan al margen de los intereses de las comunidades afectadas, lleven a situaciones especialmente graves en términos de protección y garantía de derechos fundamentales, como es el desplazamiento forzado interno. A este respecto y para el caso específico de los territorios colectivos habitados por las comunidades afrodescendientes, el Auto 005/09, adoptado como consecuencia del seguimiento de las órdenes estructurales de protección a la población desplazada, dictadas en la sentencia T-025/04 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), señaló:

“67. En la documentación remitida a la Corte Constitucional por las distintas organizaciones que participaron en la sesión del 18 de octubre de 2007, se resaltan tres factores transversales que contribuyen a que la población afrodescendiente sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado. Estos factores son (i) una exclusión estructural de la población afrocolombiana que la coloca en situación de mayor marginación y vulnerabilidad; (ii) la existencia de procesos mineros y agrícolas en ciertas regiones que impone fuertes tensiones sobre sus territorios ancestrales y que ha favorecido su despojo; y (iii) la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afrocolombianos, lo cual ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios.

(...)

70. En relación con el segundo factor transversal, en el documento enviado a la Corte Constitucional por CODHES, AFRODES y otras organizaciones de población afrocolombiana, así como en las intervenciones realizadas por varios representantes de las comunidades afro que participaron en la sesión técnica del 18 de octubre de 2007, se resalta como uno de los factores que ha contribuido a aumentar la violencia contra el pueblo afro colombiano en su territorio, las presiones legales e ilegales para promover patrones de desarrollo impulsados por la visión de productividad que caracteriza en las regiones correspondientes al modelo económico mayoritario y desconoce modelos de producción propios de las comunidades afrocolombianas, que favorecen el autoabastecimiento y promueven la protección de la diversidad cultural y biológica de sus territorios.

71. Como consecuencia de ello, según los intervinientes ha aumentado la presencia de megaproyectos agrícolas (monocultivos) o de explotación minera en zonas históricamente habitadas por la población afrocolombiana y sobre territorios ancestrales. Esta situación ha favorecido la venta de predios ubicados en zonas que aún no han sido objeto de titulación colectiva y con ello, el surgimiento de las amenazas por la presencia de actores armados que intimidan a la población afro con el fin de que abandonen sus territorios, lo cual ha dado lugar a la dinámica de desplazamiento, confinamiento y resistencia que enfrenta la población afro colombiana. A esta presión, se suma la ejercida por la economía del narcotráfico, que tiene una estrecha relación con las actividades y enfrentamientos entre grupos armados ilegales lo que ha provocado una dinámica en los territorios afrocolombianos a través de la cual se generan desplazamientos y confinamientos, particularmente en el Pacífico colombiano.

(...)

76. Según AFRODES, la expansión de la actividad de las empresas mineras también han causado desplazamiento entre los afrocolombianos e impactado negativamente la forma de vida de los mineros artesanales. “La Sociedad Khedada esta abriendo una mina de oro en el Sur de Bolívar en los Municipios de Santa Rosa del Sur y Simití sin haber hecho una consulta previa con estas comunidades.

La gente que se opone a éste proyecto ha sido amenazada y se ha denunciado que las Águilas Negras tienen alta presencia en el área y que la seguridad para las comunidades es muy precaria, y podrían llegar a haber masacres y desplazamientos masivos.””

26. Similares consideraciones fueron expuestas por la Corte para el caso de las comunidades indígenas. Así se concluyó en el Auto 004/09, adoptado dentro del proceso de seguimiento antes señalado, según el cual la explotación lícita de recursos mineros también concurría como factor de riesgo de desplazamiento para las comunidades indígenas, en especial debido a su incidencia en territorios estrechamente relacionados con la definición de la identidad diferenciada y las prácticas tradicionales de esos pueblos. Sobre este particular, indicó la Corte:

2.3.2. El desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas. Especialmente preocupante en este sentido es la presencia creciente y registrada de cultivos ilícitos –principalmente coca – y el desarrollo dentro de sus territorios, por actores externos, de distintas actividades vinculadas al tráfico de drogas; pero también se ha reportado, como se verá en el anexo, el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales –tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines–. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos.

En este sentido ha de resaltarse que múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades. Según se denuncia –y se reseña más adelante en el anexo–, aparentemente algunos actores económicos se han aliado con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades indígenas, actos de violencia que eliminen o desplacen a los indígenas de sus territorios ancestrales, despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado.”

27. Adicionalmente, diversas decisiones adoptadas tanto por órganos de justicia del sistema regional de derechos humanos, como en otros documentos

del sistema universal y regional, insisten en el vínculo entre la protección de la identidad diferenciada y la explotación de recursos naturales existentes en los territorios de las comunidades étnicas. Así por ejemplo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha puesto de presente cómo los proyectos de desarrollo en los territorios, que son adelantados de forma inconsulta con las comunidades tradicionales afectadas, tienen incidencia directa en el goce y garantía de sus derechos humanos. A este respecto, en el Informe Provisional presentado ante el sexagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General, celebrada en agosto de 2010, el Relator Especial expresó, al referirse a los proyectos económicos y de infraestructura que afectan a los indígenas, lo siguiente:

“26. El Relator Especial considera que se pueden definir dos grandes esferas que son motivo de preocupación al examinar los programas de desarrollo que afectan a los pueblos indígenas. La primera se refiere a las políticas e iniciativas dirigidas al desarrollo de la economía o la infraestructura del Estado en general, que se presentan como provechosas para la población del Estado en su conjunto, pero que tienen efectos negativos sobre los pueblos indígenas. Éstas incluyen los programas de desarrollo que abarcan la extracción de los recursos naturales y megaproyectos como la construcción de presas e instalaciones de transporte en territorios de los pueblos indígenas.

27. Los problemas derivados de dichos proyectos de desarrollo que afectan a los pueblos indígenas se manifiestan en una amplia gama de situaciones que el Relator Especial encuentra periódicamente en el marco de sus actividades de vigilancia y respuesta a situaciones de interés para los pueblos indígenas de todo el mundo.

Estos problemas suelen estar relacionados con la falta de mecanismos adecuados de participación de esos pueblos en la concepción y ejecución de las iniciativas de desarrollo; la ausencia de medidas de mitigación adecuadas que tengan en cuenta las preocupaciones ambientales y culturales de los indígenas; la falta de reconocimiento de los derechos de propiedad de los indígenas de las tierras y los recursos, y la ausencia de la participación equitativa en los beneficios de los proyectos de desarrollo. En ese sentido, el artículo 32 de la Declaración, al pedir que se obtenga el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, proporciona una pauta importante para evitar estos problemas en el contexto del desarrollo.”² (Resaltado fuera de texto).

2 Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Asamblea General. Sexagésimo quinto periodo de sesiones. Documento A/65/264.

La participación de las comunidades tradicionales en los proyectos que los afectan se explica, del mismo modo, por los potenciales efectos nocivos que tienen los proyectos a gran escala, entre ellos los mineros, para los intereses de las comunidades tradicionales. Estos efectos, a su vez, deben mirarse no solo desde la perspectiva del compromiso específico con territorios “propios” de los pueblos étnicos, sino respecto de toda actividad de desarrollo que llegase a afectar directamente los intereses de los mismos. Esta perspectiva incluye, por supuesto, medidas de carácter general respecto de las cuales se predique ese grado de incidencia. A este respecto, el Relator Especial, en otro de sus informes, esta vez de 2009, señaló:

“43. Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población. En lugar de ello, una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas.

44. El deber de celebrar consultas no está limitado a las circunstancias en que una medida propuesta pueda afectar o afecte en el futuro un derecho ya reconocido o derivado de un contrato. *El Relator Especial observa con preocupación que algunos Estados, de hecho o de manera deliberada, han adoptado la posición de que las consultas directas con los pueblos indígenas en relación con la actividad de extracción de recursos naturales o con otros proyectos de repercusiones importantes sobre el medio ambiente, como las presas, solo se requieren cuando las tierras en que se realizan las actividades en cuestión han sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno. Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de celebrar consultas con ellos se plantea siempre*

que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales. A este respecto, un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT afirmó explícitamente que: “la consulta prevista en el párrafo 2 del artículo 15, procede respecto de los recursos de propiedad del Estado que se encuentren en las tierras que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera, tengan o no título de propiedad sobre los mismos”. Es posible imaginar fácilmente innumerables maneras en que los pueblos indígenas y sus intereses puedan verse afectados por proyectos de desarrollo o por iniciativas legislativas en casos en que carezcan del correspondiente derecho.

45. Las características específicas del proceso de consultas requerido por el deber de celebrar consultas variará necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.”(Resaltado no original)³

La importancia de la participación de las comunidades tradicionales, en tanto mecanismo que busca evitar la vulneración de sus derechos, propios de su identidad diferenciada, especialmente frente a proyecto de explotación recursos naturales, es un aspecto reiterado en el ámbito interamericano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir el caso *Pueblo Saramaka v. Surinam*, reiteró su propia jurisprudencia en el sentido que la particular relación que tienen las comunidades indígenas con los territorios en que habitan exige, entre otros asuntos, que las decisiones relativas al aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, esté precedida de la participación de los afectados. Esto so pena de incidir negativamente en la sobrevivencia del pueblo étnico, en tanto comunidad de identidad diferenciada y minoritaria.

“129. En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la

3 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos. 12º periodo de sesiones. 15 de julio de 2009. Documento A/HRC/12/34.

propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante “plan de desarrollo o inversión”)⁴ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.

130. Estas salvaguardas, especialmente aquellas referentes a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención⁵. En el caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda*, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos

4 Al utilizar el término (plan de desarrollo o inversión) la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.

5 *Cfr.*, e.g. OIT Convenio No. 169, Artículo 15(2) (declarando que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”) El Banco Mundial ha implementado requisitos similares, Banco Mundial, *Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10)*. Otros documentos hablan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente. *Cfr.*, e.g. ONU, Comité de Derechos Humanos, *Comentario General No. 23: Los derechos de las minorías (Art. 27)*, *supra* nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP “puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”); Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General No. 23, Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra* nota 76, párr. 4(d) (haciendo un llamado a los Estados a “[g]arantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”).

decidió que se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho. El Comité consideró que “la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional”.^{6,7}

28. Por último, no puede perderse de vista que, habida cuenta el carácter central que tienen los recursos naturales para la salvaguarda de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, el mismo Convenio 169 de la OIT ha considerado necesario prever reglas particulares acerca de la garantía de participación de las comunidades étnicas respecto de las medidas que asuman este tópico. En tal sentido, el artículo 15 de ese instrumento internacional prevé dos reglas a ese respecto, a saber (i) los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos; y (ii) en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

29. A partir de las consideraciones expuestas en este apartado, que recopilan las precisiones conceptuales ofrecidas por el derecho constitucional colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos, en materia de protección de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas, en especial respecto de su relación con la tierra y los recursos naturales, la Corte extrae las conclusiones siguientes, importantes para decidir el asunto de la referencia:

6 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda* (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.

7 Corte IDH. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 129–130.

29.1. El aprovechamiento de los recursos naturales, entre ellos los mineros, que se encuentren en el territorio en que se asientan las comunidades étnicas y afrodescendientes, es un asunto trascendental para la definición de la identidad particular y diversa de dichos pueblos. Por ende, tanto las medidas legislativas como administrativas que puedan incidir en ese aprovechamiento específico deben contar con espacios de participación para esas comunidades. Un ejemplo de las medidas legislativas de esta naturaleza es el Código de Minas, en tanto regulación general y sistemática acerca de la utilización de los recursos mineros en el país, lo que incluye los territorios ancestrales.

29.2. El deber de participación antes anotado resulta particularmente intenso cuando se trata de medidas legislativas y administrativas relacionadas con la explotación de recursos naturales en los territorios en que se ubican las comunidades diferenciadas. Ello debido a que (i) existe un mandato constitucional particular a ese respecto, contenido en el parágrafo del artículo 330 C.P.; (ii) el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT prevé un mandato particular en el mismo sentido, que impone el deber al Estado de consultar a las comunidades toda medida relacionada con la utilización, administración y conservación de los recursos naturales, lo que incluye los recursos mineros; (iii) tanto la jurisprudencia constitucional colombiana como la de tribunales internacionales de derechos humanos, coinciden en que tales proyectos de explotación de recursos naturales tienen un importante grado de incidencia en la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural de las comunidades diferenciadas.

29.3. La participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes respecto de las medidas relacionadas con el aprovechamiento de recursos mineros ubicados en sus territorios, debe ser compatible con las condiciones propias de su identidad diferenciada. Por ende, esa participación no puede acreditarse de cualquier modo, sino que debe ajustarse a los requerimientos propios de la consulta previa, en los términos explicados en el fundamento jurídico 14 de esta sentencia. Esto debido a que tales condiciones permiten que la participación de dichos pueblos étnicos se adelante bajo condiciones de buena fe, información suficiente a las comunidades afectadas, adecuación cultural y oportunidad.

29.4. En la actividad de exploración y explotación minera, para el caso colombiano, convergen diversos factores de riesgos para la vigencia de los derechos constitucionales de las comunidades étnicas. Aunque se trata de una actividad legal y sometida a fuertes regulaciones, la experiencia histórica ha demostrado que los proyectos mineros son especialmente sensibles a acciones como la incursión de grupos armados ilegales, el desplazamiento forza-

do de las comunidades que habitan las zonas afectadas y la contaminación del medio ambiente. Estos riesgos, que lastimosamente son connaturales a la actividad minera, exigen un especial deber estatal de garantía de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

29.5. En los casos que debiéndose adelantar la consulta previa, esta es pretermitida, además de afectarse el derecho de las comunidades étnicas al reconocimiento de su diversidad étnica y cultural, se pone en riesgo a estos pueblos respecto de sus demás derechos constitucionales. Ello en razón de los riesgos propios de la actividad minera, que suelen generar afectaciones concretas a los citados derechos, debido a la ausencia de participación de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Esta circunstancia, como se ha indicado, refuerza la necesidad de llevar a cabo ese procedimiento de consulta, con el cumplimiento estricto de los requisitos explicados por la jurisprudencia constitucional. [...]

EL DERECHO A LA TIERRA Y A LOS RECURSOS NATURALES DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES

El derecho a los recursos naturales de las comunidades negras

Corte Constitucional

Sentencia T-955/03

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Bogotá, octubre 17 de 2003

I. Antecedentes [...]

1. Contexto fáctico de la tutela que se revisa

1.2 Los derechos constitucionales de las comunidades negras. Antecedentes del artículo 55 transitorio de la Carta Política

a) En oposición a la explotación de maderas en sus territorios^{*1}, en enero de 1986, los campesinos negros de la región conformaron la Asociación Cam-

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Desde los años cincuenta, del siglo pasado, empresas madereras, principalmente Maderas del Atrato, Pizano S.A., Aserrió Covadonga, Tríplex Pizano, Maderas Riosucio, Maduraba y Maderas del Darién S.A. –“que hacían y hacen parte de dos emporios económicos con capitales nacionales y extranjeros: el grupo Dago y la compañía Pizano S.A.”–, han explotado más de 1´697.295 hectáreas de bosque húmedo tropical, en la región del Atrato, en las Cuencas de los ríos Salaquí, Cacarica y Truandó, a través de 140 permisos y concesiones–. “La explotación iniciada desde los cincuenta se ha realizado mediante tecnologías mecanizadas, bien sea directamente por las empresas o indirectamente a través de los corteros locales que recurren a procedimientos más artesanales para la extracción. La forma de trabajo es a partir de fuentes de explotación, con tractores y winches para el desemboque al igual que remolcadoras para transportar las trozas halándolas por canales artificiales que desembocan a los ríos naturales hasta sus plantas de procesamiento que en su gran mayoría se ubican fuera del Pacífico, en la ciudad de Barranquilla –Cortés Hernán y Restrepo Eduardo, “Deforestación y degradación de los bosques en el territorio– región de las comunidades negras del pacífico Colombiano, en *Latín América sin fecha*, citado por Amicus Curiae, *Explotación de Maderas y derechos humanos – Bajo Atrato –Chocó, Defensoría del Pueblo, Bogotá 2002.*

pesina Integral del Atrato –ACIA–, entidad que lideró Foros Campesinos entre junio de 1987 y febrero de 1990, el Paro Cívico del Chocó, que tuvo lugar en mayo de 1987, el Encuentro de Bellavista en agosto de 1987, y el Foro sobre Titulación de Tierras, en agosto de 1988².

En sus propuestas las comunidades negras expusieron su derecho a contar con “*un título comunitario que acredite legalmente su propiedad ancestral sobre la tierra que han poseído y trabajado durante varios siglos*”, título que debía incluir “*las parcelas familiares, los bosques, y las ciénagas de uso comunitario con sus recursos naturales*”.

Las comunidades fundaban sus pretensiones en la Ley 31 de 1967, aprobatoria del “*Convenio relativo a las protección e integración de las poblaciones indígenas tribales y semitribales en los Países Independientes*”, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957³, normatividad ésta que

La Defensoría del Pueblo, en el documento en mención, denuncia que los bosques más afectados por la extracción maderera han sido los guandales y los cativos, localizados en la parte media y baja del Atrato, afirma que de las 363.000 hectáreas de éstos últimos que existían en la región, así finales de los años 80 existían sólo 90.000 –cita a “ANDRADE Germán 1993, “*Conservación de la Biodiversidad*”, En LEYVA Pablo, *Colombia, Pacífico Bogotá FEN; II Tomo páginas 828 y 845*”.

El profesor Peter Wade denuncia que las empresas madereras de la región utilizan el sistema de “*adelantos*”, que consiste en entregar alimentos y herramientas al campesino negro para que adelante la tala de bosques, quien luego incrementa su deuda con los gastos de transporte, para al final quedar “*el cortero*” debiendo “*al patrón*” y, en consecuencia, comprometido con la continuación de la empresa –Gente Negra Nación Mestiza, Instituto Colombiano de Antropología, Ediciones Uniandes, 1997.

Sobre “[l]as concesiones madereras, como las otorgadas en Nariño (Chapas), en el Bajo San Juan (Cartón de Colombia) y en el Urabá (Maderas de Urabá y Maderas del Darién”, Enrique Sánchez y otros, sostienen que “han generado serios conflictos. La industria maderera buscaría nuevas estrategias, comprándole al campesino la madera talada y aprovechando innumerables permisos domésticos, sin ningún control legal o policivo que alimentan una cadena de intermediarios negros, estratégicamente ubicados en la red de relaciones de parentesco de las comunidades”. Derechos e Identidad, Los Pueblos Indígenas y Negros en la Constitución Política de Colombia de 1991, Enrique Sánchez y otros, Disloque Editores, Bogotá 1993.

- 2 “*El 19 de agosto de 1981 Maderas del Darién S.A. presentó al INDERENA solicitud de permisos de aprovechamiento forestal únicos Clase A, de las áreas denominadas Sábalos y Larga Boba*”. “*El 15 de noviembre de 1982 PIZANO S.A. solicitó permiso de aprovechamiento forestal persistente Clase A del área denominada Guama*”. “*El 5 de mayo de 1988 Maderas del Darién S.A. solicitó a CODECHOCÓ permiso de aprovechamiento forestal persistente Clase A del área denominada Balsa II*” –demanda presentada por CODECHOCO ante el Tribunal Administrativo del mismo departamento, el 5 de marzo de 1996.
- 3 “*Los habitantes del medio Atrato somos descendientes directos de las tribus africanas que fueron traídas como esclavas durante La Colonia, sin su libre consentimiento. Igualmente nos asimilamos a los expuesto en el Numeral 2 del artículo 1º de la Ley 31 de 1967, puesto que hemos venido reproduciendo y construyendo una cultura con base en la herencia de nuestros ancestros africanos, en las cuales tenemos formas culturales particulares de relacionarnos con la tierra y con los recursos naturales en general*” –Propuesta presentada por la Asociación Campesina Integral del Atrato ACIA, en el foro sobre Titulación de Tierras, adelantado en la Comunidad de Padua, agosto de 1988 –citada en Derechos e Identidad, obra citada páginas 180.

permitió incrementar las políticas estatales de reconocimiento territorial, asistencia, y apoyo educativo a las comunidades indígenas⁴.

Aunque el título comunitario no fue otorgado, los movimientos sociales de las comunidades negras obtuvieron el Acuerdo de Buchadó, el Convenio ACIA-CODECHOCO, una Acta de Compromiso y un plan mínimo de manejo ambiental, de conformidad con los cuales la Corporación Forestal en comento destinó “600.000 hectáreas para desarrollar en ellas un programa de participación comunitaria que permita la preservación y el aprovechamiento sostenido de los recursos naturales renovables, así como la investigación científica⁵”, porción que más adelante incrementó a 800.000 hectáreas, y delimitó debidamente⁶.

Entre los aspectos de estos acuerdos, que vale destacar, se tiene i) que no fue descartada la posibilidad de iniciar acuerdos colectivos e individuales de titulación, ii) que la consulta previa con las comunidades y asociaciones campesinas fue considerada como un procedimiento válido y exigible para adelantar actividades de investigación en la región; iii) que se formuló un plan integral para la zona; y iv) que los permisos de aprovechamiento forestal se redujeron a 200 mts³, y siempre que se atendieran las recomendaciones de las comunidades⁷.

b) En noviembre de 1989, febrero y noviembre de 1990, las comunidades negras de la región pacífica celebraron sendos encuentros demandando del Gobierno Nacional i) la titulación de “*los bosques comunitarios en los pueblos del Medio Atrato*”⁸, y ii) que se adelante “*un proceso de titulación a la población negra de la región en forma asociativa o privada de acuerdo al deseo de cada tronco familiar*”⁹.

4 “(..) que el Estado colombiano desarrolle una política de reconocimiento de los derechos tradicionales de las comunidades negras del Pacífico, en una forma similar a la que reconoce a las comunidades indígenas” –Encuentro por la Unidad y Defensa de la Tierra de las Comunidades Indígenas y Negras del Pacífico–, Papayo, 1989.

Son muestras de la influencia del Convenio 107 de la OIT en las políticas gubernamentales sobre comunidades indígenas, las Leyes 1° y 30 de 1968, la resolución 10013 de 1981, como también los Decretos 1142 de 1978, 2230 de 1986 y 1811 de 1990 sobre titulación de tierras, apoyo de proyectos productivos, atención gratuita en salud, educación indígena, e impulso del conocimiento de lenguas aborígenes, se adoptaron con fundamento en los dictados del Convenio 107 de la OIT.

5 Acuerdo 88 y 20 de la Junta Directiva de CODECHOCO, de 1987 y 1988 respectivamente; y Convenio ACIA-CODECHOCO 2 de noviembre de 1989, citados en Derechos e Identidad, y Amicus Curiae obra citadas, páginas 177 a 179 y 18 respectivamente.

6 Idem.

“De este modo se excluía la posibilidad de explotar madera en forma mecanizada y extensiva y se establecía la consulta previa para las actividades de investigación y para el otorgamiento de permisos de aprovechamiento forestal en el territorio reconocido” –Amicus Curiae, página 18. .

8 Encuentro por la Defensa de Nuestro Territorio Tradicional del Pacífico, Quibdó junio de 1990.

9 Encuentro Por la Unidad y Defensa de la Tierra de las Comunidades Indígenas y Negras del Pacífico, Papayo 1989.

c) El Movimiento Nacional Cimarrón dirigió a la Asamblea Nacional Constituyente una petición de varios puntos, entre éstos el reconocimiento de su “*derecho ancestral de propiedad y usufructo que han adquirido las comunidades negras e indígenas sobre las tierras que ocupan*”¹⁰.

Y, una vez elegidos los miembros de dicha Asamblea, las organizaciones negras conformaron una Mesa de Trabajo¹¹, sobre los derechos de sus comunidades, e insistieron ante ésta, con manifestaciones públicas el reconocimiento de su derecho a un régimen territorial propio, como lo indica el siguiente aparte, del comunicado de prensa de mayo 10 de 1991:

“(..) el pueblo negro aspira a que se le reconozca la propiedad ancestral sobre sus territorios tradicionales, muchos de los cuales han sido compartidos históricamente con los pueblos indígenas. Para ello se necesitaría un régimen especial de posesión y manejo del territorio, acorde con las prácticas culturales de los negros, con lo cual se evitaría la devastación de los recursos naturales de las zonas como el Pacífico, donde hoy se pretende desarrollar grandes proyectos que desconocen la existencia de pobladores negros e indígenas, los cuales han habitado y poseído el territorio durante más de tres siglos /comunicado de Prensa de Mayo 10 de 1991)”¹².

d) La Carta Política, además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana –artículos 1° y 7°–, determina con claridad el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, protege su identidad cultural, ampara sus formas tradicionales de producción e impulsa su desarrollo económico y social¹³, el siguiente es el texto de la disposición:

“ARTICULO TRANSITORIO 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con

10 Derechos e Identidad, obra citada página 184. La comunidades negras no tuvieron representante en la Asamblea Nacional Constituyente, no obstante, a raíz de las ocupaciones de la Catedral de Quibdó, de las oficinas del INCORA en este mismo municipio, como también de la embajada de Haití, en Bogotá, el 22 de mayo de 1991, “*los constituyentes Lorenzo Muelas y Rojas Birry, “dijeron al país que no firmarían la Constitución si no se consideraba su pliego de peticiones. Así incluyeron el Transitorio” (entrevista con Esperanza y Bazán)*”–Derechos e Identidad, página 185.

11 La Mesa de trabajo estuvo conformada por ACIA, ACABA, ACADESAN, OBAPO, CIMARRON, entre otras organizaciones, “*e inició una campaña de presión denominada “El Telegrama Negro”, invitando a dirigirse a la Asamblea reclamando “la inclusión de los negros, como realidad étnica dentro de la Reforma Constitucional”*”. *Idem*.

12 *Idem*, p. 85.

13 “*Rojas Birry diría ante la Asamblea: “Nosotros somos sus hermanos de sufrimiento y su voz ante ustedes”, idem*”.

sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley”.

e) En la Conferencia Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo –CNUMAD–, reunida en Río de Janeiro en junio de 1992, al cumplirse 20 años de Conferencia sobre Entorno Humano de Estocolmo¹⁴, las discusiones adelantadas sobre el manejo y la subsistencia de los bosques produjeron la Declaración sobre los Principios Forestales, y en la Agenda 21 un Capítulo sobre Deforestación¹⁵.

14 Dentro del marco de la Conferencia de la Naciones Unidas sobre el medio ambiente, el Congreso nacional otorgó al Presidente facultades para adoptar un código de recursos naturales, que corresponde al Decreto 2811 de 1974. Este estatuto destinada la Parte VIII a regular lo relativo a la Flora Terrestre desarrolla lo atinente a los Bosques, a las áreas de reserva forestal, a los permisos forestales, a las industrias forestales, a la reforestación, a la asistencia, a la investigación, y a la protección forestal.

15 La Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas estableció en 1995 el Panel Intergubernamental de Bosques (PIB), que presentó sus trabajos en la 19ª sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas en junio de 1997. Dada la importancia del tema, la Asamblea General recomendó continuar el diálogo sobre el punto. Recomendación que fue considerada por el Consejo Económico y Social y condujo a la creación del Foro sobre bosques, dependiente de la Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, hasta el año 2000.

De los Foros reunidos en 1997, 1998, y 1999 se deben destacar, entre los temas de mayor relevancia i) la atinente a los recursos financieros para avanzar hacia el manejo forestal sostenible; ii) la regulación del comercio de maderas y la transferencia de tecnología; iii) las causas subyacentes de la deforestación y degradación forestal; iv) los conocimientos tradicionales relacionados con los bosques; y la investigación forestal, entre otros.

Además se ha insistido en la necesidad de contar con un mecanismo de tipo vinculante para promover el manejo, conservación y desarrollo sustentable de todo tipo de bosques.

Para la puesta en práctica de los principios y propuestas sobre bosques, en 1995 se creó el Equipo Interinstitucional de tareas sobre Bosques, entidad que coordina al Centro de Investigación Forestal Internacional (CIFOR); a la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO); a la Organización Internacional de Maderas Tropicales (ITTO); al Secretariado

Proclama la Conferencia, entre otras necesidades, el reconocimiento por parte de los países integrantes de la Organización de *“la función vital que cumplen los bosques de todo tipo en el mantenimiento de los procesos y el equilibrio ecológicos en los planos local, nacional, regional y mundial mediante, entre otras cosas, la función que les cabe en la protección de los ecosistemas frágiles, las cuencas hidrográficas y los recursos de agua dulce y su carácter de ricos depósitos de diversidad biológica y recursos biológicos y de fuente de material genético para productos biotecnológicos, así como para la fotosíntesis”* –principio 4–.

E insta a los declarantes a *“reconocer y apoyar debidamente la cultura y los intereses y respetar los derechos de las poblaciones indígenas, de sus comunidades y otras comunidades y de los habitantes de las zonas boscosas”*.

Y, para el efecto destaca la necesidad de promover *“condiciones apropiadas para estos grupos a fin de permitirles tener un interés económico en el aprovechamiento de los bosques, desarrollar actividades económicas y lograr y mantener una identidad cultural y una organización social, así como un nivel adecuado de sustentación y bienestar, lo que podría hacerse, entre otras cosas, por conducto de sistemas de tenencia de la tierra que sirvieran de incentivo para la ordenación sostenible de los bosques”*. –principio 5–.

La Declaración de Río, por su parte, reconoce el conocimiento y prácticas tradicionales de los pueblos y comunidades locales en el manejo del medio ambiente y del desarrollo sustentable; de modo que insta a los Estados a reconocer y apoyar la identidad, la cultura y los intereses de pueblos y comunidades, como también a garantizarles su efectiva participación en la protección del medio ambiente y del desarrollo –Principio Vigésimo Segundo.

f) El 27 de agosto de 1993, mediante la Ley 70, se desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución Política con el propósito de proteger a todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana en condiciones de igualdad, por ello la Ley reafirma el derecho de las comunidades negras y de sus organizaciones de participar, sin detrimento de su autonomía *i)* en las decisiones que las afectan, y *ii)* en las instancias participativas, previstas para el resto de los nacionales colombianos, en pie de igualdad.

En materia territorial, la Ley dispuso que el Gobierno determinaría *“las tierras de las comunidades negras”*, y que en éstas se entenderían comprendidos *“los suelos y los bosques”* –artículos 2°, 4° y 6°–.

de la Convención de Diversidad Biológica (CBD); al Departamento para Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UNDESA); y al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (UNDP).

Como mecanismos de protección de la identidad cultural de estos pueblos fue prevista i) su participación en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas referidas en la ley, ii) la conformación de una Comisión Consultiva de alto nivel, con la participación de representantes de las comunidades negras de las diversas regiones del país, para el seguimiento de la ley, iii) la designación por consenso de los representantes de las comunidades para efectos de su participación, en los términos de la ley, iv) su participación en el Consejo Nacional de Planeación, y en los Consejos territoriales de Planeación, v) su intervención en los procesos de planeación, coordinación, ejecución y evaluación de las investigaciones que el Gobierno debe fomentar y financiar a fin de promover los recursos humanos, y las realidades y potencialidades de las comunidades negras, con miras a facilitar su desarrollo económico y social; y vi) la participación de sus representantes en el diseño, ejecución y coordinación de los planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social.

La Ley enfatiza, además, sobre la participación de las comunidades negras i) en los planes y programas que adelante el Gobierno nacional en sus territorios, con la cooperación internacional, para la preservación del medio ambiente; ii) en la conservación y determinación de sus prácticas tradicionales de producción; y iii) en los programas de erradicación de la pobreza, con el propósito de propender por respeto y reconocimiento de su vida social y cultural, y con miras a decidir sus aspiraciones en materia de desarrollo.

g) La Ley 99 de 1993 “*por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*”, por su parte, también prevé la participación de los grupo étnicos, en condiciones de igualdad, en los asuntos ambientales que los afectan, así:

- Un representante de los pueblos indígenas y otro de las comunidades negras concurren a integrar el Consejo Nacional Ambiental, y en los Consejos Directivos de las Corporaciones Regionales.
- Los integrantes de los pueblos indígenas y de las comunidades negras pueden participar en los trámites que demanda la expedición de licencias ambientales i) como pueden hacerlo todos los asociados; y ii) en razón de su pertenencia al pueblo interesado, para efectos de la consulta previa, prevista en el artículo 76 de la Ley en mención, con miras a que las explotaciones de recursos naturales se adelanten sin desmedro de su

de su integridad cultural, social y económica, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Política.

h) Otras normativas también regulan los derechos de los grupos étnicos, y su participación en las decisiones que los afectan en condiciones de igualdad, es el caso de la Ley 160 de 1994 –“*por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*”–; de las Leyes 191 –“*se dictan disposiciones sobre Zonas de Frontera*”– y 199 de 1995 –“*se cambia la denominación del Ministerio de Gobierno y se fijan los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Gobierno Nacional modificará su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones*”–; de la Ley 685 de 2001–“*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”; y el Decreto 200 de 2003 –“*por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones*”. [...]

II. Consideraciones y fundamentos

4. Los derechos reconocidos en la Constitución Política a las comunidades negras. Marco jurídico de su derecho a los recursos naturales

4.1 Identidad cultural asociada al territorio colectivo y a las prácticas tradicionales de producción

Tal como quedó expuesto, las comunidades negras que ocupan las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico constituyen una cultura propia generada en procesos únicos de adaptación, asociados a prácticas extendidas de producción, fundadas en el parentesco y reconocidas en los artículos 1º, 7º, 58 y 55 T. de la Carta Política.

En este sentido procede recordar que de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta.

Ahora bien, este carácter, reconocido alude a los pueblos indígenas y tribales, entre éstos a las comunidades negras, así algunas disposiciones constitucionales atinentes al tema nombren únicamente a los primeros, porque los artículos 5º, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176 del mismo ordenamiento reconocen en igualdad

de condiciones a todas las culturas existentes en el territorio nacional, y propenden igualmente por su conservación, investigación, difusión, y desarrollo.

A lo anterior debe agregarse la contribución de la comunidad internacional al proceso de reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, en especial al Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 121 de 1991, en cuanto sus disposiciones permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas¹⁶ a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia –artículo 1°, numeral a)–.

Lo expuesto porque el Convenio en mención se refiere a las comunidades cuyas *“condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”*, así no descendan de *“poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”*, sin establecer distinciones ni privilegios¹⁷.

Dentro de este contexto, los Estados Partes, entre éstos el Estado colombiano, se encuentran igualmente obligados a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y de los pueblos tribales, y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como *“lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.”* –artículo 13–.

Por ello el instrumento internacional en comento desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar *“las tierras que no estén exclu-*

16 *“El hecho de ser afrocolombiano implica el reconocimiento de una ascendencia africana, pero al mismo tiempo somos nativos puesto que nacimos aquí en Colombia, al igual que nuestros padres, los indígenas y mestizos, lo que supone los mismos derechos para todos (...) la diferencia en los diversos pueblos de asentamiento negro se debe a los diversos medios en que se han conformado; no obstante hay rasgos culturales propios de las comunidades negras que permiten diferenciarlas de otras culturas (...) debido al racismo la antropología colombiana desconoce la existencia de esos elementos culturales diferenciales (...)”* –Comisión Especial para las Comunidades Negras, Subcomisión de Entidades Estatales y Comisionados de las Organizaciones Populares, comisionado Trifilo Viveros, 29 de marzo de 1993.

17 Convenio 169 de la OIT, Guía para su Aplicación. Elaborado por el Servicio de Políticas para el Desarrollo (POLIDEV), en cooperación con el Servicio de Igualdad y Coordinación de los Derechos Humanos (EGALITE), al respecto consultar la sentencia SU–320 de 2003.

sivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales –artículo 14–.

De modo que si a los Estados Partes no les resulta posible reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, se prevé el establecimiento de procedimientos “*con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades*”¹⁸.

Además, dentro del espíritu de hacer realidad el reconocimiento étnico vinculado al territorio, el instrumento dispone que las Partes se obligan “*a prevenir sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos*”, como también a adoptar instrumentos que impiden tales inmisiones –artículo 18–.

Está claro, que los pueblos que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas de las Cuenca del Pacífico tienen derecho a la delimitación de su territorio, y que esta comporta el derecho de las comunidades negras a utilizar, conservar y administrar sus recursos naturales, no sólo porque las previsiones del Convenio 169 de la OIT, a las que se ha hecho referencia, así lo indican, sino porque el artículo 55 Transitorio de la Carta reconoce en estos pueblos, de antemano, la conciencia de identidad tribal, criterio fundamental, aunque no único, para que opere dicho reconocimiento, en los términos del artículo 1° del instrumento internacional.

A la vista de las anteriores consideraciones, deben entenderse entonces las previsiones de la Ley 70 de 1993, destinadas a hacer explícito el reconocimiento previsto en el artículo 55 transitorio del ordenamiento superior, en especial los artículos 1° y 4°, en cuanto disponen:

“La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la protec-

18 Respecto de la consulta previa para la delimitación de las zonas mineras indígenas se puede consultar la sentencia C- 418 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

ción de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana. De acuerdo con lo previsto en el parágrafo 1o. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley” –artículo 1°–.

“El Estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el artículo 1° de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción.

Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales “Tierras de las Comunidades Negras” –artículo 4°–¹⁹.

4.2 Alcance del derecho de las comunidades negras al territorio colectivo

4.2.1 Los recursos naturales comprendidos en el reconocimiento constitucional

a) En el ordenamiento jurídico nacional, el reconocimiento a las comunidades negras del territorio que tradicionalmente han ocupado se remonta a la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, “*sobre Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes*”, considerado el antecedente más cercano del Convenio 169 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, aprobado mediante la Ley 21 de 1991²⁰.

19 En cumplimiento de las previsiones de la Ley 70 de 1993, el Presidente de la República con ocasión de la entrega del título que demarca 695.245 hectáreas pertenecientes a más de un centenar de comunidades negras, integradas por 8.799 familias del Cauca y del Atrato Medio Antioqueño y Chocoano, manifestó: “ (...) *La Constitución estableció la obligación no de reconocerles a los afroamericanos e indígenas de Colombia títulos de propiedad sino de devolvérselos. No venimos a darles un derecho nuevo, sino a devolverles un derecho, que es el poder vivir en sus tierras con sus títulos de propiedad (...) la única condición es que defiendan la biodiversidad y sean guardianes de este tesoro de la vida.*” –Palabras citadas por Juan Camilo Ruiz Pérez en “Oportunidad para Territorios Olvidados”, *El Tiempo*, Lecturas Dominicales, 22 de marzo de 1998–.

20 El Convenio 169, “*Sobre Pueblos indígenas y Tribales*”, adoptado en la 76ª Conferencia Internacional de la OIT reunida en Ginebra el 27 de junio de 1989, fue aprobado por medio de la Ley 21 de 1991,

No obstante ningún desarrollo tuvieron los instrumentos internacionales en comento, en materia del reconocimiento de los derechos de las comunidades negras, aunque sus organizaciones, como lo denotan los antecedentes, lo solicitaron insistentemente, clamor que dio lugar a que los constituyentes consideraran la necesidad de incluir una norma expresa, sobre los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades, asociados con su derecho territorial. Empero por falta de desarrollo no se podría argüir inexistencia del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva, ante la claridad de su reconocimiento.

En este orden de ideas vale recordar que el Convenio 169 influyó notablemente en las previsiones constitucionales que definen y establecen los alcances de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana²¹ coincidencia que se nota en todas las disposiciones atinentes al derecho de los pueblos indígenas y tribales, y de sus integrantes a conservar su patrimonio cultural, su vida, su salud y el medio ambiente de sus territorios, como también a propender por el mejoramiento de sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación, y a ser tratados en condiciones de igualdad –artículos 2°, 4°, 5°, 7°, 8, y 13 Convenio 169, artículos 2°, 7°, 10°, 13, 63,72 y 79 C.P.–.

Entre los puntos coincidentes resulta pertinente destacar la obligación adquirida por el Estado colombiano de proteger, “*especialmente*”, los derechos de los pueblos indígenas y tribales a “*los recursos naturales existentes en sus tierras*” –artículo 15–, obligación ésta que el artículo 330 de la Carta hace descansar en la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones que se adopten al respecto, a fin de asegurar que la explotación de los recursos en sus territorios se hará sin desmedro de su integridad cultural, social y económica.

se trata de un instrumento que abarca los derechos de las minorías étnicas a la participación, educación, cultura y desarrollo, dentro del contexto global de salvaguarda a su identidad, con miras a que tales minorías sean tratadas como “pueblos”, y puedan en consecuencia gozar de sus derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a su especial contribución a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales. –Al respecto consultar entre otras decisiones la sentencia SU– 383 de 2003.

21 El Convenio 169 respecto de los derechos de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales i) prevé que éstos deberán gozar de los mismos derechos y libertades que el resto de la población; ii) condena el uso de la fuerza y la coacción; iii) indica que les asiste el derecho a ejercer sus derechos y garantías ciudadanas; iv) condena la imposición de servicios personales, remunerados o no; v) responsabiliza a los Estados Partes de establecer instrumentos que provean y controlen sus condiciones de empleo, con seguridad social y de derecho de sindicación y vi) señala su derecho a acceder a la educación y formación profesional, en igualdad de condiciones –artículos 3°, 2°, 4°, 8°, 11 y 22 Ley 21 de 1991, artículos 1°, 2°, 5°, 13, 86, 25, 53 y 70 Carta Política–.

b) Podría argüirse, sin embargo, en lo atinente a las comunidades negras, que su derecho territorial constitucional principia con la expedición de cada título colectivo, a nombre de los consejos comunitarios, como personas jurídicas, y que no comprende las facultades de uso y explotación de sus recursos naturales.

Argumentos éstos que bien podían fundarse en una interpretación parcial y equivocada de los artículos 55 transitorio, 58, 330 y 333 de la Carta, en cuanto de éstos, individualmente analizados se desprende i) que se asignó al legislador el reconocimiento y la demarcación de los territorios de las comunidades negras; ii) que la norma superior garantiza la propiedad privada, al igual que los demás derechos patrimoniales, desde su adquisición, conforme a las leyes civiles; y iii) que el ordenamiento en cita, reconoce abierta e indiscutiblemente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta en materia de recursos naturales, pero nada dice sobre su titularidad.

Estas observaciones conducen a la Sala a los artículos 1°, 7°, 8°, 10, 13, 63, 67, 68 y 333 de la Carta, a fin de establecer la génesis del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva y sus alcances, análisis que le permite puntualizar:

- ✧ Que el sustrato del Estado Social de derecho pluralista radica en la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan ²².
- ✧ Que la Carta, a la par que garantiza la propiedad privada, protege las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente.
- ✧ Que el ordenamiento constitucional entiende la cultura pluralista de la nación colombiana como una riqueza que se debe conservar, mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales.

22 Sostiene al respecto Kymlicka: *“La supervivencia de las culturas indígenas en todo el mundo depende sobre manera de la protección de su base territorial, de ahí que los pueblos indígenas hayan luchado tenazmente para mantener la propiedad de sus tierras. De hecho como he señalado antes, las disputas territoriales emprendidas por los indígenas son las principal causa de los conflictos étnicos en el mundo (Gurr, 1993, pag.viii). Pero esta base territorial es vulnerable ante el mayor poder económico y político del grueso de la sociedad. (...)”* –Will Kymlicka, Ciudadanía Multicultural, Ediciones Píados Iberoamérica S.A. 1996. Sobre el punto, en referencia a los pueblos indígenas se pueden consultar, entre otras, la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

De modo que sin duda los recursos naturales que la Carta excluye de la propiedad colectiva de los grupos étnicos son los no renovables y los existentes en el subsuelo, cuya propiedad pertenece al Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados de éstos grupos o de sus integrantes, con arreglo a las leyes preexistentes.

c) En suma, no puede atribuirse a la Ley 70 de 1993, como tampoco a la labor de titulación confiada al INCORA, en los términos del Capítulo III de la misma Ley el reconocimiento, la comprensión y el alcance del derecho de las comunidades negras al territorio que tradicionalmente ocupan, como quiera que éste se generó dentro del marco de las Leyes 31 de 1967 y 21 de 1969, varias veces citadas, y fue definitivamente acogido por el ordenamiento constitucional como sustrato de la diversidad étnica nacional.

Por ello resulta ilustrativo y complementario de lo expuesto la previsión del numeral 2° del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, a cuyo tenor los Estados partes se obligaron a establecer procedimientos *“para garantizarles a los grupos étnicos la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”*, que les permitan *“solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”*.

A la vez que resulta de gran utilidad, en punto a las facultades de las comunidades negras como titulares del derecho de propiedad, recordar las disposiciones del Código de Recursos Naturales, en cuanto atendiendo a lo preceptuado en los artículos 42, 47 y 51 del Decreto 2811 de 1974, todo propietario está facultado para usar y aprovechar los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, por ministerio de la ley.

De ahí que esta Corporación, en la sentencia T-380 de 1993, en alusión al alcance del derecho de un grupo étnico a los bosques de su territorio colectivo expuso:

“12. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos²³ (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios – la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de

23 Corte Constitucional ST-188/93, ST-257/93.

la comunidad indígena (CP art. 330) –, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.

En este orden de ideas, mal pueden los apoderados de MADARIEN apelar a una lectura parcial del artículo 42 del Código Nacional de Recursos Naturales, para desconocer el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales renovables que se encuentran en territorio de sus resguardos. Derecho colectivo que debe en todo caso ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales necesarios para preservar el medio ambiente (CP arts. 8, 79, 80, 333, 334) y los recursos naturales renovables (D. 2811 de 1974, arts. 202 y ss.).

13. *El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95–1). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ultra vires frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.*

Consideraciones éstas que le permiten a la Sala concluir:

–Que el derecho de las comunidades negras sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT, sin perjuicio de la delimitación de sus tierras a que se refiere la Ley 70 de 1993, en cuanto ésta resulta definitiva e indispensable para que dichas comunidades puedan ejercer las acciones civiles a que da lugar el reconocimiento constitucional.

Y que el derecho de propiedad colectiva en comento comprende, y siempre comprendió la facultad de las comunidades negras de usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios, con criterios de sustentabilidad, y de acuerdo con las limitaciones legales –Parte VII, Título II, D. 2811 de 1974–.

Limitaciones éstas que puntualiza el Decreto a que se hace mención, imponiendo al propietario la necesidad de obtener autorización de la entidad ambiental para adelantar explotaciones forestales persistentes en sus bosques, a fin de que las autoridades ambientales puedan velar por la conservación del recurso y por el uso de prácticas adecuadas –artículos 211 y 213 *idem*–²⁴.

Es decir que desde el año de 1967, en los términos de la Ley 31, a las comu-

24 Sobre áreas forestales protectoras se pueden consultar los Decretos 877 de 1976 y 1449 de 1979 artículo protecto.

nidades negras nacionales, en cuanto pueblos tribales, les fue reconocido el derecho a la propiedad colectiva de los territorios que ocupan ancestralmente y, por ende, las facultades de uso y explotación de sus suelos y bosques, esto último, por ministerio de la ley o previa autorización de la autoridad ambiental, en los términos del Código de Recursos Naturales.

4.2.2 La ley 70 de 1993 y las facultades de las comunidades negras sobre los recursos naturales existentes en su territorio colectivo

El artículo 6° de la Ley 70 de 1993 puntualiza la comprensión de la propiedad colectiva de las comunidades negras, para el efecto excluye de la titulación colectiva los bienes de uso público, las áreas urbanas, las tierras de resguardo y de propiedad particular, el subsuelo, las áreas reservadas para la seguridad nacional y defensa nacional, y el sistema de Parques Nacionales, y “*los recursos naturales renovables y no renovables*”, salvo “*los suelos y los bosques*”.

Esto último fue ampliamente debatido en la Comisión Especial y en la Subcomisión de Territorio y Recursos Naturales –convocada para estudiar la expedición de la Ley 70–, dado que el asunto fue asociado a la expedición por parte de las Corporaciones Regionales, en especial de CODECHOCO, de permisos de explotación forestal persistente, desconociendo los derechos territoriales de las comunidades negras.

Clamor que condujo a la Comisión Especial a proponer que en la delimitación territorial confiada por la Carta Política el legislador definiera con claridad el derecho de las comunidades negras sobre los suelos y los bosques, como lo indican las intervenciones del Gobierno Nacional que se traen a colación.

Expuso el Gerente del INDERENA:

(..) es evidente que todo este tema se hace mucho más complejo con la necesidad de conservar amplias áreas y establecer diferentes sistema o regímenes de conservación y de uso sostenible del bosque en todo el Pacífico. Esto significa que necesariamente se va a tener que prever en la Ley, que si bien hay bosques de propiedad colectiva de las comunidades negras, su uso puede estar más o menos restringido y podría llegar a estarlo mucho más si se trata de un ecosistema muy representativo, único a nivel regional y a nivel planetario. Sino se hace así, los primeros perjudicados serán las mismas comunidades, pues podrían extinguirse peces, animales, vegetales, recursos genéticos, con lo cual se estaría sacrificando el futuro en términos económicos.

Lo anterior nos conduce, continuó, a que pueden llegar a haber propiedades colectivas o uso comunal de un determinado bosque, pero ese bosque puede estar incluido en alguna de las áreas de conservación. Incluso, de acuerdo a los resultados que se obtengan del proceso de ordenamiento ambiental del Programa Biopacífico, podría declararse la necesidad de nuevos parques nacionales lo que implicaría restringir totalmente el aprovechamiento del bosque en esas zonas. En caso de que en su interior se encuentren ubicadas comunidades negras se establecerá un sistema de canje o compensaciones para cambiarlas por otras en el Pacífico. Así mismo se debe considerar si se realinderan algunas áreas que hoy en día son parques nacionales, en el sentido inverso”²⁵.

Y, más adelante, el representante del INCORA se refirió a los términos en que sería presentado el asunto a consideración del legislativo a fin de que se expidiera la ley:

“Por otra parte, también se recogen las propuestas de la formación de un Consejo Comunitario, como forma de administración interna, que tendrá una personería jurídica y unas funciones particulares y también la propuesta relacionada con los suelos y los bosques, esta última hace la salvedad de que los suelos y los bosques quedan incluidos en la titulación. (...)”²⁶.

Ahora bien el Congreso Nacional acogió, la comprensión de los bosques y suelos en la propiedad colectiva que la Carta Política les reconoce a las comunidades negras, reafirmando la función social y ecológica de dicha propiedad, de acuerdo con las siguientes previsiones:

- a) Los suelos y los bosques se consideran incluidos en la titulación colectiva –artículo 6–.
- b) El uso de los bosques, ya sea “*por ministerio de la ley*”, o con “*finés comerciales deberán garantizar la persistencia del recurso*” –artículo 6–.
- c) Son usos por ministerio de la ley y en consecuencia no requieren permiso de la autoridad competente i) las prácticas tradicionales sobre las aguas, las playas, o las riberas; ii) el aprovechamiento con fines alimenticios de “*los frutos secundarios del bosque*”, y de la fauna y la flora terrestre y acuática; iii) la utilización de “*recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos*”, para el uso de los integrantes de la comunidad –artículo 19–.

25 Eduardo Rodríguez, Gerente General del Inderena, Comisión Especial para las Comunidades Negras, Acta de la Cuarta Sesión de la Subcomisión de las Entidades del Gobierno y Reperesentantes de las Organizaciones Populares, 31 de marzo de 1993.

26 Comisión Especial para las Comunidades Negras, presentación del proyecto de ley, mayo de 1993, intervención de Manuel Ramos (INCORA).

- d) *“La entidad administradora de los recursos naturales renovables reglamentará concertadamente con las comunidades negras el uso colectivo de áreas del bosque a que se refiere la presente ley, para el aprovechamiento forestal persistente.”* –artículo 24–.
- e) El aprovechamiento forestal con fines comerciales requiere *“autorización de la entidad competente para el manejo del recurso forestal”*, para lo cual *“la comunidad concesionaria”* podrá entrar en asociación con entidades públicas y privadas –artículos 6 y 24–.
- f) El Estado *“garantizará y facilitará la capacitación de los integrantes de las comunidades concesionarias en las prácticas y técnicas adecuadas para cada etapa del proceso de producción para asegurar el éxito económico y el desarrollo sustentable de los integrantes de la región”*; y dará prioridad a las propuestas, relativas a la explotación de los recursos forestales, de *“la gente de las comunidades negras”* –artículo 24–.
- g) Los integrantes de las comunidades negras, *“titulares del derecho de propiedad colectiva continuarán conservando, manteniendo o propiciando la regeneración de la vegetación protectora de aguas y garantizando mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y protegiendo y conservando las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción (..)”* –artículo 21–.

“El Gobierno Nacional destinará las partidas necesarias para que la comunidad pueda cumplir con lo dispuesto en el presente artículo” –idem–.

- h) *“El uso de los suelos se hará teniendo en cuenta la fragilidad ecológica de la Cuenca del Pacífico. En consecuencia los adjudicatarios desarrollarán prácticas de conservación y manejo compatible con las condiciones ecológicas. Para el efecto se desarrollarán modelos apropiados de producción como la agrosilvicultura, la agroforestería u otros similares, diseñando los mecanismos idóneos para estimularlos y para desestimular las prácticas ambientales insostenibles.”* –artículo 6–.

Al parecer de la Sala las previsiones anteriores regulan en forma puntual el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967 y refrendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 T. de la Carta, de tal manera que son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques.

Por consiguiente las autoridades de la República, en especial las ambientales, están en el deber i) de apoyar a las comunidades negras en las acciones

que emprendan para impedir el uso de la tierra y la explotación de sus recursos naturales por personas ajenas, y ii) sancionar a quienes se aprovechen de los productos de los suelos y bosques de sus territorios colectivos.

Mandatos estos que operan tanto para la tala doméstica, como para la que se adelante con fines de comercialización, porque son las comunidades negras las que pueden aprovechar los recursos forestales de su territorio colectivo, sin perjuicio de su derecho a asociarse en condiciones de igualdad, con entidades públicas o privadas, para adelantar aprovechamientos forestales sostenibles –artículos 18 Ley 21 de 1991–, 211 y SS C R N, y 6°, 19 a 25 Ley 70 de 1993–. [...]

El desconocimiento del debido proceso administrativo por dilación injustificada en decidir sobre la titulación colectiva de la propiedad ancestral de una comunidad afrodescendiente

Corte Constitucional

Sentencia T-909/09

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

Bogotá, diciembre 7 de 2009

[...] II. Consideraciones

[...] 4.2. Caso concreto: Presunto desconocimiento del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo por dilación injustificada en decidir sobre la titulación colectiva de la propiedad ancestral de una Comunidad Afrodescendiente cuya solicitud se presentó el 23 de diciembre de 1999 y todavía no se ha resuelto.

A fin de establecer si en el asunto bajo examen se ha desconocido el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo, considera la sala indispensable efectuar un recuento de los hechos que se encuentran acreditados en el expediente. De esa manera, podrá determinar si el tiempo transcurrido entre la solicitud de titulación colectiva elevada por el señor Isabelino Valencia Rodallega en calidad de representante legal del Consejo Comunitario del Río Naya el día 23 de diciembre de 1999 y que aun se encuentra pendiente de decisión en el año 2009, esto es, si el lapso de diez años contados a partir del instante en que se presentó el requerimiento, hasta la fecha, constituye un término razonable y proporcionado para que el asunto bajo examen permanezca todavía sin solución o si al haber dilatado el pronunciamiento de una decisión de fondo en el asunto bajo examen, incurrieron las instancias estatales competentes para adoptarla, en una dilación injustificada que viola el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo (artículo 29 C. N.).

4.2.1. A partir de los hechos y de las pruebas allegadas al expediente así como de las presentadas en sede de revisión, constata la sala que, en efecto, el representante legal del Consejo Comunitario del Río Naya elevó ante el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA–, solicitud de titulación

colectiva de “*un globo de terreno con una extensión aproximada de DOSCIENTAS MIL HECTÁREAS (200.000 Has)*”¹. Además, pudo comprobar que existe en el expediente copia del primer título de propiedad ancestral de las Comunidades Afrodescendientes del Bajo Naya, expedido en el año de 1775 –el cual reposa en la Notaría Primera de Popayán. Verificó, igualmente, que de conformidad con el censo de población, los afrodescendientes que residen en la parte baja de la Cuenca del Río Naya –entre los márgenes de los Departamentos del Cauca y del Valle del Cauca–, ascienden a un número de 18.550 personas cuyos ancestros arribaron a esas tierras aproximadamente en el año de 1680 provenientes de África bajo el yugo de la esclavitud.

Confirmó la sala, al mismo tiempo, que en los inicios de la vida republicana, en el año de 1827, mediante decreto expedido por el General Francisco de Paula Santander, –mandato que fue ratificado por el entonces Presidente de la República, Simón Bolívar–, parte del territorio del Bajo Naya fue donado al entonces Colegio Mayor del Cauca –hoy Universidad del Cauca–, entidad ésta, que desde el principio se opuso a la titulación colectiva de la propiedad ancestral elevada por el Consejo Comunitario Afrodescendiente del Río Naya². Corroboró la sala, que mediante Resolución 00451 expedida el día 23 de junio de 2000, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA– ordenó que se efectuara una visita a la Comunidad Afrodescendiente del Río Naya; designó los funcionarios encargados de efectuarla y fijo como fecha para adelantarla los días 7 al 28 de julio de 2000. Pudo ratificar, asimismo, que en el mes de octubre de 2002, esto es, dos años después de haberse verificado la visita, el INCORA presentó un informe Técnico bajo el título “*Los derechos de propiedad de la Universidad del Cauca, frente a las demandas*

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

- 1 Lo anterior, como consecuencia de lo establecido por la Ley 70 de 1993 y del Decreto 1545 de 1995 que la reglamentó, normas éstas, que luego de la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 ordenaron lo referente a la titulación colectiva de tierras para las comunidades negras.
- 2 Apartes de la “oposición a la Titulación Colectiva” realizada por la Universidad del Cauca: “La Universidad le recuerda al Incora Regional del Valle, el que sus títulos centenarios de propiedad de tierras en la cuenca del río Naya, datan de 1827, cuando así lo dispuso el General Francisco de Paula de Santander, mediante decreto de fundación de abril de 1827, ratificado por el Libertador Presidente en octubre 1827 (sic) los cuales y a su vez, fueron ratificados por el Congreso de Colombia en Decreto de 09 de septiembre de 1861, relativo a desamortización de bienes de manos muertas y suscrito por el General Tomás Cipriano de Mosquera, en su calidad de Presidente provisorio de los Estados Unidos de Colombia, título a su vez ratificado por la Ley 41 del 29 de mayo de 1864, Ley 49 del 24 de mayo de 1877; Ley 34 del 12 de octubre 1883 (sic); y la Ley de nacionalización última que impiden el desconocimiento y vulneración de sus legítimos derechos de titularidad, los cuales han sido en forma reiterada controvertidas y avaladas por el Consejo de Estado, siendo parte actuante en contra de la Universidad, el Incora a nivel central”. Memorial de Oposición a la Titulación Colectiva de las Comunidades Afro descendientes del Río Naya por parte de la Universidad del Cauca, radicada el 11 de septiembre del 2000 en el despacho del Gerente Regional INCORA Valle del Cauca. (Expediente cuaderno 1 a folio 3)

territoriales de las comunidades negras, indígenas y campesinas en la Hoya hidrográfica del río Naya”.

Constató la sala, que en dicho documento el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA– reconoció de manera expresa la propiedad ancestral e hizo un conjunto de recomendaciones al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER³– así como llegó a un grupo de conclusiones⁴, de

- 3 Las recomendaciones se transcriben tal como se incorporan en la demanda –énfasis en el texto original–: *“con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa con los resultados de la visita técnica, iniciar el proceso de clarificación de la propiedad, con el objeto de identificar las tierras que en la cuenca del Río Naya [cuáles] pertenecen al Estado y cuáles pertenecen a la Universidad del Cauca, además para determinar cuáles tierras han salido del dominio estatal, cuáles han revertido al patrimonio de la nación y facilitar el saneamiento de las tierras en esa cuenca. Cumplida esta actividad deberá producir el acto administrativo resolviendo la oposición frente a la cual proceden los recursos de Ley por las partes interesadas o por el Ministerio Público Agrario”.* (Expediente cuaderno 1 a folio 4).
- 4 A continuación se hace transcripción de las conclusiones más relevantes para el asunto bajo análisis. “Del estudio de los títulos de propiedad de la Universidad del Cauca, del análisis jurídico normativo y de la evaluación técnica y cartográfica realizada se concluye: 1. Desde los títulos originarios contenidos en los Decretos ejecutivos del 24 de abril el 6 de octubre de 1827, expedidos por los Generales Santander y Bolívar en sus calidades de Vicepresidente y presidente (sic) de la República de Colombia, hasta cuando se expide la Ley 95 de 14 de diciembre de 1944, *La Universidad del Cauca solo fue propietaria de derechos mineros sobre el subsuelo en la Hoya Hidrográfica del Río Naya*. Estos derechos mineros hoy no tienen vigencia, pues desde la expedición de la Ley 106 de 1873, conocida como Código Fiscal y la Constitución Política de 1886, la Nación reservó la propiedad sobre el subsuelo, derechos que fueron ratificados por los artículos 101, 102 y 332 de la Constitución de 1991 vigente. // 2. *La Universidad del Cauca se convierte en propietaria inscrita de un lote de terreno baldío en la hoya hidrográfica del Río Naya en 1944*, cuando entra en vigencia la Ley 95 de ese año y se ratifican sus derechos de propiedad con la expedición de la resolución 332 del 23 de julio de 1955, mediante la cual el Ministerio de Agricultura le adjudicó un área de 117.750 hectáreas (...) // 9. *La Universidad del Cauca es hoy propietaria inscrita de un lote de terreno ubicado en la Hoya Hidrográfica del Río Naya, con una extensión aproximada de 90.409 hectáreas, como consecuencia de la adjudicación sin ocupación previa, que realizó el Ministerio de Agricultura, mediante la resolución número 332 del 23 de julio de 1955, en desarrollo de los mandatos contenidos en el artículo 10 de la Ley 95 de 1944 y dentro de los linderos establecido en el decreto ejecutivo 2118 de 1944. Estos derechos fueron ratificados por el fallo del Consejo de Estado del 6 de junio de 1976 y se encuentran vigentes. // 10. Dentro de las 90.409 hectáreas que hoy son propiedad de la Universidad del Cauca en la hoya hidrográfica del Río Naya, la Resolución 332 de 1995, dejó a salvo los derechos de los colonos y agricultores, estas familias de colonos y agricultores reconocidos hoy como grupos étnicos, tienen derecho a reclamar la adjudicación de los terrenos baldíos que ocupaban y explotaban a la entrada en vigencia de la Resolución 332 de 1995. Igualmente podrán reclamar por vía de prescripción porque sus derechos como agricultores y colonos, fueron reconocidos antes que el artículo 407, numeral 4º del Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia en julio de 1971 prohibiera la declaración de pertenencia respecto de los bienes de propiedad de las entidades de derecho público”.* // 11. *Los terrenos que posee la Universidad del Cauca en la hoya hidrográfica del Río Naya no son bienes de uso público, sino bienes fiscales que hacen parte de su patrimonio independiente y en esa calidad y además en ejercicio de su autonomía administrativa y financiera como entidad pública puede cederlos o negociarlos válidamente con una entidad de derecho público como el INCORA para los fines de la Reforma Agraria a favor de las comunidades Negras, Indígenas y campesinas que allí habitan.* // 12. *A la luz de los artículos 58, 64 y 65 de la Constitución Política de 1991 y del artículo 52 de la Ley 160 de 1994, el INCORA puede adelantar válidamente un nuevo proceso de extinción del derecho de dominio de los terrenos de propiedad de la Universidad del Cauca, por la ausencia de explotación*

alternativas de solución⁵ y de concertación⁶.

del predio rural por parte de su propietario por un término de 3 años continuos y además porque el artículo 52 de la Ley 160 de 1994, hizo extensivo el procedimiento de extinción a todo tipo de propietario incluyendo las entidades de derecho público". (Énfasis y subrayas dentro del texto original transcrito. Expediente cuaderno 1 a folios 4–6).

- 5 A continuación se transcribe el texto –negrillas y subrayas– tal como aparece en el original: *“Con el objeto de preservar la integridad del debido proceso y el derecho de defensa, con los resultados del estudio técnico y jurídico realizado y los datos obtenidos durante la visita técnica practicados por los funcionarios de la Regional Valle del Cauca, el INCORA puede adelantar un proceso de clarificación de la propiedad, en los términos previstos en el artículo 48 numeral 1 de la Ley 160 de 1994 y los artículos 1º al 17 del decreto 2663 de 1994, con el objeto de identificar las tierras que en la cuenca del Río Naya pertenecen al Estado y cuáles pertenecen a la Universidad del Cauca, además para determinar cuáles tierras han salido del dominio estatal, cuáles han revertido al patrimonio de la Nación y facilitar el saneamiento de las tierras de esa cuenca”. // Para adelantar este proceso deberán suspenderse mediante providencia debidamente motivada, los procedimientos de titulación colectiva y constitución y ampliación de resguardos indígenas que actualmente hasta que concluya el procedimiento de Clarificación. // Cumplidas estas actuaciones se procederá a resolver la oposición formulada por la Universidad del Cauca, frente a la solicitud de titulación colectiva del Consejo Comunitario del Río Naya y que actualmente tramita la Regional Valle del Instituto. Para el efecto, es recomendable que la Gerencia General del INCORA haga un acompañamiento a las Regionales del Valle y Cauca del Instituto y del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del Decreto 1745 de 1995, se ordene la práctica de una diligencia de inspección ocular para verificar si el predio cuya propiedad demanda el opositor se encuentra incluido en todo o en parte dentro del territorio solicitado en titulación. Cumplida esta actividad deberá producir el acto administrativo resolviendo la oposición frente al cual proceden los recursos de Ley por las partes interesadas o por el Ministerio Público Agrario. (...) // SOBRE LOS TERRENOS DE PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA. NUEVO PROCESO DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO. // Teniendo como soporte constitucional y legal, las disposiciones contenidas en los artículos 58, 64 y 65 de la Constitución Política de 1991 y 52 de la Ley 160 de 1994, se recomienda que el INCORA de oficio o a solicitud de la Comunidades Negras, Indígenas o Campesinas o del Ministerio Público Agrario adelante un nuevo proceso de extinción del derecho de dominio de los terrenos rurales de propiedad de la Universidad del Cauca en la hoya hidrográfica del Río Naya no solo por la ausencia de explotación del predio por parte de su propietario por un término de 3 años continuos, sino además por que el artículo 52 de la Ley 160 de 1994, hizo extensivo el procedimiento de extinción a todo tipo de propietario incluyendo a las entidades de derecho público. (...)*”.
- 6 *“RECOMENDACIONES POLÍTICAS. CONCERTACIÓN PARA LA CESIÓN DE LOS TERRENOS AL INCORA. Para destinarlos a la adjudicación a las comunidades indígenas, negras y campesinas del río Naya, se propone que la Universidad del Cauca ceda estos terrenos al INCORA como entidad competente encargada de garantizar el acceso de los campesinos a la propiedad de la tierra. // Esta cesión es perfectamente viable pues los bienes de la universidad del Cauca como entidad de derecho público son bienes fiscales y en consecuencia enajenables a cualquier título. Estos no son bienes de uso público en los términos establecidos en el art. 63 de la Constitución Nacional tal como lo ha venido planteando la Universidad del Cauca. Esta alternativa tiene la ventaja de ahorrarle al Estado y a las Comunidades los esfuerzos y recursos técnicos, humanos y financieros que serán necesarios par poner en marcha las alternativas jurídicas planteadas, además de evitar el desgaste institucional y de credibilidad frente a la comunidad nacional e internacional, por el tratamiento que se dará en materia territorial a los desplazados del Río Naya. // Como contraprestación a la cesión, la Universidad ha propuesto que el Gobierno Nacional a través de los Ministerios de Hacienda y Educación, incluya a su favor en el presupuesto nacional, las partidas adicionales que le permitan seguir cumpliendo con los fines académicos, científicos e investigativos asignados por el Estado (...)*”. Informe Técnico Jurídico, en relación a LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA, FRENTE A LAS DEMANDAS TERRITORIALES DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, INDÍGENAS Y CAMPESINAS EN LA HOYA HIDROGRÁFICA DEL RÍO NAYA, elaborado por SILVIO GARCÉS MOSQUERA, Jefe del Programa de Atención a Comunidades Negras del INCORA, con fecha de octubre de 2002, páginas 36, 38, 39 y 40.

De lo anterior se deriva que ya desde el año 2002 el INCORA había trazado los pasos a seguir por el INCODER –la entidad que había sido encargada de adelantar estos trámites para facilitar la titulación colectiva de la propiedad ancestral de las Comunidades Afrodescendientes del Bajo Naya–. No obstante, pudo advertir la sala que pasaron tres años más, hasta que el INCODER presentó un Informe de Clarificación de la Propiedad. Ahora bien, fue factible establecer, de igual forma, que por el año de 2001 se presentaron acciones contrainsurgentes en las que participaron unidades militares y grupos paramilitares, asunto éste, que ocasionó más de un centenar de víctimas entre ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Esta situación, que se inició en la parte alta del Río Naya, muy pronto se extendió también hacia la parte baja y dio lugar a que el día 2 de enero de 2002 por solicitud de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz y del Consejo Comunitario del Río Naya, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictara medidas cautelares “*para evitar nuevos daños irreparables*”⁷.

Verificó la sala que a partir de junio de 2004 comenzó una cadena de peticiones elevadas por el Consejo Comunitario Afrodescendiente del Río Naya⁸, radicadas esta vez ante el INCODER –la nueva entidad competente– que se mantuvieron sin respuesta de fondo. Confirmó también que el día 23 de septiembre de 2004, instauró el Consejo Afrodescendiente del Río Naya una acción de cumplimiento contra el INCODER y contra el Ministerio de Interior y de Justicia –Asuntos Étnicos–, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, entidad ésta, que trasladó la demanda al Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca quien, por su parte, negó las pretensiones de la demanda y declaró improcedente la acción. Apelado el fallo ante el Consejo de Estado, esta alta corporación confirmó el fallo del *a quo* bajo la consideración de que en el caso analizado, la manera como fue planteada la demanda, involucra el reconocimiento de un derecho, asunto que no puede resolverse por vía de acción de cumplimiento.

7 El dos de enero de 2002 la Comisión Interamericana decretó a favor de los pobladores afrodescendientes del Naya las Medidas Cautelares solicitadas. En el marco de estas medidas, el Gobierno nacional por medio del programa de DDHH y DIH, la Vicepresidencia de la República, el Ministerio del Interior –Dirección de Etnias– el Incoder, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, entre otras entidades, convocaron a un “Plan de Acción Integral”, en el que se comprometieron a dar respuesta a lo relacionado con la asistencia humanitaria, atención psicológica, seguridad, prevención y alertas tempranas, acuerdos humanitarios con insurgentes.

8 *El derecho de petición fue del siguiente tenor: “1. Se adelante la Expropiación por Vía Administrativa (Extinción del derecho de dominio) de las tierras que dicen ser propiedad de la Universidad del Cauca, ubicadas en la Olla Hidrográfica del Río Naya (Art. 52. Ley 160/94) // 2. Se entregue la Titularidad de estos Territorios de manera Colectiva a las comunidades que tradicionalmente han habitado en la cuenca del río Naya (Cap 3 Ley 70/93: Decreto 1745/95) // 3. Se garantice el Desarrollo Económico y Social desde la decisión de las propias comunidades en el marco de su proyecto de vida (Art. 49 Ley 70/93).*

Fue viable para la sala comprobar asimismo que se surtieron en el año 2006 diligencias encaminadas a clarificar la propiedad en la cuenca del Bajo Naya y que las decisiones adoptadas fueron recurridas por la Universidad del Cauca hasta que en noviembre de 2007, es decir, un año después, la Oficina de Enlace Territorial ordenó la realización de la etapa probatoria del procedimiento de Extinción de Dominio con sustento en una práctica ocular que debía efectuarse del día 2 al día 14 de diciembre de ese mismo año y un peritaje técnico para dar término al procedimiento administrativo correspondiente, cuyo fin consistía en declarar la Extinción de Dominio a la Universidad del Cauca, asunto éste, que apenas se obtuvo en el año 2008 cuando por medio de Resolución No. 859 se declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio privado sobre un predio rural de la Universidad del Cauca, ubicado en la Cuenca del Río Naya, en los municipios de López de Micay, departamento del Cauca y Buenaventura, departamento del Valle del Cauca. Esta Resolución se encuentra en el momento siendo objeto de revisión por parte del Consejo de Estado. Sección Tercera –Sala de Asuntos Agrarios–.

4.2.2. De otro lado, en los antecedentes de la presente sentencia tuvo la sala ocasión de reseñar en extenso los fallos de tutela proferidos, respectivamente, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A” –. Adicionalmente, la intervención de las diferentes entidades estatales en sede de tutela –que igualmente fueron descritas de manera completa en precedencia–, confirman el *arduo y largo trasegar* de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya en el intento por que se reconozca la titulación colectiva de su propiedad ancestral.

Encuentra la sala –y con ello comparte las motivaciones y la decisión emitida por los jueces de tutela–, que en el caso bajo examen no existe justificación alguna para que una decisión como la que se espera desde 1999 se haya dilatado en el tiempo en contravía de los principios que informan la función pública, los cuales, como lo indicó la sala más arriba, hacen parte del derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo consignado en el artículo 29 superior.

No se aviene entonces a las cautelas que integran esta garantía constitucional de primer orden para el buen funcionamiento de los asuntos estatales, el que las autoridades públicas difieran en el tiempo de manera injustificada adoptar decisiones de importancia trascendental, no sólo por lo que ellas significan como tales para el buen desempeño del Estado social de derecho, al servicio de los ciudadanos y de las ciudadanas, sino por cuanto esa dilación termina –como lo hizo en el caso concreto–, por desconocer un conjunto de derechos constitucionales fundamentales adicionales cuya puesta

en vigencia y protección depende de la titulación colectiva del territorio ancestral de la Comunidad Afrodescendiente del Río Naya, decisión que aún en la actualidad se encuentra pendiente.

Con sustento en lo dicho hasta este lugar estima la sala que el tiempo transcurrido entre la solicitud de titulación colectiva elevada por el señor Isabelino Valencia Rodallega en calidad de representante legal del Consejo Comunitario del Río Naya el día 23 de diciembre de 1999 y que aun se encuentra pendiente de decisión en el año 2009, esto es, que el lapso de diez años contados a partir del instante en que se presentó el requerimiento, hasta la fecha, no constituye un término razonable ni proporcionado y estima que las entidades competentes incurrieron en una dilación injustificada que viola el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo (artículo 29 C. N.).

A renglón seguido, pasa la sala a recordar los lineamientos constitucionales relativos a la garantía del derecho fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes. Se referirá asimismo a la protección reforzada que adquiere esa garantía a partir de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Con sustento en tales directrices, podrá determinar la sala si en el caso concreto se ha respetado esta garantía o si con la dilación injustificada en el trámite administrativo adelantado para obtener la titulación colectiva de la propiedad ancestral, las entidades demandadas han vulnerado el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y han infringido, en consecuencia, otros derechos constitucionales fundamentales de los integrantes de dicha Comunidad.

5. Garantía del derecho constitucional al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes.

Aproximadamente el dieciocho o el veintidós por ciento de la población colombiana es afrodescendiente⁹. No obstante, apenas hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 este hecho fue reconocido en términos jurídico constitucionales. Los avances en el campo del derecho constitucional, legal y jurisprudencial, tanto como los efectuados en el ámbito interna-

9 De conformidad con cifras ofrecidas por el Departamento Nacional de Estadística en el país hay 8.500.000 colombianos y colombianas afrodescendientes.

cional de los Derechos Humanos han contribuido, en efecto, a delinear el derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y a asegurar su debido amparo, así todavía sea largo el camino por recorrer para cerrar la brecha entre los que las normas determinan y lo que sucede en la realidad.

En desarrollo de esta tarea, ha contribuido la jurisprudencia constitucional así como las decisiones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.1. El artículo 55 Transitorio de la Constitución de 1991 estableció que dentro de los dos años siguientes a su entrada en vigor, el Congreso de la República debía expedir –previo estudio realizado por una comisión especial creada para ese fin por el Gobierno–, una ley cuyo propósito fundamental sería reconocer “*a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley*”¹⁰.

La Ley 70 de 1993 –dictada en desarrollo del artículo transitorio 55 de la Constitución Nacional– fijó como propósito primordial reconocer a las Comunidades Afrodescendientes, las cuales históricamente han habitado “*tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva*” y buscó desarrollar instrumentos para asegurar el amparo de “*la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico*”¹¹. También propuso fomentar “*el desarrollo*

10 En la Comisión mencionada, debía asegurarse la participación de representantes elegidos por las comunidades involucradas y la propiedad sería inajenable en los términos contemplados por la ley. Allí se indicó que la ley debía prever “*mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social*”. En el párrafo primero se señaló que lo consignado en el artículo transitorio podía ser aplicado a otras zonas del país que presentaran “*similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista*”. En el párrafo segundo quedó sentado además que de no expedirse la ley en el término señalado el Gobierno debía proceder a efectuarlo “*dentro de los seis meses siguientes mediante norma con fuerza de ley*”.

11 En el Auto 005 de 2009, al que se referirá la Sala en detalle más adelante, recordó la Corte Constitucional, que entre el conjunto de garantías previstas en la Ley 70 de 1993 se encuentran: “*la propiedad colectiva de las comunidades negras (arts. 3 a 18), se contemplan mecanismos para asegurar los usos sobre la tierra y la protección de los recursos naturales sobre las áreas a las que se refiere la Ley (arts 19 a 25), así como la protección y participación de las comunidades negras frente a la explotación y expropiación de recursos naturales no renovables (art. 26 a 31). // De igual forma, la Ley contempla diferentes mecanismos para el desarrollo de la identidad cultural de dichas comunidades, entre otros, ‘el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales’ (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar ‘todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras (...)’ (art.*

económico y social” a fin de certificar que las Comunidades Afrodescendientes alcanzaran “condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana”¹². (Énfasis fuera del texto original).

33); la exigencia de que se adopten ‘medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes’ (art. 37); el derecho de disponer de ‘medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos’, los cuales ‘deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras’ (art. 38); el deber del Estado de apoyar ‘mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural’ (art. 41)”.

- 12 “De acuerdo con lo previsto en el parágrafo 10. del artículo transitorio 55 de la Constitución Política, esta ley se aplicará también en las zonas baldías, rurales y ribereñas que han venido siendo ocupadas por comunidades negras que tengan prácticas tradicionales de producción en otras zonas del país y cumplan con los requisitos establecidos en esta ley. **ARTICULO 20.** Para los efectos de la presente ley se entiende por: // 1. Cuenca del Pacífico. Es la región definida por los siguientes límites geográficos: desde la cima del volcán de Chiles en límites con la república del Ecuador, se sigue por la divisoria de aguas de la Cordillera Occidental pasando por el volcán Cumbal y el volcán Azufral, hasta la Hoz de Minamá; se atraviesa ésta, un poco más abajo de la desembocadura del río Guáitara y se continúa por la divisoria de aguas de la Cordillera Occidental, pasando por el cerro Munchique, los Farallones de Cali, Los Cerros Tatamá, Caramanta y Concordia; de este cerro se continúa por la divisoria de aguas hasta el Nudo de Paramillo; se sigue en dirección hacia el Noroeste hasta el alto de Carrizal, para continuar por la divisoria de las aguas que van al Río Sucio y al Caño Tumarandó con las que van al río León hasta un punto de Bahía Colombia por la margen izquierda de la desembocadura del río Surinque en el Golfo. Se continúa por la línea que define la Costa del Golfo de Urabá hasta el hito internacional en Cabo Tiburón, desde este punto se sigue por la línea del límite internacional entre la República de Panamá y Colombia, hasta el hito equidistante entre Punta Ardita (Colombia), y Cocalito (Panamá), sobre la costa del Océano Pacífico, se continúa por la costa hasta llegar a la desembocadura del río Mataje, continuando por el límite internacional con la República de Ecuador, hasta la cima del volcán de Chiles, punto de partida. // 2. Ríos de la Cuenca del Pacífico. Son los ríos de la región Pacífica, que comprende: //a) La vertiente del Pacífico conformada por las aguas superficiales de los ríos y quebradas que drenan directamente al Océano Pacífico y de sus afluentes; cuencas de los ríos Mira, Rosario, Chaguí, Patía, Curay, Sanquianga, Tola, Tapaje, Iscuandé, Guapí, Timbiquí, Bubuey, Saija, Míca, Naya, Yurumanguí, Tumba Grande, Tumbita, Cajambre, Mayorquin, Reposo, Anchicayá, Dagua, Bongo, San Juan, Ijuá, Docampadó, Capiro, Ordó, Siriví, Dotendó, Usaraga, Baudó, Piliza, Catipre, Virudo, Coquí, Nuquí, Tribuga, Chori, el Valle, Huaca, Abega, Cupica, Changuera, Borojó, Curiche, Putumía, Juradó y demás cauces menores que drenan directamente al Océano Pacífico; // b) Las cuencas de los ríos Atrato, Acandí y Tolo que pertenecen a la vertiente del Caribe. // 3. Zonas rurales ribereñas. Son los terrenos aledaños a las riberas de los ríos señalados en el numeral anterior que están por fuera de los perímetros urbanos definidos por los Concejos Municipales de los municipios del área en consideración, de acuerdo con lo dispuesto en el Código del Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), y en las normas que lo adicionen, desarrollen o reformen, y en las cuales se encuentre asentada la respectiva comunidad. // 4. Tierras baldías. Son los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que pertenecen al estado y que carecen de otro dueño, y los que, habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver a dominio del estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56 de la Ley 110 de 1913, y las normas que lo adicionen, desarrollen o reformen. // 5. Comunidad negra. Es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación compo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. // 6. Ocupación colectiva. Es el asentamiento histórico y ancestral de comunidades negras en tierras para su uso colectivo, que

5.2. No cabe duda de que este reconocimiento efectuado por la Constitución y por la Ley, obedeció a la necesidad de brindar cauce jurídico a un hecho social que empezó a desarrollarse muy temprano en el tiempo. Los primeros años de la República estuvieron marcados por la persistencia de organizaciones conformadas por descendientes de esclavos originarios de África quienes buscaron organizarse mediante figuras como los palenques, las rochelas y los quilombos que surgieron en Colombia y en otros lugares de América Latina en “*respuesta a la necesidad de territorio y de libertad*”¹³. Desde luego, la Ley de abolición de la esclavitud dictada el 24 de mayo de 1851 puso en libertad a los afrodescendientes esclavos. Empero, esta circunstancia no ha podido resolver la situación de discriminación que persiste en la actualidad ni ha logrado solventar las angustias de un grupo étnico que aún hoy se moviliza de manera decidida, constante y ordenada para exigir, por las vías que abrió la Constitución de 1991, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.

5.3. En el artículo 3º se enumeran los principios que le sirven de sustento a la Ley 70 de 1993, esto es: (i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que forman la nacionalidad colombiana; (ii) el respeto a la integridad y a la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; (iii) la participación de las comunidades negras y sus organizaciones, sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley; (iv) la protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza¹⁴.

constituyen su hábitat, y sobre los cuales desarrollan en la actualidad sus prácticas tradicionales de producción. //7. Prácticas tradicionales de producción. Son las actividades y técnicas agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades negras para garantizar la conservación de la vida y el desarrollo auto sostenible”.

13 Cfr. Sergio Andrés Coronado Delgado *El Territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia*, www.iidh.ed.cr

14 El resto de la ley se encamina a fijar reglas sobre los términos en los que se reconocerá el derecho a la propiedad colectiva en cabeza de las comunidades afrodescendientes y establece, entre otras cosas, que esa titulación podrá ser solicitada ante el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA– aunque señala también que esta institución podrá adelantar de oficio la titulación. Por su parte, el artículo 11 le confiere al INCORA un término improrrogable de sesenta días (60) para expedir los actos administrativos con sustento en los cuales se adjudique la propiedad colectiva a las Comunidades Afrodescendientes. El acto administrativo deberá notificarse al representante de la respectiva Comunidad y “*una vez inscrito en el competente registro, constituirá título suficiente de dominio y prueba de la propiedad*”. Especial relevancia cobra lo dispuesto en el artículo 12 de la referida Ley: “*En el procedimiento administrativo de la titulación de las tierras que determine el Gobierno mediante reglamento especial se dará preferente aplicación a los principios de eficacia, economía y celeridad, con el objeto de lograr la oportuna efectividad de los derechos reconocidos en la presente ley. En los aspectos no contemplados en esta ley o en el reglamento, se aplicará la*

5.4. El contenido del artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional como lo consignado en la Ley 70 de 1993, conduce a desvelar el inevitable protagonismo que adquiere el *territorio* en cuanto condición imprescindible para asegurar la efectiva garantía del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes. Simultáneamente con un conjunto de medidas afirmativas que –apoyadas en lo ordenado por el artículo 13 Superior¹⁵– contribuyen a asegurar igualdad y libertad en términos reales, el *territorio* constituye un elemento inseparable del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes¹⁶.

5.5. El alcance del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, se fija igualmente en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En ese orden de ideas, se destaca el Convenio 169 de la OIT “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*” aprobado por la Ley 21 de 1991. En la sentencia T-955 de 2003 indicó la Corte Constitucional que si bien el Convenio 169 de la OIT había sido concebido para establecer el sentido de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, los mandatos allí contenidos cobran importancia para determinar el ámbito de protección de los derechos de las Comunidades Afrodescendientes¹⁷.

legislación general sobre tierras baldías de la Nación en lo que sea compatible con la naturaleza y finalidades del reconocimiento a la propiedad de las comunidades negras de que trata esta ley”. (Subrayas fuera el texto original). En el artículo 10, consigna el procedimiento que debe surtir una vez radicada la solicitud ante el gerente de la regional correspondiente del INCORA. Sobre el punto, advierte la ley que este funcionario deberá ordenar “*una visita a la comunidad negra interesada, la cual no podrá exceder de sesenta días contados a partir de la radicación de la solicitud*”. Agrega el precepto que la Resolución por medio de la cual se prescribe la visita debe notificarse “*al grupo negro interesado, a la organización respectiva y al procurador delegado para asuntos agrarios*” y ordena que una vez practicada la visita, se levantará acta. El acta debe contener: puntos: a. Ubicación del terreno. // b. Extensión aproximada del terreno. c. Linderos generales del terreno. // d. Número de habitantes negros que vivan en el terreno. // e. Nombre y número de personas extrañas que no pertenezcan a la comunidad establecida, indicando el área aproximada que ocupan. // f. Levantamiento planimétrico del territorio a ser titulado.

15 “ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.* // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. (*Negrillas añadidas*).

16 A lo anterior se agrega un conjunto de disposiciones que contribuyen a precisar los contornos de este derecho: (i) Protección de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos (artículo 10 C.N.); (ii) Imprescribibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de los territorios colectivos de las comunidades étnicas (artículo 329 C.N.); (iii) Derecho a consulta previa para la explotación de recursos naturales sobre los territorios colectivos (artículo 329 C.N.); (iv) Autonomía de las formas de gobierno, planeación y organización social (artículo 330 C.N.).

17 En la sentencia T-355 de 2003 varios ciudadanos elegidos en Asamblea así como el representante legal y los miembros de la Junta Directiva del Consejo Mayor de la Cuenca del Río Cacarcica solicitaron la protección de sus derechos fundamentales a la integridad étnica, social, económica

Este documento es vinculante para el Estado colombiano y ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico constitucional según lo dispuesto por el artículo 93 superior¹⁸. La supervivencia de la identidad cultural de las Comunidades Afrodescendientes se asocia, pues, con un conjunto de elementos entre los cuales el *territorio colectivo* y *las prácticas tradicionales* adquieren un papel significativo. Así lo ha destacado la Corte Constitucional en varias ocasiones.

En la Sentencia T-955 de 2003, arriba citada, destacó la Corporación el reconocimiento que la Constitución por la vía de los artículos 1º, 7º, 58 y 55 transitorio, hizo de aquellas comunidades con *“una cultura propia generada en procesos únicos de adaptación, asociados a prácticas extendidas de producción, fundadas en el parentesco”* y subrayó, asimismo, que la efectiva realización en la práctica del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural resulta indispensable para *“la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales”*, sin la presencia de los cuales el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana –en cuanto sustrato del Estado social de derecho–, carecería de sentido. Acentuó la Corporación, que las Comunidades Afrodescendientes forman parte integral de estos grupos e insistió en que existe un hilo conductor en la

y cultural, a la subsistencia, a no ser sometidos a desaparición forzada, a la participación y al debido proceso que habían sido desconocidos por el Ministerio del Medio Ambiente –hoy de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial–, la Corporación Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, y Maderas del Darién S.A., debido a que los primeros toleran y permiten, y la entidad privada adelanta explotación ilegal de maderas en sus territorios colectivos. En aquella ocasión, la Corte resolvió conferir el amparo de los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la propiedad colectiva, a la participación y a la subsistencia de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica. Confirmó la decisión sobre la improcedencia de la acción de tutela para el restablecimiento de los derechos e intereses colectivos, y para resolver sobre actuaciones y restablecimientos a cargo de la administración, por las consideraciones efectuadas en la sentencia. Dictó un conjunto de órdenes para la protección de los derechos que estimó había sido conculcados. Especial relevancia adquiere la orden contenida en el numeral cuarto en relación con la necesidad de que las entidades demandadas dispusieran lo indispensable para consultar *“de manera efectiva y eficiente a las comunidades negras que han venido ocupando las zonas rurales ribereñas del río Cacarica”* y dijo expresamente que las Consultas se debían adelantar *“con el propósito de llegar a un acuerdo sobre las medidas propuestas y con plena observancia de los principios y reglas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991”*.

18 *“ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados (sic) por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. <Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> // El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. // La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”*. (Negrillas añadidas).

Constitución colombiana que la recorre de principio a fin¹⁹ una de cuyas pautas principales consiste justamente en reconocer, en igualdad de condiciones, “a todas las culturas existentes en el territorio nacional” y en propender “por su conservación, investigación, difusión, y desarrollo”.

5.6. Acerca de los alcances del Convenio 169 de la OIT para delinear los contornos de los derechos de las Comunidades Afrodescendientes, indicó la Corporación que este tratado regula aspectos sociales, culturales y económicos de grupos que “estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”, aún cuando tales grupos no provengan de “poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”. Así no hay manera de fijar “distinciones ni privilegios”²⁰. Destacó especialmente la Corte la obligación en cabeza de las autoridades estatales de preservar “el valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”²¹.

Admitió que lo establecido en el Convenio no había sido desarrollado por la Constitución en relación con las Comunidades Afrodescendientes, pese al clamor de estos pueblos²². Insistió en que tal circunstancia no tenía por qué significar que las Comunidades Afrodescendientes fuesen marginadas de la

19 Artículos 5°, 13, 16, 63, 68, 70, 72, 79 y 176 C. N.

20 Sobre el particular, dijo la Corte en la referida sentencia: “Por ello el instrumento internacional en comento desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar ‘las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia’; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales –artículo 14–”.

21 Resaltó la Corte sobre el particular que si los Estados Parte no pueden por motivo justificado “reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, se prevé el establecimiento de procedimientos “con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

22 Dijo la Corte al respecto: “No obstante ningún desarrollo tuvieron los instrumentos internacionales en comento, en materia del reconocimiento de los derechos de las comunidades negras, aunque sus organizaciones, como lo denotan los antecedentes, lo solicitaron insistentemente, clamor que dio lugar a que los constituyentes consideraran la necesidad de incluir una norma expresa, sobre los derechos constitucionales fundamentales de estas comunidades, asociados con su derecho territorial. Empero por falta de desarrollo no se podría argüir inexistencia del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva, ante la claridad de su reconocimiento”.

posibilidad de ser también titulares del derecho constitucional al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural. Entre las observaciones que sobre el particular hizo la Corte, cabe resaltar las siguientes que enfatizan lo que la Corporación denominó “*génesis del derecho de las comunidades negras a la propiedad colectiva*”²³: (Énfasis añadido)

(i) La piedra de toque del Estado social y pluralista es la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; ésta no puede existir sin el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y el consecuente amparo integral de sus territorios colectivos. (ii) La Constitución Nacional protege la propiedad privada pero ampara además “*las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente*”. (iii) El multiculturalismo constituye una riqueza que debe ser preservada “*mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales*”. (iv) La propiedad colectiva no puede extenderse a los recursos naturales que la misma Constitución ordena dejar por fuera, como son los recursos no renovables existentes y el subsuelo. Pero incluso en relación con estos recursos, prescribe la Carta Política respetar los “*derechos adquiridos y perfeccionados de estos grupos o de sus integrantes, con arreglo a las leyes preexistentes*”. (v) Si bien no puede “*atribuirse a la Ley 70 de 1993, como tampoco a la labor de titulación confiada al INCORA, en los términos del Capítulo III de la misma Ley el reconocimiento, la comprensión y el alcance del derecho de las comunidades negras al territorio que tradicionalmente ocupan, como quiera que éste se generó dentro del marco de las Leyes 31 de 1967 y 21 de 1969*”, el derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes “*fue definitivamente acogido por el ordenamiento constitucional como sustrato de la diversidad étnica nacional*”.

Por los motivos antes señalados, lo previsto en el numeral 2º del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT adquiere también para la Comunidades Afrodescendientes especial relevancia por lo que el Estado colombiano como Estado parte de la Convención se ve obligado a asegurarles “*la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión*”, que les permitan “*solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*”. Dicho de otra manera, lo establecido en el Convenio 169 de la OIT también aplica para las Comunidades Afrodescendientes, es decir, en el sentido trazado por el Convenio se entiende que estas Comunidades deben ser consultadas

23 Artículos 1º, 7º, 8º, 10, 13, 63, 67, 68 y 333 C. N.

cuando quiera que las medidas legislativas o administrativas puedan afectarlas directamente y debe establecerse instrumentos de desarrollo de las instituciones e iniciativas de estas Comunidades. También, ha de afianzarse la autonomía de las Comunidades Afrodescendientes así como el control que ellas puedan tener en la definición de prioridades. De otra parte, debe garantizarse la participación de las Comunidades Afrodescendientes en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarles de modo directo.

A lo anterior se añade, que debe asegurarse el respeto por la cultura y valores espirituales de las Comunidades Afrodescendientes y ha de resaltarse la importancia que adquiere el nexo de tales valores culturales con el territorio. En ese orden, ha de reconocerse y protegerse de modo efectivo el derecho de propiedad y posesión de los territorios ancestrales y ha de someterse a consulta previa y, en dado caso, a indemnización por perjuicios causados con ocasión del desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales que se adelanten en los territorios de estas Comunidades. Finalmente, debe garantizarse que únicamente se procederá a trasladar y a reubicar a las Comunidades Afrodescendientes en casos imperiosos siempre y cuando medie el consentimiento manifestado de manera libre y con pleno conocimiento de causa por parte de sus integrantes.

5.7. En pronunciamiento reciente –Auto 005 de 2009–, reiteró la Corte Constitucional su jurisprudencia y aportó elementos adicionales para fijar el sentido y alcance del derecho constitucional al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes. Destacó la Corporación que estas Comunidades constituyen un grupo de especial protección constitucional. Lo anterior, conlleva al surgimiento de un conjunto de obligaciones en cabeza de las autoridades estatales, tanto más cuanto este grupo ha sido víctima de desplazamiento forzado, caso en el cual, la protección especial que les otorga el orden constitucional debe redoblar²⁴. La distinción de las Comunidades Afrodescendientes como grupo de especial protección constitucional –dijo la Corte– recibe un sustento constitucional²⁵. La jurisprudencia distingue unos fundamentos generales

24 En esa dirección afirmó la Corte: “*Tal carácter de sujetos de especial protección constitucional justifica, como se indicó en la sentencia T-025 de 2004, la adopción de medidas de diferenciación positiva, que atiendan a sus condiciones de especial vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos*”.

25 “*El carácter de sujetos de especial protección constitucional tiene su fundamento en múltiples mandatos constitucionales, así como en diversas obligaciones del Estado Colombiano en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, que hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 constitucional, como se precisa brevemente a continuación*”.

de esa protección²⁶ y otros específicos²⁷ que se refuerzan por lo establecido en los pactos internacionales sobre derechos humanos²⁸.

26 En este sentido señaló la Corporación: *“El artículo 2 de la Constitución Política dispone que entre los fines esenciales del Estado se incluyen los de ‘servir a la comunidad’, ‘garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución’, y ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’. Acto seguido dispone el mismo mandato constitucional que las autoridades estatales han sido instituidas ‘para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares’. Más adelante, el artículo 5º Superior ordena que ‘el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona’. // Por su parte, distintos artículos constitucionales enfatizan en el amparo reforzado del que deben gozar no sólo las personas afrodescendientes como individuos, sino las comunidades a las que pertenecen. Es decir, que de acuerdo con la Constitución, hay una protección especial tanto individual, como colectiva, en relación con los afrodescendientes. // Por un lado, del artículo 1º y 7º se deriva el reconocimiento y protección de la identidad e integridad cultural y social de estas comunidades. En el artículo 1º se hace énfasis en el carácter pluralista del Estado colombiano, y en el artículo 7º se dice expresamente que ‘El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’. Por el otro, en virtud de los artículos 13 y 70 Superiores se reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación de la que deben gozar las comunidades afrodescendientes y sus miembros. Puntualmente, el artículo 13 establece que: ‘Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica’, y obliga al Estado a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, así como a adoptar ‘medidas en favor de grupos discriminados o marginados’. El artículo 70, por su parte, reconoce que ‘la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad’, y obliga al Estado colombiano a ‘reconocer la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país’”.*

27 *“[L]a Constitución hace referencia explícita a las comunidades afrodescendientes, en el artículo 55 transitorio. En dicha disposición se ordena al Congreso, expedir “una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...)” y que establezca “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.” Precisa este artículo, en el parágrafo 1º, que lo dispuesto “podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista”.*

28 Aún cuando en el Auto 005 de 2009 la Corte Constitucional dictó un conjunto de órdenes para proteger a la población afrodescendiente que ha sido víctima de desplazamiento forzado y que, por consiguiente, es merecedora de una protección reforzada –derivada tanto de lo establecido por el ordenamiento jurídico interno como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario–, en esa providencia recordó la Corporación los principales lineamientos derivados de la protección general que le confieren los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos a la población afrodescendiente. Dijo la Corte sobre el particular: *“En relación con las obligaciones internacionales aplicables, se encuentran tratados generales, como i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos que enfatiza en que ‘toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color (...) origen nacional o social’ (Art. 2), y “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación’ (Art. 7); ii) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entre otras disposiciones, establece que ‘en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar*

Debe la sala destacar en este lugar las siguientes puntualizaciones hechas por la Corte en el Auto 005 de 2009 que permiten fijar de manera más clara los contornos del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultura de las Comunidades Afrodescendientes y su protección reforzada en ordenamiento constitucional colombiano. En primer lugar, la exigencia de no discriminación y la prohibición de efectuar distinciones apoyadas en la identidad étnica o en el origen racial. Ello, por cuanto tales conductas generan “una exclusión o restricción en el acceso a beneficios o servicios” que es por entero injustificada. Tanto así, que tales prácticas inadmisibles, se presumen inconstitucionales. En segundo lugar, que “*dada la situación de histórica marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos, éstos deben gozar de una especial protección por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior*”.

En este orden de ideas, el Estado ha de procurar que no se adopten medidas o se incurra en prácticas discriminatorias o segregadoras. Debe, a un mismo tiempo, adoptar las decisiones indispensables y efectuar las actuaciones necesarias para promover a las personas afrodescendientes y a las comunidades que ellas conforman con el fin de apoyarlas para salir de la situación de marginalización social y de indefensión en que aun se encuentran y se han hallado históricamente.

A lo anterior se agrega el reconocimiento expreso que la jurisprudencia ha realizado en relación con “*el carácter de grupo étnico de las comunidades afrocolombianas*” y el énfasis que ha puesto en “*la importancia de tal reconocimiento para asegurar su “adecuada inserción en la vida política y económica del*

su propia religión y a emplear su propio idioma. (Art. 26)’ y iii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reitera la obligación de los Estados Partes de comprometerse ‘a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color (...), origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’ (Ar. 1.) y el derecho de toda persona, ‘sin discriminación, a igual protección de la ley’ (Art. 24)”. // De igual forma, dentro instrumentos internacionales aplicables, merece ser resaltado el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, que hace parte del bloque de constitucionalidad. Dicho Convenio establece una serie de garantías y derechos de los pueblos indígenas y tribales, al igual que distintas obligaciones de los Estados para asegurarlos. Entre otras, consagra que ‘la conciencia de su identidad tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio; (Art.1)’; instituye la obligación de los gobiernos de ‘asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad’, tomando medidas que: ‘a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas (...)’ (Art. 2)”.

país”. Sobre el particular precisó la Corte que *“la definición de los miembros de las comunidades afrodescendientes, no puede fundarse exclusivamente en criterios tales como el ‘color’ de la piel, o la ubicación de los miembros en un lugar específico del territorio, sino en (i) un elemento ‘objetivo’, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento ‘subjetivo’, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.”*

5.8. A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales. Para el caso de las Comunidades Afrodescendientes resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como un lugar de vida, de desarrollo y mantenimiento de lazos culturales. O dicho en otros términos: el territorio como un *“universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes”*²⁹. Con independencia de la relación entre las personas que conforman la Comunidad y la tierra *“el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social. Los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida”*³⁰.

5.9. La importancia del territorio para las comunidades étnicas y tribales ha sido también destacada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³¹ y por la Corte Interamericana de Derechos Hu-

29 Cfr. Sergio Andrés Coronado Delgado *El Territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia*, www.iidh.ed.cr

30 *Ibíd.*

31 Por ejemplo, *“El 7 de noviembre de 2002 la CIDH dictó medidas cautelares para proteger la vida y la integridad física de 515 familias afrodescendientes (2125 personas), miembros del Consejo Comunitario de la cuenca del Jiguamiandó, que habitan 54.973 hectáreas y las familias de la cuenca del Curbaradó, que habitan 25.000 hectáreas, en el municipio de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, territorio titulado colectivamente por el gobierno nacional el 21 de mayo del 2001. Según surge de la información recibida, a partir de enero de 2001, y especialmente con posterioridad a la entrega de títulos colectivos sobre el territorio de las comunidades afrodescendientes, conforme a la Ley 70 y la Constitución de 1991, se han desarrollado una serie de actos de violencia, asesinatos y desplazamientos forzosos que han llevado a nueve comunidades del Consejo Comunitario del Curbaradó a refugiarse en el Territorio Colectivo del Jiguamiandó, y a más de 20 comunidades afrodescendientes a internarse en la selva. A partir del mes de octubre de 2002 se intensificaron las acciones armadas paramilitares tendientes a ocupar el territorio titulado colectivamente, penetrar en los refugios selváticos de las comunidades y rodear sus vías de salida. El 16 de octubre de 2002 aproximadamente 160 hombres vestidos con prendas militares y brazaletes de las AUC ingresaron al resguardo indígena de Uradá donde amenazaron a la comunidad indígena en los siguientes términos: ‘ustedes se unen a nosotros o se van de aquí. La próxima entrada es hacia las comunidades de Puerto Lleras y Pueblo Nuevo, de allí vamos a barrer a esas comunidades o se unen a nosotros o se van, tienen que sembrar palma y coca, o están con nosotros o se van’.*

manos³², entidades que han adelantado tareas y han dictado medidas para proteger las Comunidades Afrodescendientes así como también han adoptado cautelas para amparar el derecho de las Comunidades Afrodescendientes a la titulación de la propiedad ancestral.

En este lugar es preciso recordar que en mayo de 2009 tuvo lugar la visita a Colombia del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial³³. El Relator mencionó tres amenazas principales que deben enfrentar las Comunidades Afrodescendientes en Colombia. De una parte, el problema de la pobreza, de la marginalidad y de la exclusión. De otra parte, los efectos que produce el conflicto armado interno sobre la población afrodescendiente, no sólo por el impacto que tiene la violencia ejercida contra los integrantes de esta Comunidad, sino por virtud de las repercusiones que sobre ella trae el desplazamiento forzado. En último lugar, pero no por ello con menor nivel de importancia, enfatizó el Relator la necesidad de esclarecer los crímenes cometidos contra los afrodescendientes y los obstáculos que existen en relación con el goce efectivo de la propiedad colectiva de la tierra.

En breve: Este alto representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puso énfasis en la disparidad existente entre las circunstancias sociales y económicas que enfrenta la población afrodescendiente, y las

Durante la última semana de octubre y la primera de noviembre se registraron movimientos de 'civiles armados' en los alrededores de donde se encuentran refugiadas las familias del Jiguamiandó y Curbaradó, en algunos casos desde paramilitares en Brisas, Cetino, Belén de Bajirá cercanas a la presencia de la Brigada XVII del Ejército y los puntos donde se desarrollan acciones de control sobre el río Atrato. La CIDH solicitó al Estado, inter alia, adoptar medidas preventivas de control perimetral y de combate al paramilitarismo en el río Atrato y demás zonas de influencia con el fin de proteger a las comunidades beneficiarias de las medidas cautelares; facilitar el funcionamiento de un sistema de alertas tempranas, incluyendo un sistema de comunicaciones adecuado y confiable con las zonas humanitarias; asegurar la presencia institucional de entidades tales como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en las zonas humanitarias definidas por la comunidad (Remacho, Pueblo Nuevo, Nueva Esperanza); adoptar medidas de carácter humanitario que posibiliten el retorno de las familias desplazadas a las zonas humanitarias establecidas por las comunidades; investigar en forma efectiva los hechos de violencia y amenazas que justifican la adopción de medidas cautelares y juzgar y sancionar a los responsables. Sin embargo, la Comisión ha continuado recibiendo información atinente a las constantes incursiones armadas en los territorios de las comunidades protegidas y la crisis humanitaria en la que se encuentran inmersos los beneficiarios". En: www.cidh.org

32 La Corte Interamericana de Derechos Humanos debió decidir si ese país había desconocido los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 21 (Derecho a la Propiedad Privada), 8 (Garantías Judiciales), y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de la Comunidad Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

33 Consultar el informe completo en: www.cidh.org

que le corresponde afrontar al resto de la población colombiana. Encontró que tal situación se relaciona principalmente con los siguientes aspectos:

“la exclusión social padecida históricamente por este segmento de la población. A pesar de la vigencia de legislación y políticas públicas destinadas a promover el desarrollo de la población afrocolombiana, el goce igualitario de derechos y la superación de la discriminación estructural continúa presentándose como un gran desafío para esta población, que permanece invisibilizada.

La estigmatización por parte de los actores armados, la omisión de cumplir con el deber de protección por parte de la Fuerza Pública, las omisiones en la atención de la crisis humanitaria que afecta a los desplazados, la usurpación de tierras, la impunidad y, en general, el racismo y la discriminación racial, afligen a los afrocolombianos quienes se han visto particularmente golpeados por el conflicto armado”.

Destacó el Relator la ausencia de una política extensiva de promoción de la igualdad racial y de la inclusión social de las Comunidades Afrodescendientes y la falta de un reconocimiento oficial respecto de *“la situación de discriminación estructural que aqueja a los afrocolombianos”*. En muchos casos –resaltó–, no se percibe o no existe la suficiente conciencia en las entidades oficiales respecto *“del impacto de la discriminación en el goce equitativo de los derechos de los afrocolombianos y su acceso a servicios básicos”*. A juicio del Relator, esta falta de percepción y de conciencia incide claramente en que no existan políticas integrales de protección real y efectiva de los derechos de la población afrodescendiente. En tal sentido, insiste el Relator en la necesidad de *“reconocer y analizar el vínculo existente entre el racismo en la sociedad colombiana, la discriminación racial en las esferas pública y privada por parte de entidades estatales y no estatales y las condiciones imperantes de pobreza y exclusión social de los afrocolombianos. Específicamente, es necesario diseñar e implementar políticas y programas públicos multidisciplinarios para mejorar la situación de los afrocolombianos, dados los múltiples factores sociales que inciden en su deficiente situación de derechos humanos”*.

Desde luego, el Relator de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos valora de manera positiva que el Estado colombiano haya adoptado distintas iniciativas para proteger los derechos humanos de las Comunidades Afrodescendientes y realza el significado que en ello ha tenido lo dispuesto por la Ley 70 de 1993. No obstante, llama la atención acerca de que *“esas iniciativas exigen un compromiso a largo plazo del Estado y recursos financieros adicionales para asegurar su plena implementación”* e insiste en la *“necesidad de implementar políticas públicas complementarias y mecanismos especializados para garantizar que los afrocolombianos ejerzan plenamente sus derechos y libertades fundamentales”*.

La Corte Interamericana también ha adoptado medidas de protección para las Comunidades Afrodescendientes³⁴ y en diversas ocasiones ha resaltado la importancia que tiene el territorio para la plena realización de los derechos de las comunidades indígenas y tribales³⁵. Por ejemplo, en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó demanda en contra del Estado de Paraguay. Encontró la Comisión que el Estado de Paraguay no había amparado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Sawhoyamaxa. Recordó que desde 1991 se hallaba en tramitación una solicitud de reivindicación territorial por parte de la Comunidad, sin que hubiera sido resuelta de modo satisfactorio. A juicio de la Comisión, esta conducta significó *“la imposibilidad de la Comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras [e implicó] mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que [amenazó] en forma continua su supervivencia e integridad.”* La Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de un conjunto de medidas destinadas a reparar a la comunidad indígena por el desconocimiento de sus derechos así como a reintegrar las costas y gastos. En las consideraciones de su sentencia enfatizó la Corte Interamericana el deber de los Estados de otorgar: *“una protección efectiva [de los derechos contenidos en la Convención] que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”*.

34 Por ejemplo, la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003. Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Luego de esta resolución la Corte ha dictado desde esa fecha hasta el año 2008, cinco Resoluciones más y el Presidente de la Corte dictó una Resolución.

35 El trabajo conjunto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional colombiana se pone de manifiesto en la sentencia T-327 de 2004 mediante la cual la Corte Constitucional ordena “[c]umplir en el ámbito territorial de competencia de la Brigada [XVII del Ejército Nacional] los requerimientos impuestos al Estado por la Resolución de la Corte Interamericana [...] de 18 de junio de 2002, sobre las ‘Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana respecto Colombia-Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó’, en beneficio de las personas objeto de las medidas provisionales [...] es decir, los miembros de la Comunidad de Paz y las personas que tengan vínculo de servicio con esta Comunidad”. [Y] asum[ir] bajo su responsabilidad, la garantía y protección de los derechos fundamentales [...] de los habitantes de la Comunidad de San José de Apartadó y de las personas que tienen vínculos con ella. Para tal efecto, debe adoptar las decisiones que sean necesarias para garantizar su seguridad personal. Bajo su responsabilidad tiene la protección a los derechos a la vida, integridad personal, seguridad personal, libertad de locomoción, a la privacidad de domicilio y a la intimidad [...] dándole cumplimiento, en todo caso, a las órdenes judiciales. Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2004.

Consideró la Corte Interamericana que el Estado de Paraguay se había abstenido de cumplir con la obligación derivada del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos de poner en consonancia las normas de derecho interno con las contempladas en la Convención así que pudiera garantizarse la efectiva protección de los derechos allí consignados establecidos bajo la aplicación del principio del *effet utile*, esto es, de conformidad con el criterio según el cual “*el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido.*”

Comprobó la Corte que, en el Paraguay había un marco jurídico favorable para la protección de los pueblos indígenas. Insistió, no obstante, en que esta circunstancia “*por sí sola no [podía] garantizar los derechos de estos pueblos*”. Sobre este extremo, afirmó “[*l*as tierras reclamadas por la Comunidad son parte de su hábitat tradicional o territorio ancestral y su situación actual viola el derecho de la misma a vivir en dichas tierras. La Comisión no desconoce que, como lo ha alegado el Estado, el territorio del pueblo Enxet–Lengua comprende un territorio ancestral mucho más amplio que el señalado por la Comunidad como su hábitat tradicional, el cual representa una ínfima porción de todo el territorio ancestral del pueblo Enxet–Lengua; sin embargo, la zona reivindicada no es producto de un capricho de los miembros de la Comunidad indígena y eso se desprende de los testimonios presentados como prueba al Tribunal”.

La Corte Interamericana corroboró que la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet–Lengua era titular de un derecho a la recuperación de las tierras tradicionales perdidas y estimó que le correspondía al Estado realizar las actuaciones pertinentes para efectos de devolverlas a la Comunidad. Admitió la Corte que al no fungir como Tribunal nacional, no contaba con competencia para determinar lo atinente a los posibles conflictos que se suscitaban, verbigracia, frente a particulares que esgrimieran títulos de propiedad. Destacó, empero, que era, en efecto, competente para resolver respecto de “*si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa*” y advirtió que las razones ofrecidas por el Estado de Paraguay para “*justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no ha[bían] sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional*”.

Concedió especial atención al vínculo inseparable entre la obligación de proteger la vida –previsto en el artículo 4° de la Convención Americana y el artículo 1.1. de la misma– y el deber en cabeza de los Estados Parte de asegurar que se adopten las medidas y se adelanten las actuaciones indispensables para evitar o prevenir que se cause un desconocimiento de ese derecho inalienable. En esa línea de pensamiento, encontró la Corte que no

reconocerle a una comunidad indígena la propiedad de sus tierras implicaba forzarlas a vivir *“a la vera de una ruta y privad[a]s de acceder a sus medios tradicionales de subsistencia.”* De esta manera, insistió en la doctrina que ha desarrollado por vía jurisprudencial, a saber, que la garantía del derecho contenido en el artículo 4º y 1.1. de la Convención Americana no implica solamente la existencia de obligaciones de orden negativo en el sentido de abstenerse de privar a una persona de la vida. Supone igualmente la obligación de *“de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos”* por lo que es necesario que *“los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción”*³⁶.

5.10. Puede decirse, en suma, que la jurisprudencia constitucional ha interpretado –como lo ordena el artículo 93 superior– los derechos constitucionales de que son titulares las Comunidades Afrodescendientes y las personas que las integran conforme a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia y en consonancia con la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁷. En ese orden de ideas, se ha encaminado *“no sólo a evitar eventuales discriminaciones, sino también a desarrollar acciones tendientes a garantizar que éstas comunidades y los individuos que las componen puedan gozar de todos los derechos constitucionales, individuales y colectivos, en igualdad de condiciones”*³⁸.

Con base en las premisas acá desarrolladas, pasará la Sala a aportar los motivos por los cuales sostiene en esta sede que la dilación injustificada que ha impedido adoptar una decisión de fondo en el trámite administrativo de titulación colectiva del territorio ancestral de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya aparejó el desconocimiento de su derecho

36 Como lo enfatizó la Corte en sentencia T-704 de 2006: *“En relación con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido por medio de su jurisprudencia, que la responsabilidad internacional de los Estados en el marco de la Convención Americana surge en el mismo instante en el cual se corrobora el desconocimiento de los deberes previstos en los artículos 1.1. y 2 del Tratado. A partir de las obligaciones previstas en estas disposiciones se desprenden unos deberes especiales cuya determinación se llevará acabo teniendo en cuenta las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho de que se trate así como bajo consideración de la circunstancia concreta en la que se encuentre: bien sea una situación de pobreza extrema, de marginación o bien se trate de la niñez. En el caso de los pueblos indígenas resulta patente la condición de marginalidad, pobreza y desamparo en que se encuentran, de modo que estas comunidades indígenas constituyen, también bajo el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sujetos de especial protección”*.

37 Cfr., entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2004, T-025 de 2004 y Auto 005 de 2009.

38 Corte Constitucional. Auto 005 de 2009.

constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural e implicó la vulneración de otros derechos constitucionales fundamentales de sus integrantes.

6. La dilación injustificada que ha impedido adoptar una decisión de fondo en el trámite administrativo de titulación colectiva del territorio ancestral de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya aparejó el desconocimiento de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural e implicó la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la dignidad y a la igualdad de sus integrantes

Considera la sala innecesario repetir en este lugar los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela, pues fueron relatados en detalle más arriba. Una lectura de los mismos llevan a concluir que el Estado colombiano, comprometido como está con la realización en la práctica del derecho al reconocimiento y protección del derecho a la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes, desconoció en el presente asunto sus obligaciones y con ello le generó a la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya una situación insostenible.

6.1. La sala tuvo ocasión de constatar que a lo largo de este demorado proceso, la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT–, entidad a la que correspondió decidir por Resolución emitida el día 21 de julio de 2008 la extinción del derecho de dominio privado y demás derechos existentes sobre el predio de la Universidad del Cauca, efectuó un completo y detallado informe sobre los antecedentes históricos así como acerca de la situación actual de los predios cuya titulación colectiva solicitó el Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Naya. En este lugar, considera la sala pertinente transcribir en extenso los siguientes apartes:

“El globo del predio denominado como “CUENCA DEL RIO NAYA”, no es utilizado por la Universidad del Cauca para ningún tipo de explotación. En la visita de campo no se evidenció ningún acto de disposición y dominio sobre ningún área del territorio Naya por parte de la mencionada Universidad, ni se encontraron pruebas de la presencia de esta Institución educativa en él. La Universidad siempre lo ha mantenido abandonado; en él (todo el territorio), no se evidencian acciones (obras, inversiones, instalaciones, etc.), de ningún tipo que demuestre ser el dueño, amo y señor del fundo en mención. // Por cuenta del propietario (Universidad del Cauca), no se evidenció ningún tipo de explotación agrícola, ni pecuaria, ni forestal, ni de investigación, ni de ningún tipo. La Universidad del Cauca nunca

ha desarrollado actividad alguna en el predio denominado como “CUENCA DEL RIO NAYA”, que la reconozca como dueño sobre dicho territorio. // La Comisión técnica que hizo el recorrido por el territorio no encontró evidencia ni hecho alguno que permita inferir que la Universidad del Cauca haya hecho presencia en el territorio, ni que ejerzan actos de disposición y dominio o de posesión sobre todo o alguna mínima parte del territorio”.

Al referirse a la población afrodescendiente que habita el territorio de la Cuenca Hidrográfica del Naya expresó la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT– en su Resolución:

“El poblamiento de la cuenca hidrográfica del Naya, corresponde a los hechos históricos, dados en el pacífico, con la llegada de los españoles a América a principios del siglo XVI, generando un proceso de colonización de este gran territorio. // Los españoles luego de diezmar a la población aborigen, que como quiera que [se] constituyen en los pobladores milenarios de la zona y del Naya y al darse cuenta del gran potencial en recursos mineros, introducen fuertes contingentes de esclavos procedentes del continente africano, convirtiéndose en el soporte de la explotación minera del siglo XVII y XVIII; este fenómeno denominado “la trata”, generó una expansión demográfica importante, convirtiendo a los afrodescendientes en el grupo étnico dominante de la región del pacífico”. (...) La mayor concentración de la población está en la parte baja del Río Naya, del cual 99% corresponde a la población afrodescendiente y el 1% a los indígenas Eperara Siapidara. // La mayor cantidad de población pertenece al pueblo afrodescendiente, en gran medida esto se explica por los antecedentes históricos, ya mencionados, según los cuales los indígenas Eperara Siapidara fueron reducidos numéricamente por factores relacionados con el proceso esclavista, enfermedades y la presión territorial que los desplazó y concentró en lo que hoy se conoce como el resguardo de San Joaquincito. (...) Las diferentes comunidades asentadas en el predio conocido como “CUENCA DEL RIO NAYA”, no reconocen otro dueño que ellos mismos, puesto que son los que han adelantado acciones agrícolas, mineras, de extracción forestal, pesca y de conservación de los recursos presentes en dicho territorio por más de 330 años”.

6.2. Si se tiene en cuenta lo anterior, no se explica la sala el motivo por el cual el Estado colombiano ha dilatado en el tiempo adoptar una decisión de tanta magnitud para la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya, cuyos integrantes se asentaron en ese lugar desde más de tres siglos atrás y han construido su existencia y su cultura en unión estrecha con esas tierras³⁹. A partir del recuento normativo y jurisprudencial realizado

39 Da cuenta la Resolución 859 emitida por la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT– el día 21 de julio de 2008: “Según el investigador MARIO DIEGO ROMERO VERGARA en su obra *“Historia y Etnohistoria de las comunidades afrocolombiana del Río Naya”, el primer establecimiento minero con negros esclavizados en la Hoya Hidrográfica del Río Naya se introdujo hacia finales de la dé-*

en precedencia, es factible establecer que en cabeza del Estado colombiano existen un conjunto de obligaciones cuyo cumplimiento significa requisito *sine qua non* para favorecer la integración social de las Comunidades Afrodescendientes en términos reales y efectivos, así como para impedir que estas comunidades y las personas que las integran se mantengan en situación de discriminación injustificada, de marginalidad e indefensión, en contravía con lo dispuesto por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

El Estado en los distintos niveles –administrativos y territoriales– debe entonces adoptar las medidas y efectuar las actuaciones encaminadas a asegurar la protección del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y los derechos constitucionales fundamentales de sus integrantes. Existe, por tanto, una estrecha relación entre las responsabilidades cuya titularidad recae en cada una de las entidades –de orden nacional y territorial–, comprometidas con velar por el efectivo cumplimiento de estos derechos.

La Corte ha dicho que en este campo las obligaciones estatales tienen doble fuente⁴⁰. De una parte, las que se derivan del texto constitucional y de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos; de otra, las obligaciones que se encuentran en cabeza de cada una de las entidades competentes y surgen a partir de lo establecido en las leyes y reglamentos administrativos. Estas obligaciones deben ejecutarse de buena fe, según los principios constitucionales de concurrencia, coordinación, subsidiariedad y solidaridad y observando, además, el debido proceso administrativo que como se indicó con antelación abarca la garantía de debido proceso en sentido estricto (artículo 29 C. N.) y el buen desempeño de la función administrativa bajo estricto cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, moralidad,

cada de 1680, como resultado de las incursiones que hacia ese río realizaron algunos esclavistas asentados en Popayán liderados por el súbdito español CRISTOBAL MOSQUERA”.

40 Por ejemplo en sentencia T-704 de 2006 recordó la Corte que: “*las competencias puntuales de cada uno de los organismos y entidades [nacionales] y territoriales involucradas con este asunto no pueden ser interpretadas aisladamente de modo que conlleve a justificar sesgadamente una ausencia de responsabilidad en relación, por ejemplo, con los deberes de apoyo, asesoría, seguimiento, evaluación y control en cabeza de cada una de las entidades competentes sino que el alcance y sentido de estas responsabilidades habrá de fijarse siempre de conformidad con la Constitución tomada en su conjunto así que se asegure la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales tal como lo exige el artículo 2º superior. Las obligaciones en cabeza del Estado respecto de la efectiva realización del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas son, en consecuencia, obligaciones de hacer y al omitir su cumplimiento incurre el Estado en un serio y grave desconocimiento de este derecho”.* (Énfasis en el texto original).

eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, contenidos en el artículo 209 superior.

6.3. Así las cosas, las entidades del orden nacional ni las del orden territorial pueden permanecer indiferentes cuando se incurre –como sucedió en el caso concreto– en dilación injustificada del procedimiento administrativo que ha impedido cumplir con la solicitud de titulación colectiva de la propiedad ancestral de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya realizada el 23 de diciembre de 1999 y la cual hasta el día de hoy permanece sin recibir una respuesta de fondo. En esto coincide la sala con los fallos emitidos en sede de tutela por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca y por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A” –.

En asuntos tan delicados como el que está puesto a consideración de la sala en la presente ocasión, el trabajo de apoyo, asesoría, seguimiento y evaluación por parte de las entidades estatales nacionales y territoriales debe efectuarse de manera permanente. No puede ser que –como sucedió en el caso concreto–, el cambio de legislación y la creación de nuevas entidades competentes implique dilatar en el tiempo decisiones cuya verificación es crucial a fin de asegurar la realización existencial e incluso la supervivencia misma de comunidades para las que el nexo entre cultura y territorio resulta primordial.

6.4. Atrás subrayó la sala la importancia que adquiere la titulación del territorio colectivo para la efectiva realización del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y tuvo ocasión de indicar los pasos que desde 1999 ha dado el Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Naya con miras a obtener la titulación colectiva de su propiedad ancestral.

Desde el momento en que se presentó la solicitud de titulación colectiva el día 23 de diciembre de 1999, hasta el día de hoy, no sólo han pasado diez años sino que las transformaciones en la legislación han traído como consecuencia que la entidad competente para adoptar la decisión de fondo haya cambiado cuatro veces. Inicialmente, era competente el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA–. Posteriormente, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–. Luego de la puesta en vigencia de la Ley 1152 de 2007, la competencia se trasladó a la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT–. Ahora bien, después de que la Corte Constitucional mediante sentencia C-175 de 2009 declaró inexecutable en su integridad la referida Ley 1152 de 2007, la competencia retornó al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER–, entidad ésta a la que hoy le compete dictar una decisión de fondo.

Primero, debe resolver el INCODER el asunto concerniente a la titulación colectiva de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya respecto de las tierras que no han sido objeto de litigio con la Universidad del Cauca, para efectos de lo cual, esta institución ha elaborado un plan de acción y ha fijado como fecha límite el mes de junio de 2010. Segundo, debe pronunciarse acerca de la titulación colectiva de la propiedad ancestral de la Comunidad Afrodescendiente del Río Naya, una vez se resuelva el recurso de Revisión de Asuntos Agrarios elevado por la Universidad del Cauca contra la Resolución 1367 de 17 de octubre de 2008 que decide de manera negativa el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 859 de julio 21 de 2008⁴¹.

6.5. En el asunto bajo examen es cierto que las transformaciones de orden normativo trajeron como consecuencia que las entidades administrativas encargadas de cumplir con la Constitución, con la ley y con el reglamento, en efecto, cambiaran. No es menos cierto que las obligaciones han sido las mismas desde 1999 y continúan siendo iguales, de modo que no entiende la sala cuál puede ser el motivo de la dilación en el procedimiento de titulación colectiva de la propiedad ancestral y lo que se pone, más bien, en evidencia es una ausencia de coordinación, de colaboración y de comunicación entre las entidades estatales comprometidas, que termina por diluir la responsabilidad del Estado cuyo deber primordial consiste en darle plena vigencia a los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, so pena de infringir –como sucedió en el *sub lite*– el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso administrativo lo que aparejó un desconocimiento del derecho constitucional fundamental al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya⁴².

6.6. Debe tenerse en cuenta que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial estableció la obligación de los Estados de expedir un conjunto de medidas afirmativas encaminadas a “asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos ra-

41 Mediante la cual la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT– declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio privado sobre un predio rural de la Universidad del Cauca ubicado en la Cuenca del Río Naya en los municipios de López de Micay, departamento del Cauca y Buenaventura, departamento del Valle del Cauca.

42 Como lo ha dicho la Corporación: “(...) el orden constitucional vigente y los compromisos que ha adquirido Colombia a nivel internacional refuerzan la responsabilidad en cabeza de cada una de las entidades estatales para que cada una de ellas contribuya con el seguimiento constante a fin de prevenir que se incurra en acciones o conductas por medio de las cuales se desconozca el cumplimiento de los derechos constitucionales fundamentales derivados de la Constitución cuyo amparo se ve reforzado por lo dispuesto en Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos adoptados por Colombia. Para esos fines es indispensable promover un contacto permanente entre las entidades involucradas unido a una política seria de rendición de cuentas”. (Énfasis en el texto original). Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2006.

ciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales". Estas medidas de orden positivo están plenamente justificadas y se apoyan en lo establecido por el artículo 13 superior. Sobre el particular, se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T-422 de 1996:

"La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional".

En suma, en el caso bajo examen se desconoció el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo y se vulneró la confianza legítima de los integrantes de la Comunidad Afrodescendiente del Río Naya a obtener, sin dilaciones injustificadas, una decisión de fondo sobre la titulación colectiva de su propiedad ancestral asunto éste clave para la protección de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural.

Las expectativas iniciadas con el primer pronunciamiento emitido por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria –INCORA–, entidad que desde el año 2002 presentó un Informe Técnico bajo el título *"Los derechos de propiedad de la Universidad del Cauca, frente a las demandas territoriales de las comunidades negras, indígenas y campesinas en la Hoya hidrográfica del río Naya"* mediante el cual se definieron los pasos a seguir, no se cumplieron. La Comunidad Afrodescendiente y las personas que la integran mantienen aún la zozobra inicial no obstante existir desde el año 2002 un mapa claro de acción para *"allanar el camino del reconocimiento de la propiedad legal del pueblo afrodescendiente del río Naya"*.

Luego de ocho años durante los cuales brilló por su ausencia el compromiso en cabeza de las entidades estatales de cumplir en forma ágil y eficaz con lo ordenado por la Constitución, por la Ley y por el Reglamento, lo único que se vislumbra es la falta de definición al respecto. Ello implica un riesgo grave para la Comunidad y para las personas que la integran, dada la situación de orden público que caracteriza la zona por ellos habitada y que ha conducido incluso a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya dictado medidas cautelares.

En lo relativo a la protección del derecho de las Comunidades Afrodescen-

dientes a la titulación colectiva de la propiedad ancestral, acentuó el Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos un testimonio recibido durante su visita hecha a Colombia en mayo de este mismo año en el que se resume muy bien el nexo cultural y espiritual que tienen las Comunidades Afrodescendientes con el territorio: “*no podemos concebir a la comunidad afrocolombiana sin su tierra, lo que significa que la comunidad desaparecería sin ella [...] el territorio no es sólo el espacio físico, sino que incorpora las relaciones sociales y espirituales, de modo que, cuando bombardean el bosque, bombardean nuestros elementos naturales, los moluscos, los crustáceos y, aunque siempre dicen que los ataques no son indiscriminados porque no apuntan a nuestros hogares, destruyen la tierra de la que viven las comunidades*”.

Explicó el Relator que las Comunidades Afrodescendientes suelen habitar territorios de gran valor estratégico y ricos en biodiversidad así como en recursos naturales. No obstante, advirtió que la población afrodescendiente allí asentada no solo presenta “*los niveles socioeconómicos más bajos del país*” sino que la presencia institucional del Estado es muy precaria o por entero inexistente, lo que ha incidido en la presencia de “*actores armados o de actores económicos en muchos casos aliados con actores armados*” que han desencadenado un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y han provocado “*el terror, el desplazamiento y la apropiación indebida de tierras*”⁴³.

En breve: las difíciles circunstancias que suelen enfrentan las Comunidades Afrodescendientes y, en especial, aquella ubicada en la Cuenca del Río Naya –a favor de la cual la Comisión Interamericana dictó Medidas Cautelares desde el

43 Dijo el Relator sobre el particular: “*Las denuncias recibidas plantean graves interrogantes sobre si el Estado está cumpliendo con sus obligaciones bajo la Ley 70. La Ley 70 de 1993, adoptada en cumplimiento del artículo 55 transitorio de la Constitución Nacional, establece un marco normativo genérico para proteger el derecho a la propiedad y la identidad cultural de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del Pacífico. En su artículo 7 esta norma establece que, una vez adjudicadas a una comunidad, las tierras de uso colectivo deben ser consideradas como ‘inalienables, imprescriptibles e inembargables’. El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), institución estatal a cargo del otorgamiento de títulos de propiedad sobre estas tierras, ha extendido títulos colectivos para 5.199.252 hectáreas de tierra a las comunidades afrodescendientes de la región de la costa colombiana del Pacífico (equivalentes a más del 4% del territorio nacional). De conformidad con la porción total de tierra identificada como parte de la titulación colectiva (5,6 millones de hectáreas), un total nacional de 5.242.264 hectáreas han sido adjudicadas a la fecha, constituyendo el 93% de la proyección original. Restaría adjudicar 357.736 hectáreas para concluir el programa. Aunque estas cifras reflejan un progreso notable en términos de la titulación colectiva de la tierra a favor de los consejos comunitarios, la violencia, el desplazamiento, la usurpación y el fraude impiden el goce efectivo del derecho de los afrodescendientes a la tierra y contribuye a la crisis humanitaria*”.

año de 2002⁴⁴, exigen que el Estado colombiano actúe con diligencia y de manera eficaz, a fin de amparar su derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural así como los derechos constitucionales fundamentales en cabeza de los integrantes de dicha Comunidad. Como bien lo señaló el Consejo de Estado al decidir en segunda instancia la tutela de la referencia, la morosidad injustificada en adoptar una decisión de fondo es, en el caso bajo examen, todavía más gravosa si se tiene en cuenta que la población afrodescendiente que reside en esa zona ha sido *“víctima de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones, torturas y tratos crueles e inhumanos, violencia sexual, actos de hostigamiento y amenazas por parte de los actores del conflicto armado que buscan expandir el control sobre el territorio mediante el desplazamiento forzado, aterrorizar a la población civil, obtener información sobre grupos adversarios, y perpetrar actos de ‘limpieza social’, hechos que motivaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a otorgar el día 2 de enero de 2002, la protección cautelar de las personas que habitan la Cuenca del Río Naya”*⁴⁵.

44 A partir del informe presentado por la Comisión de Derechos Humanos sobre las medidas cautelares dictadas durante el año 2002 se extrae lo siguiente: *“El 2 de enero de 2002 la Comisión otorgó medidas cautelares en favor de las comunidades afrocolombianas que habitan 49 caseríos ubicados en la cuenca del Río Naya, en Buenaventura. La información disponible indica que desde finales de noviembre de 2001 se registra la presencia de aproximadamente 300 paramilitares en la zona del norte del Cauca y sur del Valle del Cauca, en los municipios de Timba, Suárez y Buenos Aires, quienes amenazaron a las comunidades indígenas, afrodescendientes y campesinas de los ríos Naya y Yurumanguí. Los peticionarios señalaron que a partir de diciembre y enero de 2001 las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) hacían presencia en el alto Naya hasta el Carmen y Yurumanguí, amenazando a los pobladores para que desocuparan la zona. El 27 de diciembre de 2001 se repitieron las amenazas. En su solicitud la Comisión solicitó al Estado adoptar, en primer lugar, medidas de protección civil no armada y acciones efectivas de control perimetral por parte de la fuerza pública con el fin de evitar incursiones armadas a las cuencas del Naya y del Yurumanguí por las bocanas del Mar Pacífico, en consulta con el Consejo Comunitario del Naya y los peticionarios. En segundo término, se requirió se adoptaran medidas de prevención, incluyendo la presencia de la Fuerza Pública en las bocas de Yurumanguí y El Naya, como mecanismo de control para evitar el ingreso de actores ilegales a los caseríos en los que habitan las comunidades afrocolombianas; la presencia inmediata y continua de entidades tales como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, con sede en Puerto Merizalde, en coordinación con la Defensoría Nacional del Pueblo en Bogotá, como mecanismos disuasivos y preventivos. En tercer lugar, se solicitó fortalecer el sistema de alerta temprana mediante la implementación de sistemas de comunicación efectivos. Por último, se requirió iniciar la investigación de los hechos de violencia que fundamentan la presente solicitud, el juzgamiento y la sanción de los responsables. En respuesta, el Estado indicó que el Programa Presidencial para los Derechos Humanos y el Ministerio del Interior llevaron a cabo reuniones con los gobernadores y alcaldes de la región y que se estaban realizando tareas de inteligencia y búsqueda de datos por parte de la Fuerza Pública, la Tercera Brigada del Ejército Nacional y ciertas Unidades adscritas a la Fuerza Naval. Por su parte, la Defensoría del Pueblo informó que se encontraba desarrollando una labor permanente de observación en la región en coordinación con el Sistema de Alertas Tempranas. El Estado informó asimismo que la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía adelantaba una investigación en etapa de instrucción. La Comisión ha continuado recibiendo denuncias por parte de los peticionarios sobre amenazas y actos de intimidación y violencia contra las comunidades beneficiarias”*.

45 Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A”– de abril 16 de 2009, p. 14.

Por los motivos señalados en las consideraciones de la presente providencia y con el fin de que la sentencia proferida por el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A”–, el dieciséis de abril de 2009, que será confirmada en esta sede, adquiera pleno sentido y alcance, la sala Quinta de Revisión exhortará al honorable Consejo de Estado para que en ejercicio de su autonomía e independencia y teniendo en cuenta que, como lo sentenció la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A”– de esa alta Corporación, en el caso bajo examen es preciso *“corregir la morosidad en que incurrieron las diferentes entidades que han tenido a cargo el conocimiento del proceso”*⁴⁶, le confiera trámite preferente a la Acción de Revisión⁴⁷ instaurada por la Universidad del Cauca contra la Resolución 1367 de 17 de octubre de 2008⁴⁸.

Según el artículo 63 A⁴⁹ de la Ley 1285 de 2009 –que adiciona la Ley 270 de

46 Sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección “A” – de abril 16 de 2009, p.

47 Actuación de radicación del proceso realizada el día 15 de diciembre de 2008. Proceso asignado, en esa misma fecha, al Magistrado Enrique Gil Botero.

48 Esta Resolución decidió de modo negativo el recurso de reposición contra la Resolución No. 859 por medio de la cual la Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT– declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio privado sobre un predio rural de la Universidad del Cauca ubicado en la Cuenca del Río Naya, en los municipios de López de Micay, departamento del Cauca y Buenaventura, departamento del Valle del Cauca.

49 *“Artículo 63 A Del orden y prelación de turnos. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación. // Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente. // Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos. // Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio. // PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en el presente artículo en relación con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se entenderá sin perjuicio de lo previsto por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. // PARÁGRAFO 2o. El reglamento interno de cada corporación judicial señalará los días y horas de cada semana en que ella, sus Salas y sus Secciones, celebrarán reuniones para la deliberación de los asuntos jurisdiccionales de su competencia, sin perjuicio que cada Sala decida sesionar con mayor frecuencia para imprimir celeridad y eficiencia a sus actuaciones. // PARÁGRAFO 3o. La Sala Administrativa del Consejo*

1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia-, “*las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente*” cuando quiera que se presenten “*razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social*”.

En atención a las pruebas allegadas al expediente y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas tanto como las conclusiones a las que arribó la sala en el caso bajo examen, no cabe duda que el asunto analizado es de *especial trascendencia social* y que de su rápida solución dependerá el que no persistan en la práctica *casos graves de violación de derechos humanos*. [...]

Superior de la Judicatura reglamentará los turnos, jornadas y horarios para garantizar el ejercicio permanente de la función de control de garantías. En este sentido no podrá alterar el régimen salarial y prestacional vigente en la Rama Judicial”.

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

La falta de hogar y el derecho a una vivienda digna

Comisión de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto,

Marzo 3 de 2005

I. Definición de la falta de hogar

11. Si bien la mayoría de la población mundial vive en algún tipo de alojamiento, la mitad, aproximadamente, no goza de todos los derechos necesarios para que esa vivienda pueda considerarse adecuada. De acuerdo con la Observación general N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, aprobada en 1991 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para que la vivienda sea adecuada debe proporcionar a la persona más que cuatro paredes y un techo; el concepto debe incluir, como mínimo los siguientes elementos: seguridad de la tenencia, accesibilidad financiera, habitabilidad, asequibilidad, proximidad a los servicios, disponibilidad de infraestructura e idoneidad cultural. El derecho a una vivienda adecuada se suele violar en todo el mundo. Según estimaciones de las Naciones Unidas; aproximadamente 100 millones de personas en todo el mundo no tienen donde vivir y más de 1.000 millones de personas no tienen vivienda adecuada.

12. Se han realizado numerosos estudios sobre la falta de hogar, sus causas y las condiciones que enfrentan las personas afectadas por el problema¹.

¹ See in particular, United Nations Centre for Human Settlements (UN-Habitat), *Strategies to Combat Homelessness* (Nairobi: United Nations Centre for Human Settlements, 2000). Also see A.G.

Los estudios a nivel mundial tropiezan con dos problemas esenciales: en primer lugar, lidiar con el desequilibrio de la información y las estadísticas disponibles, en segundo lugar, tratar de definir el concepto de falta de hogar y de ese modo determinar quiénes son las personas afectadas por el problema. Los datos existentes proceden en gran medida de países desarrollados, ya que en otras partes del mundo los datos, incluidas las estadísticas desglosadas, son escasos. Esa escasez de información a menudo se debe a que la falta de hogar sigue siendo un tema tabú y muchos gobiernos siguen negando rotundamente la existencia del problema.

13. Una manera de definir la falta de hogar es caracterizarla en sentido estricto como falta de techo, alojamiento y casa. Sin embargo, ese tipo de definiciones es insuficiente. En los países en desarrollo la definición más corriente de falta de hogar considera que el elemento de marginación social forma parte de la experiencia de la persona sin hogar, poniendo de relieve que la falta de hogar implica también el hecho de no pertenecer a ningún lugar y no sólo el de no tener dónde dormir². Como se señala en informes anteriores, la vivienda adecuada no sólo consiste en un techo y cuatro paredes sino también en un lugar para vivir en paz y con dignidad. Este argumento se detalla en la Observación general N° 4 con la descripción de los elementos necesarios para calificar la vivienda de adecuada. Igualmente, y en un sentido más general, el concepto de “hogar” a menudo se asocia con el de pertenencia, identidad y familia, según el contexto cultural. Sin embargo, para facilitar la definición del problema y hacer que resulte más cuantificable, algunos países se han apartado explícitamente de los conceptos más amplios de la falta de hogar y han adoptado definiciones y descripciones centradas en la falta de vivienda, alojamiento o techo. La División de Estadística de las Naciones Unidas del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales formula otra definición según la cual “Los hogares sin alojamiento son aquellos sin un abrigo que encaje en la definición de local de habitación. Sus miembros llevan consigo sus escasas pertenencias y duermen más o menos al azar en la calle, en portales, en muelles o en cualquier otro espacio”³.

14. El Relator Especial no tiene la intención de proponer otra definición del concepto de falta de hogar. A los efectos del presente informe considerará que la falta de hogar es la falta de vivienda más elemental. Dicho esto, la de-

Tipple, and S.E. Speak, “Homelessness in developing countries” (Newcastle upon Tyne: Global Urban Research Unit, University of Newcastle upon Tyne, 2003).

2 UN-Habitat, *ibid.*, p. 16.

3 *Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses*, United Nations publication, Sales No. E.98.XVII.8, para. 1.328.

finición en sentido estricto de la falta de hogar no debería de ninguna manera confundirse con el problema más amplio de la vivienda inadecuada o insegura y el alojamiento en condiciones precarias, una cuestión fundamental de la normativa internacional de derechos humanos que requiere medidas multisectoriales y el compromiso de los gobiernos, como se subraya también en informes anteriores del Relator Especial.

II. Base jurídica para la protección contra la falta de hogar

15. La obligación de los Estados de adoptar medidas con miras a hacer efectivo el derecho a una vivienda adecuada para todos y, por lo tanto, adoptar medidas para prevenir el problema de la falta de hogar, se establece en varios instrumentos internacionales de derechos humanos jurídicamente vinculantes. Esos instrumentos también constituyen la base del mandato del Relator Especial e incluyen la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11, párr. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27, párr. 3) y las disposiciones sobre la no discriminación que figuran en el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en el párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (véase E/CN.4/2004/48, párrs. 19 a 22).

16. Además, en varios documentos interpretativos se ha hecho referencia directa a la falta de hogar. En la Observación general N° 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que aunque los problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan graves limitaciones de recursos y de otra índole, “existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente” (párr. 4). Entre las medidas que han de adoptarse inmediatamente con miras al pleno ejercicio del derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la situación de los recursos disponibles en un país determinado, el Comité menciona la adopción de una estrategia nacional de vivienda que refleje una “consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes” (párr. 12).

17. Asimismo, en su Observación general N° 7 sobre los desalojos forzados, aprobada en 1997, el Comité destacó la obligación de los Estados de velar por que los desalojos no den “lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos” (párr. 16). El

Comité subrayó también que ciertos grupos o categorías de personas sufrían desproporcionadamente los efectos de la práctica de los desalojos forzosos y, al respecto, hizo hincapié en la situación de la mujer. Destacó, además, que los gobiernos tienen la obligación de velar por la aplicación del principio de la no discriminación.

18. El derecho a una vivienda adecuada se ha reconocido también en el plano regional, por ejemplo en la Carta Social Europea (1961), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (véase *ibíd.*, párrs. 19 a 22). El artículo 31 de la Carta Social Europea revisada (1996) se refiere explícitamente a la falta de hogar cuando señala que, con el propósito de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas a... prevenir y reducir el problema de las personas sin hogar con miras a su eliminación gradual. Si bien el problema de la falta de hogar no se menciona explícitamente, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la... vivienda..., correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

19. El problema de la falta de hogar se ha examinado en instrumentos jurídicamente vinculantes y en la interpretación autorizada de sus disposiciones, así como en varias conferencias mundiales y otros foros internacionales. El Programa 21, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, establece que “a) Como primera medida para proporcionar vivienda adecuada para todos, todos los países deberían adoptar inmediatamente medidas para proporcionar viviendas a su población pobre y sin techo” (párr. 9 a), cap. 7). También hace un llamamiento a acelerar los esfuerzos por reducir la pobreza de las zonas urbanas (cap. 7, párr. 16 b) ii).

20. El Programa de Hábitat, aprobado en la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, reafirma claramente la determinación de los Estados y gobiernos de garantizar progresivamente el ejercicio pleno del derecho a una vivienda adecuada. Trata directamente la falta de hogar en el párrafo 11, cuando señala que ese problema amenaza la salud y la seguridad e incluso pone en peligro la propia vida. El Programa de Hábitat también se refiere a la necesidad de prestar especial atención a la situación de los grupos vulnerables (párr. 38), en particular los refugiados (párr. 40). Por último, se señala que para la aplicación plena y eficaz del Programa se requerirá la movilización de más recursos financieros nacionales e internacionales así como una cooperación más eficaz para el desarrollo.

Manual sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de refugiados y personas desplazadas

Aplicación de los “Principios Pinheiro”

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), Consejo Noruego para los Refugiados (CNR), División Interinstitucional de Desplazados Internos (DIDI) de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

Marzo 2007

Prefacio

Desde Ruanda, a Bosnia, pasando por Sudán, Kósovo y Liberia, hasta Sri Lanka, cada vez existe un mayor reconocimiento de la importancia vital de salvaguardar el derecho de los refugiados y de las personas desplazadas internas a la restitución de sus viviendas y patrimonio. Aunque tras algunos conflictos armados se han logrado avances positivos, los que se ocupan de la restitución de las viviendas y del patrimonio, tanto funcionarios de gobierno, como personal de las agencias internacionales y las ONGs, o miembros de grupos locales de la sociedad civil, carecen a menudo de orientación práctica para abordar temas que son extremadamente complejos y potencialmente controvertidos y susceptibles de causar divisiones.

La aprobación de los Principios Pinheiro sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas por la Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en agosto de 2005, supuso un avance importante, al ofrecer una mayor orientación sobre la aplicación efectiva de los programas y mecanismos para la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.

Fue en este contexto en el que un grupo de Agencias decidieron cooperar para la elaboración de un Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas. Este esfuerzo conjunto hizo que OCAH/DIDI, UN HABITAT, ACNUR, FAO, ACNUDH, y el Consejo Noruego para los Refugiados (CNR) así como el Observatorio de Desplazamiento Interno del CNR (IDMC por sus siglas en inglés), se unieran para con-

tribuir con sus experiencias respectivas a dilucidar las complejas cuestiones jurídicas y administrativas relacionadas con la restitución del patrimonio.

Este manual toma los Principios Pinheiro como punto de partida y ofrece una importante orientación práctica a todos aquellos que trabajan en el ámbito de la restitución de las viviendas y el patrimonio. Su objetivo es promover la búsqueda de soluciones duraderas para los desplazados internos y los refugiados, que incluyen el derecho a regresar a los hogares y propiedades de los que tuvieron que huir o se vieron forzados a abandonar a raíz de conflictos armados y violaciones de derechos humanos. Este manual debería contribuir al fortalecimiento de la protección del derecho a la restitución y, por tanto, a la prevención de conflictos y a la consolidación de la paz recientemente lograda.

Esperamos sinceramente que el Manual tenga una amplia difusión y que constituya una contribución importante a la resolución justa y fundamentada de los conflictos de restitución de viviendas y patrimonio a nivel mundial.

- ◆ Dr Jacques Diouf, Director General de la Organización para la Agricultura y la Alimentación
- ◆ Tomas Colin Archer, Secretario General, Consejo Noruego para los Refugiados
- ◆ Jan Egeland, Ex–Coordinador de las Naciones Unidas para el Socorro de Emergencia & Vice–secretario General para Asuntos Humanitarios
- ◆ Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
- ◆ Anna Tibaijuka, Directora Ejecutiva, Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos
- ◆ António Guterres, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) viene centrando su preocupación desde hace tiempo en la promoción del acceso a la propiedad agraria por parte de las poblaciones más pobres como medio de reducción de la pobreza y el hambre, así como para la promoción de un desarrollo rural sostenible. La escasez de propiedad agrícola es uno de los indicadores más precisos que existen para predecir la pobreza y el hambre. El acceso seguro a la tierra proporciona una valiosa red de seguridad como fuente de habitación, alimento e ingresos en tiempos difíciles. La tierra familiar puede constituir el único recurso para sobrevivir en situaciones de desastre. Para lograr una paz duradera después de un

conflicto armado es fundamental garantizar el acceso seguro a la tierra. La Unidad de Gestión y Tenencia de la Tierra de la FAO brinda asesoría técnica a través de directrices y proyectos para el restablecimiento de instituciones de la propiedad agraria y de sistemas de administración de la tierra tras los conflictos armados.

El Consejo Noruego para los Refugiados (CNR) ha venido trabajando en el ámbito de la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio desde mediados de los noventa, en que estableció el Programa de Información, Asesoría y Asistencia Jurídica (ICLA). ICLA tiene como objetivo contribuir al desarrollo de soluciones duraderas para los refugiados y los desplazados internos facilitando información sobre la situación en sus lugares de origen y brindando asesoría jurídica en caso de discriminación o de restricción de sus derechos fundamentales. Además de brindar el apoyo legal necesario para promover el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, CNR proporciona asesoría jurídica en el ámbito de la restitución del patrimonio. Los temas relacionados con la vivienda, la tierra y el patrimonio han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo en los programas de ICLA. Su tarea, que comenzó en los Balcanes, actualmente se extiende a más de una docena de países como Burundi, la República Democrática del Congo, Sudán, Uganda, Georgia, Azerbaiyán, Afganistán, Paquistán, Sri Lanka o Colombia.

El Observatorio de Desplazamiento Interno (IDMC) del CNR estudia la situación del desplazamiento interno a nivel mundial por encargo de las Naciones Unidas. El centro, con sede en Ginebra, publica una base de datos en internet con información actualizada sobre conflictos armados en unos 50 países. En representación del CNR, el IDMC da seguimiento a los acontecimientos políticos e institucionales en el ámbito de la vivienda, la tierra y el patrimonio y promueve las buenas prácticas que ha ido desarrollando el CNR con su experiencia y que son coherentes con los principios Pinheiro.

La División Interinstitucional de Desplazados Internos (DIDI) de la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCAH) fue creada por el Coordinador del Socorro de Emergencia para fortalecer la respuesta global al desplazamiento interno. La División dio prioridad a aquellas áreas temáticas que más afectaban a los desplazados internos, tales como las relativas al derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio. Asimismo se llevaron a cabo varias misiones de asesoría técnica en el ámbito del patrimonio para apoyar a los equipos nacionales de Naciones Unidas y a las autoridades de gobierno en Uganda, Sudán, Liberia y Paquistán.

A nivel global, la DIDI contribuyó al desarrollo de los Principios Pinheiro como reconocimiento de la importancia del cumplimiento efectivo del de-

recho a la vivienda y la restitución del patrimonio de los refugiados y los desplazados internos. Asimismo, inició el desarrollo de este manual para brindar una orientación práctica a todos aquellos que trabajan en el ámbito de la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) tiene como misión trabajar por la protección de los derechos humanos de todas las personas; contribuir a fortalecer su capacidad para el ejercicio de sus derechos; y asistir a los que tienen el deber de garantizar estos derechos en el desempeño de su labor. En el desarrollo de sus objetivos, la OACDH otorga igual importancia al cumplimiento de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como del derecho al desarrollo.

La contribución de la OACDH a este Manual está vinculada con su actuación en el ámbito del derecho a la vivienda y otros temas relacionados con él , y parte de la afirmación del derecho a una vivienda adecuada en la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, así como su reafirmación y su reconocimiento explícito en toda una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, como componente integral del derecho a un nivel de vida adecuado y de la legislación internacional sobre los derechos humanos universalmente reconocidos. Desde el punto de vista de sus operaciones, la OACDH trabaja con los gobiernos, los parlamentos, el poder judicial, las instituciones nacionales y la sociedad civil, así como con organizaciones regionales e internacionales y con el sistema de Naciones Unidas de desarrollo y fortalecimiento de la capacidad de las instituciones, fundamentalmente a nivel nacional, para la protección de los derechos humanos, de conformidad con la normativa internacional. Desde el punto de vista institucional, la OACDH ha asumido el compromiso de trabajar en estrecha cooperación con sus socios de Naciones Unidas para garantizar que los derechos humanos constituyan los cimientos de la labor de la Organización de las Naciones Unidas.

Después de un conflicto armado, la tierra y el patrimonio tienen una enorme importancia para la sociedad ya que a menudo están estrechamente vinculados con el conflicto. La creación de mecanismos adecuados para la restitución de la tierra y el patrimonio así como para la gobernabilidad es esencial, por tanto, para construir y mantener una paz duradera. Entre los objetivos de la Red Global de Herramientas del Suelo, liderada por el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), están el de garantizar la continuidad de los derechos sobre la tierra; mejorar las prácticas ineficientes de gestión de la tierra (); diseñar sistemas y herramientas para la tenencia de tierras; contribuir al fortalecimiento de las actuales redes de tierras; mejorar la coordinación global del tema de la tierra; contribuir

al desarrollo de herramientas de género que puedan ser útiles y asequibles para los segmentos más pobres de la población; y difundir conocimientos acerca de seguridad de la tenencia de tierras. El objetivo principal de la Red es facilitar el cumplimiento de la Declaración del Milenio y de los Objetivos de Desarrollo del Milenio mediante una mejor gestión de la tierra, el desarrollo de herramientas de tenencia de tierras para el alivio de la pobreza y la mejora de los medios de subsistencia de los pobres.

ONU-Hábitat tiene operaciones en países en proceso de recuperación de catástrofes naturales o de emergencias complejas. Trabaja con gobiernos centrales y locales, así como con el Comité Permanente ente Organismos (IASC), las ONGs y los Equipos de Naciones Unidas en cada país para asegurar una respuesta conforme al Marco de “Asistencia y Reconstrucción Sostenible” de ONU-Hábitat. La “Herramienta de evaluación de medidas inmediatas para la gestión de tierras” forma parte de una serie de herramientas que se han venido desarrollando con relación a la vivienda, la tierra y el patrimonio, y tiene el objetivo de orientar los análisis situacionales al inicio de las operaciones así como los programas de recuperación tras los desastres. ONU-Hábitat ha venido participando de manera creciente en operaciones con programas específicos para la “restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio” y para la “gestión de tierras” en Sudán, Uganda, Liberia y otros países.

El apoyo a la repatriación voluntaria de los refugiados es una de las tareas fundamentales del ACNUR, y se deriva de su mandato para la protección internacional de los refugiados y la búsqueda de soluciones duraderas para cada refugiado. Durante años, varias resoluciones de la Asamblea General de la ONU han otorgado competencias al ACNUR en la esfera de la protección de los desplazados internos. Los principales retos del ACNUR para el retorno, ya sea de refugiados o desplazados, son promover las condiciones necesarias para un retorno de carácter voluntario, asegurar que es fruto de una elección libre e informada y movilizar el apoyo necesario para garantizar el éxito de los retornos. Esto último requiere el acceso a servicios de primera necesidad así como los medios para garantizar su sostenibilidad. Para los retornados, el acceso a su vivienda, su tierra y su patrimonio es asunto prioritario.

Aparte del derecho a regresar a sus países de origen, los retornados también tienen el derecho a recuperar las viviendas y las tierras de las que tuvieron que huir o de las que fueron desalojados.

Durante la última década, aparte de abogar enérgicamente por la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, el ACNUR ha venido participando en procesos de desarrollo normativo, apoyando a los gobiernos en el desarrollo de legislación en el ámbito de la restitución de la vivienda. El ACNUR

ha establecido y apoyado de diversos modos el trabajo de centros de asesoría jurídica que han supuesto una ayuda fundamental para la tramitación de las reclamaciones de restitución de los refugiados. Igualmente, ha desarrollado proyectos de reconstrucción y rehabilitación de viviendas para complementar el proceso de recuperación.

Introducción

A lo largo de las últimas décadas, las agencias intergubernamentales, funcionarios de gobierno, el personal sobre el terreno de las Naciones Unidas y de las ONGs, así como todos aquellos que trabajan en la protección y la asistencia de los refugiados y los desplazados internos, han intensificado los esfuerzos por encontrar soluciones duraderas para todas las formas de desplazamiento en el marco de los derechos humanos y sobre la base del principio de repatriación voluntaria. Durante los últimos años, los conceptos de repatriación voluntaria y de retorno han ido evolucionando para abarcar no solo el retorno al país de origen en el caso de los refugiados, o a su ciudad o región en el caso de los desplazados internos, sino el retorno y la reafirmación del dominio sobre la antigua vivienda, la tierra o el patrimonio; en definitiva, el proceso de restitución de la vivienda y el patrimonio.

Todos estos avances han permitido que, desde principios de los años noventa, millones de refugiados y desplazados internos hayan logrado recuperar y habitar de nuevo sus antiguos hogares, sus tierras y su patrimonio a través de procesos de restitución, y que otros grupos más reducidos hayan aceptado algún tipo de indemnización en lugar del retorno. Estos esfuerzos se han extendido desde Bosnia–Herzegovina o Afganistán, hasta Suráfrica, y desde Tayikistán hasta Guatemala, pasando por Mozambique y otros países. Este cambio notable de la naturaleza de las intervenciones (que solían hacer hincapié en el carácter puramente humanitario del apoyo a la repatriación voluntaria) hacia un enfoque más orientado al derecho al retorno, se sustenta de manera creciente sobre el principio de justicia reparadora y sobre la restitución como un recurso jurídico que puede contribuir al proceso de elección de una solución duradera (ya sea retorno, reasentamiento o integración local) de los refugiados y desplazados internos.

Este giro ha tenido un profundo impacto sobre toda la dinámica de retorno y repatriación, así como sobre el tipo de participación de la comunidad internacional y los agentes locales en estas iniciativas. Pero lo que es más importante, la naturaleza de estos cambios no se ha limitado al ámbito político y humanitario, sino que se ha visto cada vez más reflejada en la normativa internacional, regional y nacional, así como en otros instrumentos que reco-

nocen explícitamente la restitución de la vivienda y el patrimonio como un derecho fundamental, autónomo e independiente, con una serie de derechos relacionados. Donde probablemente mejor se articule el derecho a obtener reparación por las violaciones de derechos humanos es en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, basados en principios vigentes de derechos humanos y de derecho humanitario. Por lo que a la restitución se refiere, los Principios Básicos establecen que “la restitución, que en la medida de lo posible debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades.”

Cada vez es mayor, por tanto, el reconocimiento de hecho y de derecho de la necesidad de deshacer conscientemente los efectos de las violaciones de derechos humanos y otras causas de desplazamiento a través de la aplicación de los principios que rigen el derecho emergente a la vivienda y a la restitución del patrimonio. Este reconocimiento ha ido acompañado del entendimiento de que un retorno sin restitución únicamente puede constituir una solución parcial a la situación de desplazamiento.

El personal sobre el terreno de las organizaciones intergubernamentales, las ONGs internacionales y otros agentes a nivel nacional y local, ya sea en el ámbito humanitario o en el de recuperación temprana, a menudo se enfrentan a situaciones difíciles al asumir la responsabilidad de promover el derecho de los refugiados y desplazados internos a la restitución de la vivienda y el patrimonio. En numerosas ocasiones se encuentran sin la preparación necesaria para enfrentarse de manera adecuada a la complejidad y a los riesgos asociados al ejercicio del derecho a la restitución. Teniendo en cuenta la imposibilidad de desarrollar un modelo de restitución único de aplicación universal, por la enorme diversidad de circunstancias que afectan a la restitución de un país a otro, e incluso entre las diferentes regiones de un mismo país, los que tienen la responsabilidad de proteger y garantizar el derecho a la restitución se enfrentan a un gran desafío.

Cada vez son más los expertos en derecho internacional de refugiados, en derechos humanos o en derecho humanitario que tienen experiencia en relación con algún aspecto de la restitución, sobre todo si han trabajado en los Balcanes o en la región de los Grandes Lagos. No obstante, la mayoría de los que trabajan en el ámbito del desplazamiento, tanto en la sede como sobre

el terreno, carecen de la formación o de los conocimientos necesarios para manejar las complicadísimas decisiones políticas y los complejos procesos legales, judiciales y cuasi-judiciales asociados con la promoción y el ejercicio del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio.

Con el objeto de formar en la capacidad para proporcionar una asistencia mejor en estos procesos, el presente Manual ofrece información y orientación práctica a todos aquellos que trabajan en el ámbito de la restitución de la vivienda y el patrimonio, para ayudarles a promover con la mayor eficacia posible el derecho al retorno de los refugiados y los desplazados internos así como la recuperación los hogares y propiedades de los que un día se vieron desplazados. El Manual también ofrece orientación sobre una búsqueda eficaz de alternativas al retorno en el marco de soluciones duraderas, como puede ser el ejercicio del pleno derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio así como del derecho a una indemnización. Con este Manual se pretende, sobre todo, ayudar a todos aquellos que trabajan en este tipo de procesos a que promuevan estos derechos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y otras normativas vigentes.

La base de este Manual está constituida por los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (los “Principios Pinheiro”), aprobados por la Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 11 agosto de 2005. Los Principios son la culminación de un proceso de siete años que comenzó con la adopción de la resolución de la Sub-Comisión 1998/26 sobre la Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y los desplazados internos de 1998. A ello le siguió entre 2002 y 2005 un estudio y la propuesta de los principios por el Relator Especial de la Sub-Comisión sobre la Restitución de Viviendas y Patrimonio, Paulo Sérgio Pinheiro.

Los Principios Pinheiro proporcionan a los que trabajan en el ámbito del derecho a la restitución, así como a los Estados, la ONU y otras agencias, un texto consolidado sobre los mecanismos jurídicos, políticos, procesales, institucionales y técnicos para la restitución de las viviendas y el patrimonio. Así, los Principios proporcionan una orientación práctica sobre las políticas que pueden aplicarse para garantizar el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio, así como la legislación, los programas y las políticas existentes, sobre la base del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y de refugiados, así como la normativa nacional. Para ello, los Principios reflejan algunas de las disposiciones más pertinentes de los actuales sistemas, programas y prácticas nacionales en el ámbito de la restitución, tales como los desarrollados en Afganistán, Bosnia-

Herzegovina, Burundi, Camboya, Chipre, Guatemala, Irak, Kósovo, Ruanda, Suráfrica y Sudán.

Cómo utilizar el Manual: Aplicación sobre el Terreno de los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio

Este manual tiene como objetivo asistir de una manera práctica a una variedad de agentes e instituciones, y a su personal tanto de la sede como sobre el terreno, en su tarea de brindar protección y soluciones duraderas a los refugiados y otras personas desplazadas a través de la aplicación de los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio a las diversas situaciones posibles de desplazamiento.

El Manual está organizado por principios. Las secciones dedicadas a cada uno de los 23 principios comienzan con una breve descripción del objeto y el fundamento jurídico de su inclusión en este documento. A ello le sigue una serie de “escenarios” en los que el principio respectivo sería de aplicación. Estos escenarios representan ejemplos prácticos acerca de cómo se ha aplicado en el pasado cada principio en procesos de restitución, y explican cómo aprovechar las buenas prácticas y las lecciones aprendidas a lo largo de las últimas décadas para resolver las cuestiones que surjan en la actualidad en el ámbito de la restitución.

Los ejemplos van seguidos de las “preguntas frecuentes” que suelen surgir entre los que trabajan en este ámbito, y con ellas se pretende contribuir a esclarecer los desafíos típicos en torno a la restitución. Tanto en la sección de “escenarios” para la aplicación de los principios como en la de “preguntas frecuentes” se ha querido utilizar un lenguaje lo más conciso posible, limitando al máximo las expresiones legales y sin incluir notas a pie de página. Quienes por razón de su trabajo requieran información más detallada sobre la base jurídica de los Principios así como sobre su aplicación en el pasado, pueden consultar el material indicado en la sección de “lecturas recomendadas” con la que finaliza el análisis de cada Principio.

Cuando se utilice el Manual, ha de tenerse en cuenta la amplitud de la naturaleza y la extensión del contenido de los Principios. Entre sus numerosos objetivos se encuentran el de afirmar el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio; reafirmar varios derechos relacionados; enunciar minuciosamente medidas jurídicas, políticas, procesales e institucionales vitales para la realización del derecho a la restitución y, por último describir el papel que han de jugar las organizaciones internacionales en la garantía de este derecho. Con algunas excepciones, por lo general, estos temas van

surgiendo en las diversas etapas del ciclo del desplazamiento. Por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la restitución precede necesariamente al establecimiento de los procedimientos e instituciones especializados en la materia. De la misma manera, las cuestiones relativas a la ejecución de decisiones judiciales que confirman el derecho a la restitución preceden necesariamente a la recuperación organizada de las viviendas y las tierras tras el regreso de los refugiados y desplazados internos, quienes pueden optar por retornar a sus antiguos hogares o por utilizar la restitución para lograr una alternativa relacionada con el reasentamiento o la integración local.

Quienes trabajan en la aplicación de los Principios y utilicen este Manual han de tener presente, por tanto, que la restitución es un proceso gradual.

El texto de los Principios ha de considerarse como un todo orgánico y es importante que los que utilicen este Manual se aseguren de que los asuntos que trata se estudien con el debido rigor. Hay que señalar que Manual no ofrece orientación respecto al Preámbulo de los Principios. El texto íntegro de los Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas se encuentra al final del Manual.

Los usuarios del Manual, habrán de abogar con frecuencia por la garantía del derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. Para ello, han de familiarizarse a fondo con los derechos humanos que se reafirman en el Preámbulo de los Principios así como en los Principios 1 al 10 con el fin de garantizar que se respeten y promuevan a lo largo de todas las etapas del proceso de restitución. Ello incluye varios tipos de situaciones; desde el esfuerzo realizado en el marco de unas conversaciones de paz para garantizar la integración del derecho a la restitución en un eventual acuerdo hasta la afirmación del derecho a la restitución de un refugiado o una persona desplazada tras un conflicto o una catástrofe natural en el marco de un procedimiento de restitución. En efecto, el derecho de todos los refugiados y las personas desplazadas a la restitución de sus viviendas y patrimonio ha de guiar el esfuerzo de todos los responsables de los procesos de repatriación y otras soluciones duraderas, ya sean los que diseñan las políticas, abogados, ONGs, personal de la ONU u otros.

Al utilizar este Manual, habrá que prestar especial atención a los Principios 11 a 22, ya que se refieren a aquellas situaciones de restitución que suelen presentar los mayores desafíos sobre el terreno y que requieren un esfuerzo concertado. Los Principios 11 a 22 se analizan de manera concisa para facilitar su comprensión por parte de todos los que trabajan en el terreno en este ámbito. Cada sección ofrece ejemplos prácticos para la resolución de problemas concretos en relación con los distintos aspectos de la restitución

y señala experiencias del pasado que pueden ser útiles para dar respuesta a las nuevas cuestiones que puedan surgir en este ámbito.

El Manual cubre los procesos de restitución de viviendas y patrimonio tanto durante los conflictos armados, como en las etapas posteriores al conflicto y las catástrofes naturales. La mayor parte de los conflictos y catástrofes naturales presentan más o menos las mismas dificultades con relación a la vivienda, la gestión de tierras y el patrimonio. No obstante, el Manual limita su análisis de las cuestiones relativas a la restitución de las viviendas y el patrimonio al de los Principios. Así, ofrece una orientación detallada sobre cuestiones como la facilitación de la restitución durante el retorno de los refugiados o de otras personas desplazadas; la resolución de disputas sobre la tierra o el patrimonio; la actuación ante la ocupación secundaria de las viviendas o tierras de la población desplazada; el tipo de cuestiones que hay que tener en cuenta en el contexto de una reforma legal; el marco institucional más apropiado para hacer valer el derecho a la restitución, y otros temas relacionados.

Aunque parezca que el Manual contiene más ejemplos de Europa del Este y, en particular, de los Balcanes, que de otros lugares, ello se debe a que los procesos de restitución que allí han tenido lugar han sido más numerosos y destacados, e, incluso, algunos dirían que más fructíferos que en otras regiones. Asimismo, si bien la última década ha sido testigo de procesos de restitución en el mundo entero, incluida Europa y los Balcanes, todo parece indicar que en los próximos años la atención a nivel global sobre los temas de restitución va a centrarse en los desafíos en el continente africano. Teniendo en cuenta la amplia vigencia del derecho consuetudinario en esta región, es posible que haya que adaptar el enfoque y las herramientas empleados en Europa del Este y más tarde, por extensión, en otras regiones y sub-regiones. Los que trabajen en este ámbito han de ser conscientes, por tanto, de las lecciones sobre restitución aprendidas a nivel global, así como de las características específicas de la restitución en el contexto africano (y en otros lugares) donde habrán de encontrarse soluciones al desplazamiento durante los próximos años.

Sección I – Alcance y aplicación

Principio 1. Alcance y aplicación

1.1 Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas formulados en el presente documento tienen por objeto prestar asistencia a todos los actores competentes, tanto

nacionales como internacionales, en el tratamiento de las cuestiones jurídicas y técnicas relativas a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio en situaciones de desplazamiento en que las personas afectadas se hayan visto privadas de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual.

1.2 Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas se aplican por igual a todos los refugiados, desplazados internos y demás personas desplazadas que se encuentren en situaciones similares y hayan huido de su país pero que tal vez no estén encuadradas en la definición jurídica de refugiado (en lo sucesivo, “refugiados y desplazados”), a quienes se haya privado de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron.

El texto de los Principios comienza haciendo hincapié en su alcance y ámbito de aplicación así como en su principal objetivo, que es el de prestar asistencia a todos los actores competentes, tanto nacionales como internacionales, en el tratamiento de las cuestiones jurídicas y técnicas relativas a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas.

Los Principios tienen una naturaleza inclusiva y son aplicables a todas aquellas situaciones de desplazamiento en que las personas se hayan podido ver privadas de manera “arbitraria” o “ilegal” de sus anteriores hogares, tierras, patrimonio o de sus lugares de residencia habitual. En la práctica, por tanto, esta norma abarca a todos los refugiados y personas desplazadas “a quienes se haya privado de forma arbitraria o ilegal de sus anteriores hogares, tierras, bienes o lugares de residencia habitual, independientemente de la naturaleza del desplazamiento o de las circunstancias que lo originaron”.

Los Principios se aplican a todos los casos de desplazamiento involuntario a raíz de conflictos armados internacionales o nacionales, de violaciones graves de derechos humanos tales como la “limpieza étnica”, de proyectos de desarrollo, de desalojos forzosos, así como de catástrofes naturales o causadas por el hombre. Los Principios sirven de guía para todas aquellas situaciones en las que una persona o una comunidad se hayan visto arbitrariamente desplazadas de sus hogares y tierras. Ello implica que todos los refugiados y las personas desplazadas, a las que la comunidad internacional reconozca como tales, deberían encontrar protección bajo los Principios.

Al reconocer el derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio de todos los refugiados y las personas desplazadas, los Principios no hacen distinción alguna entre las diferentes categorías de personas. Ello constituye

una expansión importante del lenguaje normalmente utilizado para las situaciones de desplazamiento, que a menudo se refiere más restrictivamente a “refugiados y personas desplazadas en el interior de sus países”. El término que utilizan los Principios en su lugar es el de “refugiados y personas desplazadas” que es más simple y, a la vez, más amplio. Este término tiene la finalidad expresa de ser más inclusivo, reconociendo el derecho a la restitución con relación a un grupo más amplio de personas. Esta fórmula, por tanto, permite la incorporación de tres grupos: los refugiados, las personas desplazadas en el interior de su propio país (que incluye a los desplazados a raíz de catástrofes naturales), así como las personas desplazadas que hayan huido a través de fronteras nacionales sin ser refugiados.

En última instancia, los Principios parten de que ni la guerra, ni las violaciones de derechos humanos, ni los proyectos de desarrollo, o las catástrofes pueden legitimar la adquisición arbitraria o ilegal, o la expropiación o destrucción de los hogares y las tierras de que son titulares los refugiados y las personas desplazadas. Anclados sólidamente en el derecho internacional, la doctrina y las buenas prácticas, los Principios reconocen la naturaleza del derecho a la restitución de la vivienda o el patrimonio como una preocupación fundamental de los Estados y de la comunidad internacional y, en última instancia, como un elemento fundamental de una paz duradera y un desarrollo sostenible.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 1

Para influir en el contenido de acuerdos de paz – Los últimos años han sido testigos de toda una serie de acuerdos de paz que incluyen disposiciones sobre la restitución de viviendas, tierras y patrimonio, ilustrando así el creciente convencimiento de que la realización del derecho a la restitución así como la justa resolución de conflictos sobre la vivienda o la propiedad son vitales para lograr una paz duradera. Si bien el Anexo 7 de los Acuerdos de Dayton de 1995 que pusieron fin al conflicto de Bosnia–Herzegovina es el acuerdo de paz más conocido que incorpora derechos de restitución, también los acuerdos tras los conflictos de Sierra Leona, Liberia y Guatemala reflejaban, en mayor o menor grado, el derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas. Los Principios pueden servir de guía para desarrollar medidas concretas para la aplicación de aquellos acuerdos que hayan incorporado el derecho a la restitución, y pueden utilizarse en el transcurso de negociaciones de paz para fundamentar la incorporación explícita de este derecho al texto de los acuerdos de paz.

En operaciones de paz después de los conflictos – Varias de las operaciones de paz de las Naciones Unidas se han implicado directamente en procesos de restitución de viviendas y patrimonio. Por ejemplo, la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kósovo (UNMIK), estableció, gestionó y administró la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio de Kósovo (HPD por sus siglas en inglés), así como la Comisión de Reclamaciones de Vivienda y Patrimonio. De la misma manera, la Unidad de Tierras y Patrimonio de la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET), desarrolló una serie de propuestas pormenorizadas para dar una respuesta institucional a los problemas existentes en el ámbito de la restitución. En cambio, otras operaciones de paz como las de la Autoridad Provisional de las Naciones Unidas en Camboya, (APRONUC) y la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (UNAMA) optaron deliberadamente por no abordar los temas de restitución en el marco de sus mandatos. El hecho de que algunas operaciones de paz opten por no involucrarse en estas actividades no implica necesariamente que los problemas relativos a la restitución queden sin atender en los países respectivos. En Afganistán, por ejemplo, el ACNUR y ONGs tales como el Consejo Noruego para los Refugiados (CNR) emprendieron una serie de actividades relacionadas con la restitución, entre las que estaba la asistencia jurídica gratuita a miles de retornados que trataban de regresar a sus propios hogares y tierras así como a muchos que querían resolver disputas de tierras a través de tribunales locales y procedimientos consuetudinarios de resolución de controversias al margen de la vía judicial.

En el contexto de operaciones de paz después de los conflictos, los Principios pueden servir de base, por tanto, para el desarrollo de instituciones formales de restitución, esté o no previsto en el mandato inicial de los organismos respectivos. Igualmente, pueden servir como señales sobre el terreno para orientar los procesos de restitución que se sustenten en la actuación de los tribunales locales y en mecanismos tradicionales de resolución de conflictos.

En operaciones y acuerdos de repatriación o de retorno – Las operaciones organizadas de retorno o de repatriación y los acuerdos sobre los que se basan también pueden incluir disposiciones explícitas sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio a favor de los retornados. Los acuerdos de repatriación voluntaria de Vietnam, Guatemala, la República Democrática del Congo, Mozambique, Ruanda, Camboya, Angola, Burundi y muchos otros contienen derivaciones del derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio. Los Principios pueden servir de fuente importante de normativa internacional para promover la incorporación de elementos relativos a la restitución en instancias futuras en el ámbito de la repatriación y el retorno.

En catástrofes naturales y las causadas por el hombre, tales como los terremotos (por ejemplo, Paquistán, 2005), los tsunamis (por ejemplo., Asia 2004), las tormentas o las inundaciones (por ejemplo, Nueva Orleans, 2005) y proyectos de desarrollo como la construcción de presas, a menudo tienen como consecuencia el desplazamiento a gran escala de personas obligadas a abandonar sus hogares, tierras y bienes. A veces, los desplazados se ven privados de manera ilegal o arbitraria de la posibilidad de regresar a sus hogares o son obligados a reasentarse en otros lugares a pesar de su deseo de regresar. Los Principios, que cubren a todas las personas desplazadas, incluidas las que se hayan visto obligadas a abandonar sus hogares a consecuencia de catástrofes naturales, pueden servir como una importante fuente de referencia de normativa internacional relativa al derecho de las poblaciones afectadas por los desastres a recuperar sus antiguos hogares y tierras si así lo desean.

En emergencias multidimensionales (complejas) – Los Principios también son de aplicación en países que atraviesan emergencias multidimensionales o complejas. Por ejemplo, en el caso de Sri Lanka, cuando el tsunami azotó al país en 2004, la situación de desplazamiento masivo generado por el perenne conflicto ha permanecido ajena a cualquier tipo de solución duradera. Como consecuencia, todavía hay muchos desplazados tanto por el conflicto como por el Tsunami que no pueden regresar a sus anteriores hogares y tierras. Los Principios proporcionan la base para garantizar que ambos grupos, es decir, los desplazados por el conflicto y los desplazados por la catástrofe, reciban un trato equitativo, así como que puedan hacer valer por igual su derecho a la restitución de sus viviendas y patrimonio cuando las circunstancias lo permitan.

En situaciones de integración local o reasentamiento como soluciones duraderas alternativas – Los Principios son aplicables, por último, a todos los grupos de refugiados y personas desplazadas que no opten por la repatriación o el retorno como solución duradera o que no pudieran hacerlo a causa de obstáculos políticos o de la continuación del conflicto, la inseguridad u otros problemas. Este sería el caso de grupos de refugiados o poblaciones en situaciones de desplazamiento prolongado en campamentos o asentamientos fuera de su país o lugar de origen así como de aquellos que hubieran encontrado soluciones temporales, y no duraderas, a su desplazamiento. En este contexto, es importante señalar que el desplazamiento prolongado no extingue las posibles reclamaciones de restitución ni les resta legitimidad, como tampoco lo hace el optar por el reasentamiento o por la integración local. Los Principios pueden servir de base para continuar abogando a favor de las personas en situaciones prolongadas de desplazamiento, así como para que sus derechos se tengan debidamente en cuenta.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Quién tiene la responsabilidad de garantizar el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio?

El principal responsable de garantizar los derechos que recogen los Principios es el Estado. Sobre todo, cuando es precisamente el Estado el causante del desplazamiento, ya sea por acción o por omisión. Cuando el desplazamiento se produce como consecuencia de la actuación de agentes no estatales, (guerrillas, insurgencia, milicias, empresas privadas, etc.), el Estado del territorio en donde ello hubiera tenido lugar, y en el que los desplazados tengan o hubieran obtenido su nacionalidad u otros derechos, conserva la responsabilidad jurídica de garantizar el derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio. Al mismo tiempo, según el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional, los agentes no-estatales responsables de la comisión de los delitos o de las violaciones de derechos humanos que hubieran causado el desplazamiento forzoso también mantienen su responsabilidad jurídica respecto a sus actos, y deberán rendir cuentas ante las autoridades respectivas. En el caso de gobiernos de transición, donde las Naciones Unidas ostenten el ejercicio efectivo de los poderes del Estado, (como el caso de Camboya, Kósovo, Timor Oriental, etc.), la Administración Transitoria será la principal responsable de aplicar la normativa internacional en materia de derechos humanos, como se estipula en los Principios.

- ◆ ¿Son vinculantes los Principios?

Los Principios no constituyen un tratado ni una ley formal y por tanto no tienen la misma naturaleza legal que este tipo de textos. Ahora bien, los Principios sí tienen capacidad de persuasión ya que se sustentan de manera explícita sobre la normativa internacional, nacional y regional vigente. Los Principios fueron elaborados por expertos juristas de reconocido prestigio en la materia y aprobados por un organismo oficial de derechos humanos de las Naciones Unidas –la Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos– que rinde cuentas a las Naciones Unidas y a sus Estados miembros.

- ◆ ¿Cómo han de entenderse las expresiones “arbitrariamente” e “ilegalmente”?

La normativa relativa a los derechos humanos contiene frecuentes referencias a los términos “arbitrario” e “ilegal” como requisitos para determinar si un acto determinado es o no conforme a una determinada ley. Por lo general, un acto arbitrario es aquél que carece de fundamento legal y no existe norma

alguna que lo justifique. Un acto ilegal es aquél claramente contrario a la normativa vigente, tanto de derecho internacional como nacional. En el caso de que la legislación nacional vigente permitiera a las autoridades llevar a cabo un desalojo forzoso que tuviera como consecuencia un desplazamiento masivo, estaríamos ante una contradicción con la normativa internacional de derechos humanos. Para determinar si un desplazamiento es arbitrario, ilegal, o ambos, es necesario considerar tanto la normativa a nivel nacional y municipal como la normativa internacional que fuera vinculante para el país en cuestión. No obstante, hay que tener en cuenta que mientras que es posible que determinadas leyes se apliquen a veces de manera arbitraria, otras veces la normativa nacional tiene, de por sí, una naturaleza arbitraria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, ha hecho hincapié en repetidas ocasiones en que una ley ha de cumplir con determinados requisitos para que no se la considere arbitraria.

- ◆ ¿Los Principios se aplican únicamente a cuestiones de viviendas y tierras? ¿O el término “patrimonio” se refiere también a bienes mercantiles, como tierras de explotación agrícola?

Si bien el objeto principal de los Principios es la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio de los que los refugiados o personas desplazadas fueran titulares, o respecto de los que hubieran tenido algún tipo de derechos, o donde hubieran residido en el momento de su desplazamiento, también se refieren al derecho de recuperar sus bienes de carácter mercantil tras el retorno, como pueden ser las tierras de explotación agrícola. Este sería fundamentalmente el caso si este tipo de propiedades o tierras hubieran sido adquiridas de manera ilegal o arbitraria durante el desplazamiento de sus legítimos dueños.

- ◆ ¿Cuáles serían algunas de las lecciones aprendidas sobre la manera de resolver los desafíos relativos a la restitución?

Las dos últimas décadas han sido testigo de un esfuerzo creciente, impulsado tanto a nivel nacional como internacional, por lidiar con la complejidad asociada con la restitución de las viviendas y el patrimonio. Entre las principales lecciones aprendidas están:

- ◇ la conveniencia de incorporar directamente los derechos relativos a la restitución en el texto de los acuerdos de paz, así como en las resoluciones del Consejo de Seguridad y en acuerdos de repatriación y de retorno voluntario;
- ◇ el valor añadido que puede obtenerse al dotar al personal de operaciones de paz de competencias en la esfera de la restitución tras los conflictos;

- ✧ la necesidad de planificar de manera pronta, apropiada e integral, el modo de afrontar los temas de restitución, así como de determinar, durante el proceso de planificación, cuál es el marco jurídico y político vigente;
 - ✧ el reconocimiento de que las fuerzas de paz tienen un papel importante que jugar para garantizar del derecho de restitución (por ejemplo, pueden cumplir funciones de orden público, velar por la seguridad del registro de la vivienda y del patrimonio; proteger a funcionarios públicos o al personal humanitario que ejecutan proyectos de restitución; o proteger la propia vida de los refugiados y personas desplazadas);
 - ✧ la certeza de que ignorar las reclamaciones de restitución de los retornados únicamente contribuirá a exacerbar la tensión o violencia existentes, en lugar de mitigarlas;
 - ✧ que la restitución tiene la misma importancia para los que deciden no regresar, (es decir, los que se deciden por el reasentamiento o la integración local, o los que desean voluntariamente recibir una indemnización en lugar del retorno); y
 - ✧ la conciencia cada vez mayor de que la resolución de reclamaciones y disputas relativas a la vivienda y el patrimonio puede contribuir de manera vital a la estabilidad económica y social, así como a los esfuerzos más amplios de reconciliación en el marco de iniciativas de construcción de la paz tras los conflictos.
- ◆ ¿Qué relación hay entre la restitución como recurso legal y la opción libre por una solución duradera al desplazamiento?

Quienes trabajan en el ámbito de la restitución han de distinguir entre recursos legales y soluciones duraderas. Las soluciones duraderas incluyen el retorno, la integración local o el reasentamiento en un tercer lugar. La elección de una u otra solución por parte de la población afectada ha de ser voluntaria y con conocimiento de causa. El rol de los que trabajan en este ámbito, por tanto, es fundamental a la hora de asegurar una elección libre y basada sobre información rigurosa. Como se verá más adelante, los Principios establecen que el derecho a la restitución de la vivienda o el patrimonio no puede verse afectado por la decisión de sus titulares legítimos de no regresar. Por tanto, al contrario de lo que ocurre con el retorno en sí, la elección voluntaria de reasentarse o integrarse localmente, no afecta a la restitución. De hecho, la restitución puede ser muy importante para los que deciden no regresar. Por ejemplo, la venta voluntaria, el intercambio o el arrendamiento de los bienes restituidos pueden constituir una fuente de ingresos importante para ayudar

a que la integración local o el reasentamiento sean sostenibles. La restitución como recurso jurídico es un requisito fundamental para garantizar la sostenibilidad de prácticamente todas las soluciones duraderas posibles, no solo del retorno, ya que a menudo constituye el primer paso hacia la recuperación de una cierta autonomía por parte de aquellos sumidos en la pobreza y la dependencia a raíz del desplazamiento arbitrario de sus hogares.

♦ ¿Qué ocurre con los inmigrantes económicos?

Por lo general, salvo pocas excepciones, las personas que hubieran abandonado sus hogares por motivos exclusivamente económicos y emigrado a un tercer país, sin haberse visto físicamente obligadas a abandonar sus lugares de origen, no están incluidas como grupo protegido bajo los Principios. No obstante, sí pudiera tener cabida la aplicación de los Principios en el caso de que este tipo de movimientos hubiera sido consecuencia de claras violaciones de sus derechos sociales y económicos atribuibles al Estado en cuestión.

Lecturas recomendadas

Para más información sobre el origen y la naturaleza de los Principios:

Informe Definitivo del Relator Especial sobre la Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. (E/CN.4/Sub.2/2005/17 and E/ CN.4/Sub.2/2005/17/Add.1). Este documento contiene el texto oficial de los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, aprobado por la Resolución de la Sub-Comisión 2005/21 de 11 de agosto de 2005.

Informe preliminar del Relator Especial sobre la Restitución de viviendas y de patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos, (E/CN.4/Sub.2/2004/22). Este documento contiene los primeros proyectos de Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, así como el proyecto de comentario adicional sobre los proyectos de principios (E/CN.4/Sub.2/2004/22/Add.1). Ver también la Resolución de la Sub-Comisión 2004/2 de 9 de agosto de 2004.

COHRE, *The Pinheiro Principles – United Nations Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*, Geneva, 2006.

Para más información sobre cuestiones de restitución en general:

Aursnes, I.S. and Foley, C., 'Property Restitution in Practice: The Experience of the Norwegian Refugee Council' in *Returning Home: Housing*

and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons – Volume 2 (Scott Leckie, ed.), Transnational Publishers, chapter 12, 2007.

Barkan, E., *The Guilt of Nations: History and Injustices*, W.W. Norton & Co., New York, 2000.

Van Boven, T., Informe Definitivo: Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. (E/CN.4/Sub.2/1993/8), 1993.

Brooks, R. L. (ed.) *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice*, New York University Press, New York, 1999.

International Council on Human Rights Policy, *Negotiating Justice? Human Rights and Peace Agreements*, ICHRP, Geneva, 2006.

USAID – Office of Conflict Management and Mitigation, *Land and Conflict – A Toolkit for Intervention*, 2004.

Williams, R., 'Post-Conflict Property Restitution and Refugee Return in Bosnia and Herzegovina: Implications for International Standard-Setting and Practice', in *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, no. 3. 441, 2006.

Para más información acerca del desplazamiento a causa de catástrofes naturales o proyectos de desarrollo:

Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, Principios y directrices básicos sobre los desalojos y desplazamientos a consecuencia del desarrollo (E/CN.4/2006/41, adición)

Las recientemente finalizadas Directrices Operacionales sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales, del Representante del Secretario General para los Derechos Humanos de las Personas Desplazadas Internas, y su Manual correspondiente.

Akkus c. Turquía, Solicitud No. 19263/92, Sentencia de 9 de julio 1997. Este caso es de los llamados casos sistémicos, tras el que se han sucedido decenas de otros casos similares ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Muestra las dificultades que implica la restitución de la tierra perdida como consecuencia del desarrollo.

Sección II – Derecho a la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio

Principio 2. Derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio

2.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a que se les restituyan las viviendas, las tierras y el patrimonio de que hayan sido privados arbitraria o ilegalmente o a que se les indemnice por cualquier vivienda, tierra o bien cuya restitución sea considerada de hecho imposible por un tribunal independiente e imparcial.

2.2. Los Estados darán prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación en los casos de desplazamiento y como elemento fundamental de la justicia restitutiva. El derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el regreso de los refugiados y desplazados a quienes les asista ese derecho.

La sección II de los Principios es clave para comprender el concepto de restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio desde la perspectiva internacional de los derechos humanos. El término restitución se refiere a una forma de reparación equitativa (o de justicia restitutiva) por la que aquellos individuos o grupos que hubieran sufrido una pérdida o daño deberían poder volver a la situación anterior a dicha pérdida o daño. Donde quizás se articule de forma más clara el derecho a la reparación por violaciones de derechos humanos es en los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2005), que establece que la “(l)a restitución, en la medida de lo posible, debería devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de las normas internacionales de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, comprende el restablecimiento de la libertad, los derechos, la situación social, la vida familiar y la ciudadanía de la víctima; el retorno a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades”.

Como recurso jurídico ordinario, la restitución tiene una larga historia que se remonta a más de un siglo, mientras que la afirmación específica del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio proviene de resoluciones de Naciones Unidas de la década de los cuarenta. En las últimas décadas, ha ido emergiendo el pleno derecho individual de los refugiados y las personas desplazadas a la restitución de la vivienda y el patrimonio. El Principio 2.1

reconoce este derecho fundamental de todos los refugiados y personas desplazadas a la restitución de sus viviendas, tierras y patrimonio.

La terminología utilizada –vivienda, tierra y patrimonio– es un término compuesto que tiene su origen en las leyes y otros tipos de normas desarrolladas durante las últimas décadas en reconocimiento expreso del derecho a la restitución de los refugiados y las personas desplazadas. Estas normas se inscriben en el marco del derecho internacional vigente así como del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional; innumerables resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General de Naciones Unidas; Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR; Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y de la Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos así como la normativa relacionada con éstas; comentarios generales emitidos por los organismos de los tratados de derechos humanos; acuerdos de paz poniendo fin a conflictos armados; numerosos acuerdos de repatriación concluidos entre el ACNUR y los países de origen; así como la jurisprudencia de gran número de órganos de tratados de derechos humanos, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc. Igualmente, el derecho a la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas ha sido consagrado de manera creciente por la normativa nacional de los diferentes países.

Aunque el Principio 21 también se ocupa de temas relacionados con la indemnización, es en el marco del Principio 2.1 donde surge por primera vez la cuestión de la indemnización, ya sea en combinación con la restitución o en lugar de ella. Si bien tanto los derechos a la restitución como a la indemnización están integrados a lo largo de todo el texto, el Principio 2.2 muestra una clara predilección por la restitución como medio preferente de reparación en el caso de desplazamiento. Se solicita a los estados que den prioridad de manera manifiesta al derecho a la restitución y, por tanto, que no otorguen el mismo valor al derecho a la restitución que al derecho a la indemnización a la hora de buscar soluciones duraderas.

En esencia, los Principios se pronuncian por que no se acuda a soluciones duraderas para el desplazamiento basadas en la indemnización, sin antes haber realizado un verdadero esfuerzo por lograr la restitución de la vivienda, la tierra o el patrimonio tras el retorno y que ésta haya demostrado ser inviable. Ello no sería de aplicación, no obstante, para grupos de refugiados o personas desplazadas que, como partes afectadas, mostraran consciente y voluntariamente, una preferencia clara por una solución duradera basada en la indemnización, sabiendo que con ello podría concluir su proceso de restitución e impedir, por tanto, cualquier tipo de reclamación futura sobre

la restitución de su vivienda o patrimonio. Este sería particularmente el caso de países de acogida de refugiados que intentaran forzar su retorno, a pesar de la clara ausencia de condiciones de dignidad y seguridad necesarias, además de la negativa de los propios refugiados a regresar. También podría ser el caso cuando hubiera pasado mucho tiempo desde el desplazamiento y los desplazados hubieran reconstruido sus vidas en algún otro lugar de manera que ya no desearan reubicarse, incluso si se dieran las condiciones para un retorno seguro.

Los usuarios del Manual han de tener presente que a menudo se hacen ofertas poco honradas a los refugiados o a las personas desplazadas en forma de dinero u otro tipo de compensación para intentar evitar su retorno o restitución, y descartar así de manera encubierta cualquier posibilidad de futura reclamación de restitución. En consecuencia, es importante vigilar muy de cerca este tipo de prácticas, para asegurarse de que no son contrarias a la normativa internacional de derechos humanos reflejada en los Principios, o no se emplean como medida de coacción para que los desplazados regresen de manera prematura o involuntaria.

Por lo tanto, (y sobre todo en casos de desplazamiento arbitrario o ilegal), cualquier tipo de indemnización no podrá considerarse como una alternativa válida a la restitución si el retorno que permitiera la restitución no fuera posible a causa de la resistencia del Estado o de una agrupación política, o por la falta de una voluntad clara por parte de la comunidad internacional de apoyar el derecho a la restitución. Al contrario, dada la primacía que otorgan los Principios al derecho a la restitución, a no ser que las personas desplazadas desearan explícitamente recibir una indemnización en lugar del retorno, ésta solo podría considerarse aceptable en lugar de la recuperación física de los anteriores hogares y tierras si se cumplieran tres condiciones: 1. Si la restitución del derecho a la vivienda, la tierra o el patrimonio fuera de hecho imposible; 2. Si los titulares del derecho a la restitución prefirieran soluciones basadas en la indemnización; y aún cumpliéndose estas condiciones; 3. siempre y cuando ello fuera confirmado por un tribunal independiente e imparcial o un órgano legítimo y competente, sin interés alguno propio en la materia.

Los usuarios del manual han de tener presente que la expresión “de hecho imposible” (o lo que a veces se llama “materialmente imposible”), se refiere en primer lugar al daño físico o a la destrucción de la vivienda, la tierra o el patrimonio, tan frecuente durante los conflictos armados o, en el caso de una catástrofe natural, la desaparición de las tierras (como resultado de un deslizamiento de tierras, por ejemplo). La expresión no se refiere a la existencia de obstáculos políticos o relacionados que impidieran la restitución

de las viviendas, tierras o bienes mediante su recuperación por sus propietarios reales. Sin embargo, sí puede utilizarse para situaciones en las que una determinada parcela de tierra se hubiera utilizado durante la ausencia de los refugiados o desplazados de tal manera que ahora constituyera un bien público o que reportara un beneficio económico considerable a la zona en cuestión. En tales circunstancias, en las que perjuicio social que resultara de la ejecución de un derecho de restitución individual fuera desproporcionado, (como pudiera ser por ejemplo la demolición de una fábrica de 200 empleados para dar efecto a una reclamación de restitución), podría darse un caso de imposibilidad material, y por tanto habría que considerar otro tipo de soluciones.

A la vez, es importante hacer hincapié en que la solución posiblemente más duradera para refugiados y personas desplazadas sea una combinación de ambas modalidades; es decir, la restitución (de la vivienda y tierra original) y la indemnización (que permita la reconstrucción de vivienda destruida o dañada). En otras situaciones, la mejor forma, y la preferida, para resolver reclamaciones pendientes de restitución, es la simple indemnización (tanto en especie como en efectivo), siempre y cuando se cumpla plenamente con los criterios arriba mencionados.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 2

Durante la elaboración de programas de repatriación o retorno voluntarios—Quiénes participen en la redacción de documentos relacionados con propuestas de retorno de los refugiados o personas desplazadas a sus hogares o a sus tierras deben plantear los conceptos sobre los que se basa el Principio 2, de manera que garanticen el reconocimiento específico del derecho de los retornados a la restitución. Durante las negociaciones con los Estados (y con otras agencias) sobre este tipo de cuestiones es importante que se apueste claramente por el principio de restitución como la opción preferente (y, de nuevo, sin que tenga que ir ligada al retorno como solución duradera). Cada vez resulta más difícil justificar una repatriación voluntaria sin las disposiciones específicas que garanticen los aspectos del retorno relacionados con la restitución de la vivienda o el patrimonio ya que lo más probable es que acuerdos de este tipo aporten únicamente soluciones parciales e incompletas al desplazamiento.

Si las autoridades se mostraran reticentes a la restitución— Los usuarios del Manual que se encuentren frente a autoridades reticentes a reconocer el derecho de los refugiados y personas desplazadas a regresar a sus antiguos hogares, pueden encontrar útil la referencia al Principio 2 así como la normativa que lo sustenta. La referencia a la normativa vigente de derecho nacional,

regional e internacional puede dar fuerza a los argumentos que insten a las autoridades al reconocimiento de los derechos de restitución. Por ejemplo, en el caso de Bosnia–Herzegovina, así como en otros muchos casos, la insistencia de la comunidad internacional en el principio de restitución fue determinante en el cambio de opinión del gobierno, inicialmente muy resistente, opuesta a cualquier tipo de retorno de minorías que de alguna forma deshiciera lo logrado a través de años de “limpieza étnica”.

Para asistir a los Estados en la redacción de legislación sobre cuestiones de restitución – Cada vez son más los Estados que han adoptado o que empiezan a adoptar iniciativas legislativas sobre el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio. Durante la última década, la República de Georgia, Albania, Bosnia–Herzegovina y otros muchos países han tomado parte en procesos de este tipo. La redacción de propuestas legislativas constituye una buena ocasión para dar a conocer los Principios a los involucrados, así como para exhortarlos a utilizar los Principios como fundamento de las leyes que pudieran resultar de tales procesos.

Cuando se discute la posibilidad de ofrecer una indemnización en lugar de la restitución – A pesar de que son raras las ocasiones en las que los Estados presentan propuestas de reparación justas, satisfactorias y realistas, sobre todo en el caso de Estados reticentes a aceptar la realización del derecho de los refugiados y desplazados a la restitución, si ello ocurriera, es importante asegurarse de la plena observancia de las disposiciones del Principio 2. A veces puede ser posible que la indemnización sea preferible a la restitución, pero en ese caso las comunidades de refugiados o desplazados han de haber expresado su clara preferencia por este tipo de solución, y por otra parte, es necesario que, en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, en su Borrador de Artículos sobre la Responsabilidad Estatal, otra solución basada en el retorno, “constituyera una carga claramente desproporcionada en comparación con el beneficio que resultara de la reparación”. Ante todo, hay que cerciorarse de que dichas normas no se utilizan para impedir el retorno legítimo ni el ejercicio del derecho de los refugiados y las personas desplazadas a la restitución de la tierra y el patrimonio.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Cuánto dura la vigencia del derecho de los refugiados y desplazados a la restitución?

Esta es una de las preguntas más frecuentes en el ámbito de la restitución. Se refiere al caso de poblaciones refugiadas y desplazadas que han pasado mu-

chos años, a menudo décadas, desplazadas físicamente de sus propios hogares. A pesar de que no hay un número de años universalmente reconocido durante el que las reclamaciones de restitución mantengan su vigencia, hay que hacer varias puntualizaciones. En primer lugar, el Principio 2.2 afirma claramente que el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio es independiente de que sus titulares regresen o no. En la práctica hay que distinguir entre los recursos disponibles y las soluciones duraderas; el derecho a la restitución existe independientemente de que se opte voluntariamente por el reasentamiento o la integración local, al contrario de lo que ocurre con el retorno, y no se extingue por la mera imposibilidad física de un refugiado o desplazado de hacerlo valer. En segundo lugar, la experiencia mundial en el ámbito de la restitución muestra que los plazos para hacer efectiva la restitución pueden variar enormemente de un lugar a otro. En Suráfrica, podía presentarse una reclamación de restitución por cualquier enajenación discriminatoria de tierras que se hubiera efectuado entre 1913 y el final del apartheid a finales de los noventa. Una serie de resoluciones de las Naciones Unidas que se remontan a 1948 otorgan a los refugiados palestinos el derecho a la restitución de sus viviendas y patrimonio. Por otra parte, tras la caída de los gobiernos comunistas en Europa del Este a finales de los ochenta y principios de los noventa, se concedió el derecho a la restitución a muchos de los que habían perdido sus propiedades en la región desde 1945 en adelante. En cambio, las reclamaciones de restitución de viviendas y patrimonio tras el genocidio de Ruanda de 1994, únicamente se consideraban válidas siempre y cuando sus titulares hubieran permanecido desplazados menos de diez años. Del mismo modo, la República Checa restringió la validez de las reclamaciones de restitución a los actos de expropiación acaecidos después de 1948, lo que hizo que numerosos desplazados de la Segunda Guerra Mundial quedaran excluidos del ejercicio del derecho a la restitución. En tercer lugar, hay que señalar que los Estados no pueden aplicar plazos arbitrarios para las reclamaciones pendientes de restitución. El derecho a la restitución y otras reclamaciones relativas a la vivienda, la tierra o el patrimonio se extinguen a raíz de restricciones irrazonables, desproporcionadas o injustas que puedan imponerse en el proceso de restitución.

◆ ¿La restitución implica necesariamente la recuperación del propio hogar?

Si bien el retorno y la recuperación del hogar deberían constituir el objetivo fundamental de cualquier proceso de restitución, en la práctica, la restitución puede adoptar diferentes modalidades dependiendo de la situación local. El procedimiento de restitución puede consistir en una combinación entre el retorno y la venta asistida de propiedades a las que los refugiados no quisieran retornar, pero sobre las que continuaran teniendo algún tipo de

derechos y respecto de las cuales se recibiera la forma y cantidad adecuadas de indemnización. La restitución puede tener lugar de muy diversas maneras; lo importante es que, como estipulan los Principios: 1. Los refugiados y desplazados han de tener un derecho preferente a la restitución de vivienda y patrimonio como recurso legal; 2. cualquier desviación de este principio general ha de ser de carácter excepcional y estar plenamente justificada en la ley vigente y; 3. todos los refugiados y las personas desplazadas han de tener la posibilidad de obtener soluciones duraderas de acuerdo con sus derechos.

♦ ¿La restitución y la indemnización son mutuamente excluyentes?

No. Si bien tras el desplazamiento, la solución preferida es la restitución asociada al retorno, en algunos casos la combinación de indemnización y restitución puede resultar más acertada. Al mismo tiempo, es importante reiterar que hay que tener cuidado de que la indemnización no se considere una simple alternativa a la restitución en el caso de Estados reticentes al retorno de los refugiados o las personas desplazadas. Por ejemplo, en el caso de los acuerdos de paz que pusieron fin a la guerra de Bosnia–Herzegovina, a pesar de que contemplaban tanto el derecho de restitución como el de indemnización, la comunidad internacional decidió centrarse exclusivamente en la restitución y el retorno y no utilizó el mecanismo de los acuerdos de Dayton que preveía un fondo de compensación para los bienes destruidos. La opción del fondo de compensación no se utilizó por el temor de los donantes de que la indemnización a las víctimas contribuyera a consolidar la limpieza étnica. En cambio, en el caso de los procedimientos de la Comisión Iraquí de Reclamación de la Propiedad, creada para solventar la confiscación y usurpación de tierras, viviendas y patrimonio durante el régimen baatista de Saddam Hussein, los solicitantes podían elegir entre la restitución o una indemnización. En el caso de que las víctimas optaran por ésta, su valor había de ser equiparable al de la anterior vivienda, tierra o patrimonio en el momento de la reclamación. La ley además designa al Estado Iraquí como el responsable del pago de la reparación.

♦ ¿La integración local de los refugiados o desplazados internos extingue las reclamaciones de restitución?

No. Algunos defienden que una vez que los refugiados o las personas desplazadas se han integrado a nivel local, (es decir, cuando encuentran claramente una solución duradera en la zona de desplazamiento), las reclamaciones pendientes de restitución de sus viviendas o tierras pierden toda validez. Esta perspectiva es incorrecta y desafortunadamente confunde el concepto de solución duradera y el de recurso legal disponible. Como se decía más arriba, las reclamaciones de restitución no se extinguen con facilidad y, para

que ello ocurra, ha de mediar un procedimiento judicial o similar, es decir, se tienen que invocar los derechos respectivos, presentarse las reclamaciones y por último, un órgano independiente habrá de pronunciarse al respecto. Por tanto, si el desplazamiento se hubiera producido de manera arbitraria o ilegal, o ambas, y el refugiado optara voluntariamente por la integración local, ello no implicaría que no siguiera siendo titular del derecho de restitución respecto de su vivienda y tierras originales. Ante todo, hay que tener cuidado de que los Estados no intenten evitar la integración local de los refugiados y de las personas desplazadas que deseen integrarse localmente, sobre la base de un hipotético derecho al retorno, cuya realización, de hecho, esté siendo impedida por el Estado mismo que causó el desplazamiento.

- ◆ ¿Qué relación hay entre el derecho consuetudinario (tradicional) y la restitución?

Teniendo en cuenta que gran parte de los desafíos de la comunidad internacional en relación con la restitución a gran escala se dan en África, sobre todo en Sudán y en los países de la región de los Grandes Lagos, hay que estudiar el papel que juegan las normas de derecho consuetudinario, tradicional o de naturaleza informal en los procesos de restitución. Tomando el ejemplo de Sudán, mientras que en el Norte (Darfur incluido) hay un marco de legislación vigente sobre la tierra, el Sur se rige por acuerdos de carácter consuetudinario. No va a ser fácil reconciliar las diferencias entre ambos sistemas e incorporar los elementos (coherentes con los derechos humanos) del sistema tradicional de tierras vigente en el Sur, con las disposiciones formales del Norte –establecidas en el contexto de los acuerdos de paz entre las partes y enmarcadas en la Constitución– reto al que se tendrán que enfrentar los que trabajen en el terreno en el marco de las iniciativas de restitución ligadas al desarrollo de los acuerdos de paz. A menudo, los sistemas tradicionales de derecho consuetudinario sobre la tierra son equitativos, ampliamente aceptados y su administración es mucho más simple y económica que en el caso de los sistemas formales, basados en títulos de propiedad. Los que trabajen en el ámbito de la restitución habrán de contribuir con frecuencia a un proceso de reafirmación de los derechos relativos a la vivienda, la tierra o el patrimonio previamente establecidos bajo el derecho consuetudinario.

Lecturas recomendadas

Para más información sobre el derecho de restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio, consultar los siguientes documentos:

Bagshaw, S., 'Property Restitution and the Development of a Normative Framework for the Internally Displaced', in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 19, no. 3, Oxford Univ. Press, Oxford, 2000.

COHRE, *Sources No. 7: Legal Resources on Housing and Property Restitution for Refugees and IDPs*, Geneva, 2001.

Leckie, S., *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons – Volume 2* (editor), Transnational Publishers, 2006.

Returning Home: Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons – Volume 1 (editor), Transnational Publishers, 2003.

Zweig, R.W., 'Restitution of Property and Refugee Rehabilitation: Two Case Studies', in *Journal of Refugee Studies*, Vol. 6, No. 1/4, pp. 56–64, Oxford Univ. Press, Oxford, 1993.

Sección III – Principios Generales

La Sección III de los Principios articula varios de los principios generales sobre los que se sustenta el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio. Los usuarios del Manual han de verificar la aplicación de los derechos que reafirman los Principios 3 a 9 a través de todas las etapas del proceso de restitución, y han de referirse a los mismos en caso de que el ejercicio efectivo del derecho a la restitución de la vivienda y del patrimonio se vea amenazado. Durante las primeras etapas del proceso de restitución, es decir, mientras se negocia el derecho a la restitución así como los procedimientos y las instituciones respectivas, hay que garantizar que los derechos recogidos en los Principios se tengan en cuenta, de manera que se reflejen en los acuerdos y en los marcos jurídicos e institucionales que puedan surgir. Igualmente, al aplicar los Principios, hay que cerciorarse de que estos derechos impregnen todos los aspectos del proceso de restitución de viviendas y de patrimonio. Ello es especialmente importante en el caso de los principios 10 al 22.

Principio 3. El derecho a la no discriminación

3.1. Toda persona tiene derecho a que se la proteja de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, discapacidad, nacimiento o cualquier otra condición social.

3.2. Los Estados velarán por que la discriminación de facto y de jure por los motivos mencionados esté prohibida y por que todas las personas, incluidos los refugiados y desplazados, sean consideradas iguales ante la ley.

El Principio 3 comienza con el reconocimiento del derecho a la no discriminación y el derecho de los refugiados y las personas desplazadas a recibir igual trato, tanto de jure (legalmente) como de facto (en la práctica). Obviamente, en el contexto concreto de la restitución este derecho tiene una especial importancia dado que muchas situaciones de desplazamiento tienen su causa en la discriminación intencionada de determinados grupos, especialmente las minorías raciales, étnicas, nacionales y religiosas. Cuando es evidente que la naturaleza del desplazamiento obedece a razones discriminatorias, como es el caso de la expulsión premeditada de grupos étnicos, raciales o de otro tipo de sus hogares, estos actos prohibidos tendrán el efecto de reforzar la futura reclamación de restitución de los que se hubieran visto desplazados por tal causa.

En el marco de los programas de restitución, la defensa del derecho a la no discriminación es vital para alcanzar soluciones duraderas para el desplazamiento así como para garantizar que los grupos más marginales y las personas más vulnerables puedan hacer valer por igual sus derechos a la restitución de la vivienda y el patrimonio. Los Principios reconocen que no se puede discriminar a los refugiados y las personas desplazadas a causa de su condición de desarraigo, y que se les debe garantizar igual protección ante la ley. El principio de no discriminación ha de ser aplicado con todo el rigor necesario para que no haya discriminación o trato desigual alguno que impida el ejercicio del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio a sus titulares.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 3

Para el análisis de las causas de desplazamiento – dado el reconocimiento universal de la normativa de derecho internacional relativa a la no discriminación, cada vez es menos frecuente encontrar articulaciones explícitas de disposiciones discriminatorias en la legislación nacional. No obstante, sigue habiendo en varios países leyes discriminatorias que menoscaban el derecho a la restitución y en muchos lugares se siguen aplicando leyes aparentemente neutrales con efecto discriminatorio. Al revisar tanto las causas del desplazamiento como los poderes públicos o privados tras el mismo, hay que tratar de identificar cualquier tipo de tendencia o patrón que indique que el desplazamiento pudo haber sido consecuencia de algún tipo de discriminación.

En este sentido, habrá que prestar particular atención a las motivaciones de índole étnica o similar que puedan estar obstruyendo la aplicación de la ley de restitución de la vivienda o el patrimonio. Por ejemplo, en un país pueden existir leyes de restitución pero en la práctica se puede favorecer claramente los derechos de un grupo étnico sobre los de otro. Así ocurría en la República Srpska, la Federación Bosnia–Herzegovina, Croacia, Georgia y en otros lugares en los que razones étnicas y de otra índole guiaban claramente el contenido y el grado de aplicación de la ley pertinente. Los plazos para la interposición de recursos de restitución también pueden resultar discriminatorios, beneficiando indirecta, pero intencionadamente, a determinados grupos en detrimento de otros.

En otros casos, surgen instancias de discriminación cuando el criterio de admisión de reclamaciones de restitución se restringe a los actuales ciudadanos o residentes de un país concreto. Este fue el caso de varios países ex–comunistas, aunque en la mayoría de los casos estas leyes han sido modificadas y actualmente prevén un trato igualitario tanto a ciudadanos como a los que no lo son, y a residentes y no residentes, en lo referente al derecho a la restitución. Como se mencionaba más arriba, en algunos casos, como en Ruanda, se denegaba el derecho a la restitución de la vivienda y la tierra originales a todo el que hubiera huido del país más de diez años antes de hacer valer sus derechos; una política que podría generar discriminación. En cambio, el Tribunal Supremo de Croacia declaró la inconstitucionalidad de toda ley que pretendiera revocar el derecho a la posesión de propiedad privada a aquellos que no hubieran vivido en sus propiedades durante más de diez años. En otros casos, se ha restringido la interposición de recursos de restitución al momento de la expropiación, discriminando en la práctica a otras víctimas que pudieran también haber sufrido pérdidas durante periodos diferentes (normalmente anteriores). Si los usuarios del Manual identificaran alguno de estos tipos de discriminación, con independencia de que fuera o no intencionada, han de llamar la atención de las autoridades y proponer al mismo tiempo las medidas pertinentes para su reparación.

En caso de desigualdades en la ejecución de programas de restitución – los usuarios del Manual deberán asegurarse también de que las medidas previstas en los programas de restitución no se apliquen de manera discriminatoria. En algunos países, por ejemplo, sólo se reconoce el derecho a la restitución o al retorno a determinados grupos étnicos o religiosos en detrimento de otros. En Croacia, los croatas que huyeron de sus hogares durante el conflicto en los años noventa tenían, de hecho, muchas más posibilidades de ejercer su derecho a la restitución que los serbios que se encontraban en la misma situación. Estas restricciones, sobre todo tratándose de un país

con amplios recursos para viviendas sociales, entorpecieron en gran medida los esfuerzos de restitución. En Sri Lanka, las comunidades musulmanas de desplazados continúan enfrentándose a dificultades desproporcionadas para hacer valer su derecho a la restitución de sus viviendas y propiedades. En este tipo de casos, los Principios pueden servir de marco normativo independiente para promover la aplicación no discriminatoria de las leyes de restitución.

Para la interposición de recursos y la ejecución de decisiones de restitución – También pueden encontrarse situaciones de discriminación durante los procesos de restitución en sí, en los que, a la hora de interponer sus recursos, determinados grupos pueden encontrar obstáculos injustificados, como el idioma, la educación, etc., al igual que durante la ejecución de las decisiones de restitución en casos en los que sólo los miembros de un grupo étnico determinado logran implementar sus recursos mientras que otros no lo consiguen por factores discriminatorios. A veces, la imposición arbitraria de plazos para la interposición de recursos de restitución pretende favorecer a un determinado grupo por encima de otro. De nuevo, los Principios pueden ser de gran utilidad para promover la justicia en este tipo de procesos.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué puede hacer la comunidad internacional para evitar la discriminación en el ámbito de la restitución?

En varias ocasiones, la comunidad internacional ha jugado un papel fundamental para la revocación de leyes discriminatorias que se estaban utilizando para evitar la aplicación de decisiones de restitución a favor de los retornados. Este fue el caso especialmente en Bosnia–Herzegovina y en Kosovo donde, gracias a la intervención de la comunidad internacional, se revocaron una serie de leyes promulgadas antes y durante el conflicto. Tras los Acuerdos de Dayton, la República Srpska (RS) promulgó en 1996 una Ley sobre el uso de propiedades abandonadas que condicionaba la recuperación de la propiedad a la reciprocidad en la Federación e impedía que los titulares de derechos de ocupación de viviendas sociales hicieran valer dichos derechos, en el caso de que no hubieran utilizado efectivamente estas viviendas. Estas disposiciones se utilizaron casi exclusivamente en contra de los no serbios que se habían visto desplazados del territorio controlado por la RS durante el conflicto. La presión que ejercieron la Oficina del Alto Representante (OHR por sus siglas en inglés), el ACNUR y otros condujo a la revocación de esta y otras leyes discriminatorias. En este caso, dicha ley fue sustituida por la Ley sobre el cese de aplicación de la ley del uso de propiedades aban-

donadas, que otorgaba a los propietarios, los poseedores y los usuarios el derecho de recuperar la propiedad inmobiliaria así como todos los derechos de que fueran titulares antes del 30 de abril de 1991 o antes del abandono de la propiedad. En el vecino Kósovo, el Reglamento 1999/10 de UNMIK sobre la revocación de legislación discriminatoria en relación con la vivienda y los derechos de propiedad condujo a la revocación de varias leyes sobre viviendas y propiedades que se habían estado utilizando para discriminar a la población albanesa.

♦ ¿Alguna vez llegan estos temas a los órganos judiciales?

Sí, cada vez más. Por ejemplo el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha afirmado en varias ocasiones que la denegación del derecho a la restitución o a la indemnización a los titulares de reclamaciones de patrimonio es contraria a las disposiciones relativas a la igualdad y la no discriminación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Dos de los casos más interesantes en este ámbito, que los lectores de este Manual quizás deseen consultar, son *Simunek c. República Checa* (1995) y *Adam c. República Checa* (1996). En Kósovo, la Comisión de Reclamaciones de Vivienda y Patrimonio se refirió con frecuencia a la existencia de discriminación para fundamentar varias de sus decisiones reafirmando el derecho a la restitución por parte de personas que sufrían discriminación. Los tribunales colombianos también han desarrollado una activa jurisprudencia en apoyo al derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio de la numerosa población desplazada en ese país.

♦ ¿Se puede garantizar el derecho a la restitución de personas que no tienen domicilio fijo?

Aunque el Principio 3 no se refiere específicamente a las comunidades tradicionales, sobre todo los pueblos indígenas y los nómadas, hay que garantizar su derecho a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio en igualdad de condiciones que los demás grupos, sin discriminación alguna. A pesar de que los pueblos indígenas y los grupos nómadas no tengan domicilio fijo o derechos de propiedad legal o formalmente reconocidos sobre la tierra que usan u ocupan habitualmente, es importante que se reconozcan plenamente sus derechos. Ello es particularmente importante por lo que se refiere al derecho de uso de pastos y tierra agrícola o ganadera en los países y áreas de retorno.

♦ ¿Cómo se puede evitar la discriminación a través del derecho consuetudinario?

De muchas maneras. Por ejemplo, en Burundi los consejos locales de ancianos, o *Bashingatahe*, eran los encargados de resolver (a través de la mediación o el arbitraje) las disputas sobre la tenencia de la tierra. Hasta hace

muy poco, según la constitución, todas las reclamaciones civiles habían de someterse a los consejos locales antes de su consideración por los tribunales. Cuando controversias de este tipo llegan a los tribunales, éstos suelen confirmar la decisión de los Bashingatahe a pesar de estar basadas en el derecho consuetudinario. Sin embargo, recientemente, y en gran parte a causa de los muchos años de conflicto, los Bashingatahe se han politizados considerablemente y cada vez se les considera más parciales y menos democráticos, particularmente en lo que se refiere a la exclusión de la mujer. En consecuencia, la Constitución ha abandonado la referencia a los Bashingatahe (aunque de acuerdo con la nueva legislación comunal, todavía puede acudirse a ellos si las partes así lo acuerdan, si bien ya no existe la obligación de hacerlo). A causa de la complejidad del sistema legal burundés, en el que se entremezclan el derecho consuetudinario y la ley escrita sin que logre siempre resolver las controversias existentes de manera clara y razonable, la mediación es actualmente la modalidad preferida para la resolución de conflictos de tierras, incluso los que surgen por motivos de discriminación.

Lecturas recomendadas

Bosnia–Herzegovina Ley sobre el cese de aplicación de la ley del uso de propiedades abandonadas, 1996.

Feldman, S., (ed.) *Discrimination and Human Rights: The Case of Racism*, Oxford University Press, 2001.

UNMIK, Misión de las Naciones Unidas en Kosovo, Reglamento 2000/60 de reclamaciones de bienes residenciales y l Reglas de Procedimiento y Prueba de la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio y de la Comisión de Reclamaciones de la Vivienda y el Patrimonio, 2000.

Principio 4. El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres

4.1. Los Estados garantizarán a hombres y mujeres, incluidos los niños y las niñas, la igualdad en el goce del derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. Los Estados les garantizarán también la igualdad en el goce, entre otros, de los derechos al regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad; a la seguridad jurídica de la tenencia; a la propiedad del patrimonio; a la sucesión; y al uso y control de las viviendas, las tierras y el patrimonio, y al correspondiente acceso.

4.2. Los Estados deben garantizar que en los programas, las políticas y las prácticas de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio se reco-

nozcan los derechos de titularidad conjunta de ambas cabezas de familia –hombre y mujer– como un componente explícito del proceso de restitución, y que en dichos programas, políticas y prácticas se incorpore una perspectiva de género.

4.3. Los Estados velarán por que en los programas, las políticas y las prácticas de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio las mujeres y las niñas no resulten desfavorecidas. Los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar la igualdad de género a este respecto.

La igualdad de género se refiere a la igualdad de mujeres, hombres, niñas y niños en relación con el goce de derechos, así como el disfrute de bienes valorados socialmente y otras oportunidades, recursos y recompensas. La igualdad no implica que los hombres y las mujeres sean iguales, sino que el disfrute de sus derechos, oportunidades y posibilidades vitales no está regido ni limitado por el hecho de que hayan nacido con uno u otro sexo. La igualdad de derechos goza de un amplio reconocimiento nacional e internacional y su interpretación ha requerido sistemáticamente que se tomen medidas positivas para eliminar los efectos de la discriminación de hecho o de derecho por razones de sexo.

En consecuencia, el Principio 4 exige no solo la no discriminación en el marco de la legislación y los procedimientos relativos a la restitución de las viviendas y propiedades, sino que además exige que estos garanticen la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y entre niños y niñas. El Principio 4 señala varias esferas en las que se ha de garantizar dicha igualdad.

Entre ellas están el retorno voluntario en condiciones de igualdad y dignidad; la seguridad jurídica de la tenencia; la propiedad del patrimonio; la sucesión; y el uso y control de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como el correspondiente acceso a las mismas. Estas son áreas en las que las mujeres y las niñas tradicionalmente han venido sufriendo desventajas. Este Principio también utiliza el lenguaje “garantizarán a hombres y mujeres, incluidos los niños y las niñas, la igualdad”, que hace hincapié en la aplicación de derechos a niños y niñas por igual, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

El Principio 4.2. también reconoce explícitamente que los Estados han de asegurarse que los programas, políticas y prácticas de restitución de viviendas, tierras y propiedades reconozcan el derecho a la titularidad conjunta por parte de ambas cabezas de familia – hombre y mujer. Esta disposición pretende combatir la discriminación sexual que pudiera darse en caso de que únicamente se reconocieran a los “cabeza de familia” varones como titulares de derechos o si se les otorgara el título formal de la vivienda u otros

derechos de propiedad, dejando a las mujeres sin el control jurídico de lo que también debería ser considerado como su propiedad. Este prejuicio se hace más visible aún en aquellos casos en que únicamente se reconoce a las mujeres como “cabezas de familia” si están solteras o, en general, si no viven con un hombre. Para evitar esto, los Principios requieren el reconocimiento del derecho a la titularidad compartida por parte de las familias. De esta forma, los programas de restitución han de perseguir una estrategia de género, sobre todo en aquellos casos en que el sistema de propiedad en cuestión discrimine a la mujer, ya sea de hecho o de derecho, en relación con el ejercicio de su derecho a la propiedad. Ello se puede garantizar otorgando los mismos derechos a las mujeres, o la titularidad compartida de la propiedad, cuando los organismos judiciales pertinentes han de resolver sobre recursos de restitución.

El Principio 4.3 reconoce la necesidad de adoptar medidas positivas para asegurar que los programas de restitución estén basados sobre la igualdad de trato. Tales medidas pueden incluir el diseño de programas especiales para ayudar a mujeres y niñas a interponer recursos de restitución; cursos de capacitación en temas de género para funcionarios encargados de cuestiones de restitución; medidas para favorecer el acceso de las organizaciones o redes de mujeres a programas de restitución; y la dotación de los recursos necesarios a los hogares encabezados por mujeres solas para que puedan ejercer también su derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 4

Para el desarrollo de programas y procedimientos de restitución con enfoque de género – El Principio 4 puede servir de base para que los programas y procedimientos relativos a la restitución hagan un mayor hincapié en las cuestiones de género y garanticen la igualdad de trato de hombres y mujeres, así como que las mujeres puedan beneficiarse de medidas especiales para alcanzar una igualdad sustantiva y procesal. En la práctica, ello requiere el apoyo para la adopción de medidas especiales para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, incluidos los medios que garanticen un igual trato a mujeres y hombres respecto a todos los aspectos del proceso de restitución, incluido el reconocimiento consiguiente de la titularidad compartida y en igualdad de condiciones del derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio que hubiera sido confirmado durante el proceso de restitución.

Para verificar el disfrute del derecho a la restitución de la vivienda y la propiedad por parte de las mujeres – cualquier iniciativa para verificar el ejercicio del derecho a la restitución de la vivienda y la propiedad por parte de

las mujeres ha de incluir los casos de violencia sexual o de género a manos de agentes no estatales, especialmente si ello pudiera calificarse como “persecución” bajo el derecho de refugiados o si violara, de alguna otra manera, el derecho de las mujeres a regresar a sus hogares en condiciones de “seguridad e igualdad”. Muchas mujeres no pueden regresar a sus hogares por temor a ser torturadas o sometidas a otras formas de violencia por parte de agentes no estatales.

En países donde se produzcan desigualdades en el reconocimiento de derechos de sucesión – los lectores del Manual que trabajan en países que no reconocen el derecho a la sucesión de las mujeres en igualdad de condiciones que el de los hombres, han de difundir los Principios y llevar a cabo actividades de formación para promover su aplicación. Igualmente, han de hacer valer los Principios como estándares normativos imparciales sustentados en las normas de derechos humanos, así como llevar a cabo iniciativas a favor de la igualdad de derechos de sucesión.

Preguntas frecuentes

◆ ¿Qué consecuencias tienen los regímenes de sucesión discriminatorios?

Aunque los derechos de sucesión son siempre importantes, en los procesos de restitución tras los conflictos armados lo son aún más. Después de los conflictos, lo normal es que las viudas regresen a sus hogares y los encuentren ocupados por los familiares de sus maridos difuntos, ya sean hermanos, tíos, primos, etc., que reclamen el derecho sobre la propiedad en cuestión sobre la base del régimen de sucesión vigente. Este tipo de prácticas afecta gravemente a las mujeres, que se pueden ver desprovistas de su hogar y su tierra, con una gran inseguridad de alimentación y alojamiento y expuestas a la violencia y al aislamiento social. Todavía hay docenas de países que mantienen una legislación tanto formal como consuetudinaria así como prácticas discriminatorias contra las mujeres respecto al ejercicio del derecho de sucesión. Es importante que los usuarios del Manual sean conscientes de los efectos del régimen de sucesión vigente en las zonas en las que se desarrollan programas de restitución. Los Principios pueden servir de guía práctica para promover que se adopte una perspectiva de derechos humanos con relación a la sucesión.

◆ En qué ramas del derecho se pueden encontrar disposiciones discriminatorias relativas a la sucesión?

Si bien lo más normal es que los aspectos injustos de los regímenes de sucesión se manifiesten al no poder hacer valer las viudas su derecho a la

restitución de sus hogares o parcelas, las leyes formales o consuetudinarias que regulan estas prácticas pueden variar mucho de un país a otro. Desde la perspectiva de las diferentes ramas del derecho, se pueden encontrar disposiciones discriminatorias en el derecho matrimonial, de sucesiones, códigos de familia, legislación sobre personalidad jurídica, códigos civiles, legislación sobre testamentos y legados, formas consuetudinarias de matrimonio, etc. Los usuarios del Manual habrán de familiarizarse con estas y otras ramas del derecho en los países donde trabajen para determinar el alcance de la desigualdad que pueda emanar de diferentes disposiciones sobre derechos de sucesión.

- ◆ ¿Cuántos regímenes injustos de sucesión se han llegado a transformar en sistemas más igualitarios?

Hay una creciente conciencia global sobre los problemas que originan los regímenes injustos de sucesión y se han podido ver cambios en una serie de países. En el contexto de la restitución tras un conflicto armado, un buen ejemplo es Ruanda, donde varios años después del genocidio de 1994, que dejó a miles de viudas sin la posibilidad de recuperar sus casas y tierras, se adoptó una nueva legislación sobre herencias y sucesiones. Aunque la aplicación de la nueva legislación ha sido más lenta de lo que muchos esperaban, supuso un cambio substancial al reconocer la igualdad de los niños y las niñas con relación a su derecho de sucesión, abriendo paso a la elección de régimen de propiedad en el matrimonio y permitiendo que las mujeres heredasen el patrimonio de sus difuntos maridos. Pasará mucho tiempo hasta que estos cambios se materialicen en la práctica, pero es importante subrayar que los cambios más importantes ya han tenido lugar y que, en gran medida, se dieron gracias al esfuerzo conjunto de las organizaciones locales de mujeres, la comunidad internacional y, por último, los legisladores del país.

Lecturas recomendadas

COHRE, *Bringing Equality Home: Promoting and Protecting the Inheritance Rights of Women, A Survey of Law and Practice in Sub-Saharan Africa*, COHRE, Geneva, 2004.

Resolución 2005/25 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la igualdad de las mujeres en materia de propiedad, acceso y control de la tierra y la igualdad de derechos a la propiedad y a una vivienda adecuada, 2005.

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 28 sobre la Igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 29 de marzo de 2000.

Oficina del Asesor Especial del Secretario General sobre cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer – Visión General, 2002.

Office for the Coordination of Humanitarian Affairs OCHA Tool Kit – Tools to support implementation of OCHA’s policy on gender equality, August 2005.

Resolución del Consejo de Seguridad 1325 sobre la mujer y la paz y la seguridad, 2000.

Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, “La mujer y la vivienda adecuada”. (E/CN.4/2006/118), febrero 2006.

Women’s Commission for Refugee Women and Children, Displaced Women and Girls at Risk: Risk Factors, Protection Solutions and Resource Tools, (February 2006).

Principio 5. El derecho a la protección contra el desplazamiento

5.1. *Toda persona tiene derecho a que se la proteja de ser desplazada arbitrariamente de su hogar, de sus tierras o de su lugar de residencia habitual.*

5.2. *Los Estados deben incluir en su legislación protecciones contra el desplazamiento que se ajusten a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho humanitario, y de las normas conexas, así como ampliar el alcance de dichas protecciones a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción legal o bajo su control efectivo.*

5.3. *Los Estados prohibirán el desalojo forzoso, la demolición de viviendas, la destrucción de zonas agrícolas y la confiscación o expropiación arbitraria de tierras como medida punitiva o como medio o estrategia de guerra.*

5.4. *Los Estados adoptarán medidas para garantizar que nadie sea sometido al desplazamiento por agentes estatales o no estatales. Los Estados velarán asimismo por que los individuos, las empresas y demás entidades que se encuentren dentro de su jurisdicción legal o bajo su control efectivo se abstengan de realizar desplazamientos o de participar en ellos de algún otro modo.*

Si bien varios derechos son relevantes durante todas las fases del desplazamiento, de algunos se desprenden garantías especialmente significativas para evitar el desplazamiento en sí. Aunque este Manual se centra sobre todo en buscar remedios (como la restitución) para aquellas personas que se han visto desplazadas arbitrariamente, es importante hacer un esfuerzo para prevenir y evitar el desplazamiento, incluido el que proviene de desalojos

forzosos. Ello está en línea con el espíritu y la letra de varios instrumentos y directrices internacionales, tales como los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, cuyo Principio Rector 5 señala que “Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas. “

El Principio 5, tras instar en su párrafo segundo a los Estados a que adopten medidas en su legislación nacional para la protección y la prevención contra el desplazamiento, en su tercer párrafo se refiere a las prácticas de desalojo forzoso, la demolición de viviendas, la destrucción de zonas agrícolas y la confiscación o expropiación de tierras como medida punitiva. En su párrafo cuarto, el Principio 5 incluye garantías adicionales de protección contra el desplazamiento por parte de agentes estatales y no estatales, incluidas las entidades privadas. Ello abarcaría toda una variedad de agentes, incluidos los grupos armados, los dueños privados de tierras, las corporaciones que intenten o que logren tomar el control de parcelas ocupadas por viviendas, así como cualquier persona o institución responsable del desplazamiento de individuos y comunidades.

Merece la pena en este punto estudiar algo más en detalle los actos de desalojo forzoso, puesto que son una de las causas del desplazamiento. El derecho de no ser sometido a desalojos forzosos está implícito en el derecho a una vivienda adecuada así como el derecho a la vida privada y el respeto al hogar. Según interpretaciones autorizadas del derecho a una vivienda adecuada, un desalojo forzoso sólo podría justificarse en circunstancias excepcionales y, en todo caso, habrá de practicarse de conformidad con los principios respectivos de derecho internacional. (Ver el Principio 17) más abajo.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 5

Para analizar las causas del desplazamiento – Los lectores de este Manual pueden hacer referencia al Principio 5 a la hora de explorar las causas del desplazamiento y de confirmar la legitimidad de las reclamaciones de restitución de los refugiados y desplazados afectados. Dado que el proceso de restitución permite volver a la situación anterior al desplazamiento arbitrario o ilegal, es vital entender las causas del desplazamiento para determinar el ámbito de aplicación y las modalidades de un eventual proceso de restitución. Si se llegara a la conclusión de que los refugiados y las personas desplazadas se hubieran visto obligados a abandonar sus hogares y tierras

por haber sufrido desalojos forzosos, en última instancia esto contribuiría a dar mayor peso a un eventual recurso de restitución.

Para aplicar medidas de protección – Una de las tareas principales de los que trabajan en el ámbito de la protección de refugiados y desplazados internos es la protección de todos ellos (a menudo sometidos a desalojos forzosos durante el desplazamiento en sí), frente a los desalojos forzosos arbitrarios, la destrucción de sus hogares o la confiscación de sus tierras. El Principio 5 prevé la protección frente al desalojo forzoso y el consecuente desplazamiento, y los usuarios del manual pueden apoyarse en él al colaborar con los Estados para, como estipula el Principio 5.2, ajustar su legislación a la normativa internacional en la materia así como para oponer resistencia a la ejecución de planes de desalojo forzoso.

Para ejercitar el derecho a la restitución – A diferencia de la prohibición general de desalojos arbitrarios e ilegales que conduzcan al desplazamiento masivo, a veces puede ser necesario un desalojo no arbitrario o legal para hacer valer recursos de restitución a raíz de la ocupación secundaria ilegal de viviendas pertenecientes a refugiados o desplazados. Si bien los desalojos legales deberán constituir siempre un último recurso, hay que reconocer que la ejecución de los recursos de restitución de refugiados y desplazados, cuya legitimidad haya sido ratificada por un órgano independiente, a veces requerirá el desalojo de los que ocupen la vivienda o las tierras en cuestión. Este sería el caso cuando se confirmara que el ocupante de la vivienda de un refugiado careciera de derecho alguno sobre la misma a pesar de no tener acceso a otra vivienda o parcela ni recibir ayuda alguna para la búsqueda de un alojamiento alternativo. El derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe este tipo de desalojos siempre y cuando se respeten todas las garantías jurídicas y procesales que protegen el derecho a una vivienda y demás derechos humanos de los ocupantes secundarios.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué medidas positivas se pueden proponer para reforzar la protección frente a los desalojos forzosos?

Los usuarios del Manual pueden buscar apoyo para ampliar la legislación nacional que reconozca los derechos relativos a la vivienda, la tierra y el patrimonio de manera que incluya salvaguardas explícitas contra los desalojos arbitrarios. A nivel mundial existen toda una serie de normas jurídicas y leyes constitucionales que reconocen estos derechos. También se puede incitar a los gobiernos a que apoyen moratorias nacionales para la ejecución

de desalojos forzosos y a los gobiernos municipales para que tomen medidas para la prevención de los desalojos a nivel local.

- ◆ ¿Qué es la seguridad de la tenencia y qué relación tiene con el derecho a la restitución?

La seguridad de la tenencia es la principal forma de regular la protección frente al desplazamiento (incluidos los desalojos forzosos), el acoso u otras amenazas. Siendo uno de los componentes fundamentales del derecho a una vivienda adecuada, la seguridad de la tenencia –ya sea formal, informal, consuetudinaria u otra– ha de ser lo suficientemente sólida como para proteger contra cualquier forma arbitraria o ilegal de desplazamiento. Si bien la seguridad de la tenencia suele asociarse a la propiedad del patrimonio o de la tierra, puede incluir también toda una serie de modalidades de tenencia que, de hecho, la reconozcan. Estas incluyen por ejemplo el alquiler de viviendas (públicas o privadas); las cooperativas de viviendas; la posesión u ocupación a largo plazo de una tierra o propiedad; el reconocimiento de hecho de la seguridad de la tenencia (aunque sin estatuto jurídico alguno); el reconocimiento de la seguridad de la tenencia sin que se produzca la regularización de la misma; los permisos de ocupación temporal; los arrendamientos temporales no transferibles; los arrendamientos a largo plazo; y otras formas de tenencia provisional. Los usuarios del Manual pueden abogar a favor de una interpretación flexible del derecho a la seguridad de la tenencia e intentar que todos aquellos que logren recuperar sus bienes tras hacer valer su derecho a la restitución reciban una protección adecuada con relación a la seguridad de la tenencia.

Lecturas recomendadas

Clapham, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006. COHRE, *Sources No. 3 Forced Evictions and Human Rights: A Manual for Action*, Geneva, 1999.

Diretrizes Operacionais sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales del Representante del Secretario General para los Derechos Humanos de las Personas Desplazadas Internas, y su Manual correspondiente.

Relator Especial sobre una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo A/HRC/4/18 Anexo 1

Stavropoulou, M., ‘The Question of the Right Not to be Displaced’, Actas de la 90ª Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, ASIL, Washington, D.C., 27 al 30 de marzo de 1996.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General N° 7 El derecho a una vivienda adecuada (1997): los desalojos forzosos (1997),

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Folleto Informativo N°25, Los Desalojos Forzosos y los Derechos Humanos, 1996

ONU, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, 1998.

Principio 6. El derecho a la intimidad y al respeto del hogar

6.1. *Toda persona tiene derecho a ser protegida contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su intimidad o en su hogar.*

6.2. *Los Estados velarán por que toda persona disponga de las debidas garantías procesales contra la injerencia arbitraria o ilegal en su intimidad o en su hogar.*

Los derechos a la intimidad y al respeto del hogar gozan de un amplio reconocimiento y constituyen garantías fundamentales de derechos humanos directamente vinculadas tanto a la prevención del desplazamiento como a la reparación de estos derechos en caso de que fueran violados. Muchos titulares de recursos, por ejemplo, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para la restitución de sus viviendas o patrimonio han hecho valer las garantías contra la injerencia arbitraria e ilegal en el hogar que prevé el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estrechamente relacionado con la práctica del desalojo forzoso, el derecho a no ser privado de la propiedad implica que la expropiación o adquisición forzosa de una vivienda, tierra o propiedad sólo puede tener lugar si está prevista en la legislación vigente, si persigue un fin legítimo para la sociedad basado en el interés público y tras el pago de una indemnización justa y satisfactoria.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 6

Análisis de las causas de desplazamiento – Al igual que ocurre con otros derechos reafirmados en la Sección III de los Principios, el derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad o en el hogar constituye tanto una manera de prevenir el desplazamiento, como un motivo para respaldar la restitución ante una posible violación del mismo, ya sea a nivel individual o colectivo. Al analizar las causas y los responsables de desplazamiento, los usuarios del Manual pueden tratar de determinar si se ha violado el Principio 6 e identificar las medidas necesarias para reme-

diar dicha infracción. En particular, habrá de prestarse especial atención para establecer: 1) si la justificación del desplazamiento era equilibrada; 2) si tal injerencia se produjo de conformidad con la ley; 3) si el razonamiento detrás del desplazamiento perseguía un fin legítimo para la sociedad basado en el interés público; 4) si se pagó una indemnización justa y satisfactoria. Si faltara alguno de estos elementos (lo que inevitablemente es el caso en el contexto del desplazamiento forzoso), la defensa del derecho a la restitución en nombre de los desplazados estará plenamente justificada.

Al dar seguimiento a la ejecución de decisiones de restitución – Los usuarios del Manual habrán de tener presentes las disposiciones relativas al derecho a la intimidad del Principio 6 al dar seguimiento a la ejecución de decisiones de restitución que emanen de organismos de restitución o tribunales locales. El Principio 6.2 protege el derecho al debido proceso, en función del cual, todos los refugiados y personas desplazadas han de poder interponer un recurso ante un órgano independiente e imparcial para garantizar el ejercicio de estos derechos.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Cómo se relacionan los principios de proporcionalidad y justo equilibrio con el derecho a la restitución?

La doctrina jurídica de la proporcionalidad y el justo equilibrio es vital a la hora de determinar si la injerencia en los derechos a la vivienda, tierras y patrimonio es justificable a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y si los Principios serían de aplicación en tal instancia. Si el Estado revocara de manera arbitraria el derecho a la intimidad y las garantías del respeto del hogar o si aplicase la ley de manera discriminatoria por motivos de raza, etnia o nacionalidad, necesariamente se consideraría un acto desproporcionado y constituiría por tanto una violación del derecho internacional.

De la misma manera, lo que se conoce como la doctrina del justo equilibrio estipula que para determinar la compatibilidad de un acto determinado de un Estado con el derecho a la vivienda y patrimonio, cualquier injerencia en este ámbito habrá de estar basada en un justo equilibrio entre el fin perseguido y la naturaleza de dicho acto. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido una serie de decisiones al respecto, como el siguiente pronunciamiento en el Asunto Lithgow (1986) en el que consideró la legitimidad de la actuación del Estado con relación a una privación de propiedad: “Al respecto, el Tribunal recuerda que las medidas de privación de la propiedad indi-

vidual han de perseguir, tanto en principio como de hecho, un fin legítimo “de interés público”, pero también ha de existir una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin perseguido (...) El equilibrio necesario no se producirá si la persona afectada ha de soportar una carga individual y desproporcionada (...). Claramente, las condiciones de la indemnización son claves para determinar si se ha alcanzado el justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego y, sobre todo, si se ha impuesto una carga desproporcionada sobre la persona privada de sus posesiones”.

Lecturas recomendadas

Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 16 Derecho a la Intimidad, Artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Derecho de toda persona a ser protegida respecto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, así como de ataques ilegales a su honra y reputación, Artículo 17), 1998

Lithgow y otros c. Reino Unido – Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de julio de 1986.

Principio 7. El derecho al disfrute pacífico de los bienes

7.1. Toda persona tiene derecho al disfrute pacífico de sus bienes.

7.2. Los Estados sólo podrán subordinar el uso y el disfrute pacífico de los bienes al interés público, y con sujeción a las condiciones previstas en la legislación y en los principios generales del derecho internacional. Siempre que sea posible, el “interés de la sociedad” debe entenderse en un sentido restringido, de forma que conlleve únicamente una injerencia temporal o limitada en el derecho al disfrute pacífico de los bienes.

El derecho al disfrute pacífico de los bienes es uno de los derechos más frecuentemente violados durante el desplazamiento forzoso. Este derecho está recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 1, Protocolo n° 1), mientras que pueden encontrarse disposiciones relativas a los “derechos de propiedad” en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17), en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16(1) (h)) así como en otras normas internacionales. El Principio 21 de los Principios Rectores adopta una perspectiva similar, al reconocer que “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad o sus posesiones. Se protegerá la propiedad y las posesiones de los desplazados internos en toda circunstancia, en particular, contra los actos siguientes: pi-

llaje; ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia; utilización como escudos de operaciones u objetos militares; actos de represalia; y destrucciones o expropiaciones como forma de castigo colectivo. Se protegerá la propiedad y las posesiones que hayan abandonado los desplazados internos contra la destrucción y la apropiación, ocupación o uso arbitrarios e ilegales.” En la misma línea, el Convenio OIT Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece que “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. (...) [y que] siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron sus traslado y reubicación”.

Los usuarios del Manual han de ser conscientes de la sutil diferencia existente entre el disfrute pacífico de las posesiones y los derechos de propiedad. El “derecho a la propiedad privada” está explícitamente ausente en varios de los más importantes tratados internacionales (entre ellos los dos Pactos) porque históricamente se consideraba que este derecho reflejaba determinados valores sociales en gran parte occidentales y liberales que no encontraban resonancia (y siguen sin hacerlo) en muchas partes del mundo. La formulación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del “derecho al disfrute pacífico de las posesiones” frente al “derecho a la propiedad” como tal fue, por tanto, todo menos casual. Esta diferencia de opinión es una de las razones de la creciente utilización del término “derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio” para describir estas cuestiones de manera apropiada y relevante para todos los sistemas jurídicos y, en última instancia, todos los países. Mientras que el derecho a una vivienda adecuada y a la tierra pretende garantizar que toda persona disponga de un lugar seguro para vivir en paz y con dignidad, incluidos los no propietarios, el derecho al patrimonio tiene una especial importancia a la hora de proteger el derecho de los propietarios, sobre todo frente a la privación de su casa o su patrimonio. La jurisprudencia relativa al artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“el derecho al disfrute pacífico de los bienes”) constituye una valiosa fuente a favor del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio. En el caso *Loizidou c. Turquía* (por mencionar uno entre muchos) sobre la imposibilidad de retorno a la propiedad, el Tribunal Europeo señaló que “la denuncia no está limitada al acceso a la propiedad, sino que es mucho más amplia y se refiere a una situación de hecho: dada la denegación continuada del acceso a su propiedad, la denunciante ha perdido efectivamente todo el control sobre la misma, así como toda posibilidad de usarla, venderla, donarla, hipotecarla, desarrollarla y disfrutar de ella (...) La denegación de acceso continuada ha de considerarse por tanto una injerencia en sus derechos bajo el artículo 1 del Protocolo nº1”.

Los usuarios del Manual han de recordar que la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio a los que se les hubiera concedido en un principio la “propiedad” o titularidad de los mismos, a veces puede no resultar conveniente a raíz de posibles acontecimientos históricos, o deseable, a consecuencia de la injusticia o desigualdad que caracterizara al sistema de propiedad vigente en el momento de la huida. Por ejemplo, si hoy en día en Afganistán se restituyeran las tierras a aquellos que las ocupaban antes de la entrada en vigor de las medidas de reforma de la tierra de los años setenta, cuya legitimidad es indudable (si bien su aplicación fue inapropiada), ello implicaría un regreso virtual a la época feudal así como ignorar los derechos formales, adquiridos o consuetudinarios de todos aquellos que habitaron esas tierras en el periodo intermedio. En este contexto, hay que señalar que muchos países en los que se están desarrollando programas de restitución reconocen formas de propiedad que difieren de la noción occidental de “propiedad privada”, ya que pueden tener un carácter más social, incluida la propiedad colectiva, consuetudinaria y la tenencia de la tierra “en administración” (“stewardship”). Estas cuestiones son a menudo complejas y los usuarios del Manual han de tenerlas permanentemente en cuenta.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 7

Iniciativas para promover la adopción de medidas de restitución – El Principio 7 puede constituir una base importante para apoyar que los acuerdos de paz o de repatriación voluntaria, así como en la legislación nacional, incorporen medidas e instituciones para la restitución de la vivienda y el patrimonio. Teniendo en cuenta que el desplazamiento forzoso es a menudo consecuencia de actos arbitrarios que conducen al desalojo de hogares y tierras, incluidos los intentos de confiscación de lugares de residencia y apartamentos, las disposiciones del Principio 7 son particularmente apropiadas para promover la restitución de viviendas y propiedades.

Para establecer la legitimidad de medidas de embargo o expropiación – Los Estados responsables de desplazamientos forzosos recurren con frecuencia a procesos de embargo o a la expropiación de las viviendas, tierras y propiedades originales de los refugiados y las personas desplazadas; a menudo ello es un intento de revestir de legitimidad las acciones ilegales que precipitaron el desplazamiento. Si bien la expropiación en sí no constituye un acto prohibido, la legalidad de la misma está sujeta a los criterios cada vez más estrictos que establece la legislación internacional sobre derechos humanos. Según los principios generales de razonabilidad, justo equilibrio y proporcionalidad, el derecho al disfrute pacífico de los bienes únicamente puede limitarse

1) por ley 2) por los principios generales del derecho internacional; y 3) por el interés de la sociedad. Si no se cumpliera alguno de estos criterios, los que hubieran resultado desplazados a consecuencia de un procedimiento de expropiación están en su pleno derecho a que les sean restituidos sus hogares y tierras. El Principio 7, además, desarrolla el concepto de “interés de la sociedad” y añade a los criterios arriba mencionados que, incluso en los casos en los que el derecho al disfrute pacífico de los bienes se subordine al interés de la sociedad, ello habrá de entenderse en un sentido restrictivo. Esto podría implicar que, en determinadas circunstancias, una injerencia tan solo temporal o limitada en el derecho al disfrute pacífico de los bienes podría constituir una solución posible para propiciar, entre otras cosas, el retorno y restitución futuros.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿En qué medida contribuyó la garantía del derecho a la propiedad a la aplicación de los acuerdos de paz en Bosnia–Herzegovina?

El Plan de Aplicación de la Legislación sobre la Propiedad (PLIP) tuvo un papel fundamental en el proceso de restitución tras el conflicto de Bosnia–Herzegovina. El PLIP describe la naturaleza de su trabajo de la siguiente manera: “El derecho de las personas desplazadas a recuperar sus propiedades de antes de la guerra y retornar a las mismas es desde hace tiempo una de las mayores preocupaciones de las agencias del PLIP y está garantizado en el Anexo 7 del GFAP. Ello se basa en el reconocimiento de que no devolver la propiedad a sus legítimos propietarios constituiría una violación del derecho a la propiedad conforme al art. 1 del Protocolo n°1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre otros. La devolución de la propiedad es fundamental para el logro de soluciones duraderas para los refugiados y las personas desplazadas. La devolución puede tener lugar regresando a la propiedad o mediante su venta para financiar la compra o el alquiler de una vivienda que no pertenezca a otra persona en algún otro lugar para facilitar la propia integración local,” (Ver: Oficina del Alto Representante, *A New Strategic Direction: Proposed Ways Ahead for Property Law Implementation in a Time of Decreasing International Community Resources* (2002)).

- ◆ ¿De qué manera se yuxtaponen los derechos a la propiedad y la privacidad?

Durante los conflictos puede tener lugar una destrucción masiva de viviendas. A menudo, las casas de los refugiados y las personas desplazadas se destruyen con el ánimo de evitar su eventual retorno y la restitución a sus ti-

tulares. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Akdivar y otros c. Turquía* apunta al vínculo fundamental que existe entre el derecho a la propiedad y el derecho a la privacidad, que tiene relevancia en todos los casos de restitución. En este caso, el Tribunal sostuvo que “No cabe duda alguna que el incendio deliberado de los hogares de los demandantes y de sus contenidos constituye al mismo tiempo una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar y el hogar así como en el derecho al disfrute pacífico de los bienes. Ante la falta de justificación de tales injerencias por parte del Gobierno demandado – cuya respuesta se limitó a negar toda implicación de sus fuerzas de seguridad en el incidente – el Tribunal ha de concluir que se ha producido la violación de ambos derechos [el respeto del hogar] y [el derecho al disfrute pacífico de los bienes].”

- ◆ ¿La doctrina del justo equilibrio se aplica también al derecho a la propiedad?

Sí. Al determinar la posible existencia de un justo equilibrio, los organismos europeos de derechos humanos, por ejemplo, han señalado la violación del art. 1 del Protocolo nº1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no lograr un justo equilibrio entre el interés de amparar el derecho a la propiedad y el requisito del interés general a consecuencia de la duración del procedimiento de expropiación, las dificultades de los demandantes para obtener el reembolso total de la indemnización concedida y el deterioro de las parcelas que eventualmente recuperaron (Ver: *Zubani contra Italia*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de agosto de 1996). No obstante, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el examen de proporcionalidad entre el interés individual y el público puede dar lugar a algo menos que una indemnización total.

Lecturas recomendadas

Casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativos a la restitución: Ver *Akdivar c. Turquía* (Sentencia TEDH 16 septiembre 1996); *Chipre c. Turquía* (Sentencia TEDH 10 mayo 2001); y *Loizidou c. Turquía* (Sentencia TEDH 18 diciembre 1996).

Engbrecht, W., “Property Rights in Bosnia and Herzegovina: The Contributions of the Human Rights Ombudsperson and the Human Rights Chamber towards their Protection” en *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons* (Scott Leckie, editor), Transnational Publishers, 83, 2003.

FAO, El acceso a la tierra rural y la administración de tierras después de conflictos violentos, Estudios sobre tenencia de la tierra de FAO, N°8, mayo 2006 Oficina del Alto Representante. A New Strategic Direction: Proposed Ways Ahead for Property

Law Implementation in a Time of Decreasing International Community Resources, Sarajevo, 2002.

Principio 8: El derecho a una vivienda adecuada

8.1. *Toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada.*

8.2 *Los Estados deben adoptar medidas positivas para mejorar la situación de los refugiados y desplazados que no tienen viviendas adecuadas.*

El derecho a una vivienda adecuada fue recogido por vez primera por el art. 25(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se ha ido incorporando en lo sucesivo en varias normas de derechos humanos, fundamentalmente en el art. 11 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los titulares de este derecho están legitimados al disfrute de una vivienda “adecuada”. La adecuación incluye: la seguridad de la tenencia; la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura; la asequibilidad; la habitabilidad; la accesibilidad; y la adecuación geográfica y cultural. Las obligaciones que se derivan de este derecho para los Gobiernos incluyen el deber de tomar medidas para garantizar la seguridad de la tenencia (y la consiguiente protección frente al desalojo arbitrario o forzoso, así como al embargo o la expropiación arbitraria de la vivienda); prevenir la discriminación en el ámbito de la vivienda; garantizar la igualdad de trato y el acceso a la vivienda y a la protección sin discriminación alguna por motivos de raza; garantizar la asequibilidad de la vivienda; regular la relación entre propietarios e inquilinos; y garantizar el acceso a recursos de habitación y su disponibilidad en función de las necesidades de los grupos marginados o vulnerables, como los hogares bajo la responsabilidad de mujeres solas, las personas con discapacidad o con enfermedades crónicas, los trabajadores migrantes, las personas mayores, y los refugiados y las personas desplazadas.

Si bien el derecho a una vivienda adecuada es un derecho humano aplicable a todos, en la esfera internacional se han producido varios pronunciamientos respecto al acceso específico a una vivienda adecuada por parte de los refugiados y las personas desplazadas. Por ejemplo, el Comité Ejecutivo del ACNUR en su Conclusión n° 101 sobre Cuestiones de Seguridad Jurídica en el Marco de la Repatriación Voluntaria de los Refugiados, alienta a los países de origen a que proporcionen a los refugiados carentes de hogar que regre-

san, según proceda, acceso a tierras o a vivienda adecuada con arreglo a las normas locales. Igualmente, el Principio 18 de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos establece que “Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado” y que “Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes suministrarán a los desplazados internos, como mínimo y sin discriminación, y se cerciorarán de que pueden recibir en condiciones de seguridad: (...) cobijo y alojamiento básicos.”

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 8

Al supervisar la situación de la vivienda de los refugiados y las personas desplazadas – Si bien el Principio 8 resulta pertinente en todas las etapas del ciclo de desplazamiento – antes de, durante y después del desplazamiento – los usuarios del Manual han de prestar particular atención a su aplicación durante el desplazamiento. Una mayoría considerable de los refugiados y las personas desplazadas a nivel mundial (todos ellos potenciales solicitantes de restitución) viven durante su desplazamiento en condiciones muy inferiores a los estándares mínimos internacionales desde el punto de vista del acceso al agua y a los servicios, así como de los criterios básicos de habitabilidad, la seguridad de la tenencia y otros.

En el diseño y la ejecución de programas globales de reconstrucción ligados al retorno y la restitución – Con algunas excepciones, un buen programa de restitución suele combinar medidas jurídicas y de otro tipo para el retorno de los refugiados a sus hogares, y comprende programas de reconstrucción y mejora de viviendas que incluyen la participación de los retornados. Sólo de esta manera pueden acceder los refugiados al conjunto de beneficios que se desprenden del derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio tras el retorno. En la medida de lo posible, las actividades de reconstrucción han de estar formalmente vinculadas a los programas de restitución.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿En qué se diferencian el derecho a la vivienda, el derecho a la tierra y el derecho al patrimonio entre sí y en qué aspectos son sinónimos unos de otros?

Aunque los derechos a la vivienda, la tierra y la propiedad están vinculados a diferentes conceptos jurídicos y de derechos humanos, se encuentran a su vez estrechamente relacionados y, en cierta medida, yuxtapuestos. En general, el derecho a la vivienda es el derecho de toda persona a un hogar seguro, asequible y habitable. El derecho a la tierra se refiere tanto a zonas rurales

como urbanas y abarca los derechos directamente relacionados con la tierra como tal, pero no los relacionados con las estructuras erigidas sobre la tierra en cuestión. El derecho al patrimonio, por su parte, se refiere exclusivamente al usuario y a la titularidad del derecho de propiedad de un domicilio concreto o un terreno. Si bien cada uno de estos términos es importante, ninguno abarca por completo el espectro total del “derecho a la vivienda” previsto bajo el derecho de restitución. En el marco de los procedimientos de restitución, por tanto, y teniendo en cuenta las múltiples diferencias históricas, políticas, culturales y de otra índole respecto a lo que también se han llamado de manera más amplia derechos “residenciales”, el término “derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio” se ha venido utilizando cada vez más para describir las diversas dimensiones residenciales de estas tres cuestiones desde la perspectiva de la normativa de derechos humanos. Lo que en un país se llama “derecho a la tierra”, puede ser precisamente lo mismo que lo que en otro se denomine “derecho a la vivienda”. En una zona será posible proteger los derechos de los inquilinos a través del “derecho al patrimonio”, mientras que en otra se puede estar utilizando este mismo derecho para justificar desalojos forzados a gran escala. Se podrían dar muchos más ejemplos, pero lo importante aquí es subrayar que el término compuesto “derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio” probablemente sea el que capte la noción de “hogar original” o “lugar de residencia habitual” mejor que cualquier otro término.

- ◆ ¿Requiere el derecho a la vivienda que el Estado construya viviendas para todos?

La normativa de derechos humanos no requiere que el Estado construya viviendas para todos los que lo solicitan o lo requieren. Lo que requieren las disposiciones relativas al derecho a la vivienda es que los Estados creen las condiciones en la sociedad – a través de la legislación, las políticas, las asignaciones presupuestarias y demás – para que todos tengan acceso a una vivienda asequible, habitable y plenamente “adecuada” de conformidad con los estándares internacionales. Ello puede y debe incluir la financiación directa para la construcción de nuevas viviendas, así como la respectiva asignación presupuestaria, en la medida de las posibilidades de cada país, conforme a las disposiciones relativas al derecho a la vivienda, tales como las que contiene el art. 11(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Lecturas recomendadas

COHRE, Sources No. 4 – Legal Resources for Housing Rights – International and National Standards, COHRE, Geneva, 2000.

COHRE, *The Human Right to Adequate Housing 1945–1999: Chronology of United Nations Activity*, COHRE, Geneva, 2000.

Leckie, S., *Housing, Land and Property Rights in Post–Conflict Societies: Proposals for a New United Nations Institutional Policy Framework*, UNHCR, 2005.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 4, El derecho a una vivienda adecuada*, (artículo 11 (1)), 1991.

Programa de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Vivienda, *Report No.1 Housing Rights Legislation – Review of International and National Legal Instruments*, Nairobi, 2002.

Principio 9: El derecho a la libertad de circulación

9.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de circulación y a escoger su propio lugar de residencia. Nadie será obligado de forma arbitraria o ilegal a permanecer en un territorio, una zona o una región. De igual forma, nadie será obligado de forma arbitraria o ilegal a abandonar un territorio, una zona o una región.

9.2 Los Estados velarán por que la libertad de circulación y el derecho a escoger el lugar de residencia no sean objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y las normas conexas.

El derecho a la libertad de circulación y residencia está reconocido en una serie de normas de derechos humanos, tales como el art. 13(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 12(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. VIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 22(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el art. 12(1) de la Carta Africana [Banjul] sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. La Observación General n° 27 del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de circulación señala que “Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho a desplazarse libremente y a escoger su lugar de residencia (...).El derecho a circular libremente se comprende todo el territorio de un Estado, incluidas todas las partes de los Estados federales. Según el párrafo 1 del artículo 12, las personas tienen

derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. (...)De acuerdo con las disposiciones del párrafo 3 del artículo 12, el derecho a residir en el lugar escogido dentro del territorio incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado. Este párrafo tampoco permite impedir la entrada y permanencia de una persona en una parte específica del territorio.”

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 9

Antes y durante los programas de retorno y repatriación – La libertad de circulación es una medida crucial para evitar la reubicación forzosa de personas causando su desplazamiento y generando, por ende, refugiados y personas desplazadas. Igual importancia tiene como herramienta contra el retorno forzoso tanto de los refugiados como de las personas desplazadas. La libertad de circulación y el derecho con ella vinculado a elegir el propio lugar de residencia constituyen puntos de referencia útiles, a partir de los que se pueden desarrollar planes de retorno y repatriación.

En el marco del ejercicio del derecho a la restitución – El Principio 9 es también directamente pertinente para el ejercicio del derecho de los refugiados y las personas desplazadas a la restitución de sus viviendas y patrimonio. Este derecho parte de la presunción de que los retornados puedan “circular libremente” de regreso a sus lugares de origen y, de nuevo, que “elijan su lugar de residencia”, incluidos sus anteriores hogares. Cualquier restricción que se imponga al ejercicio de estos derechos, y por tanto al derecho a la restitución, sería incompatible con los Principios. Al mismo tiempo, los usuarios del Manual han de permanecer alertas ante un posible desplazamiento forzoso bajo la apariencia de libre circulación, sobre todo si coincide con un litigio sobre la posibilidad de repatriación.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Existe una interdependencia entre el derecho a la libertad de circulación, el derecho al retorno y el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio?

La Observación General N°27 (1999) del Comité de Derechos Humanos sobre la libertad de circulación afirma claramente que “[e]l derecho a volver reviste la máxima importancia en el caso de los refugiados que desean la repatriación voluntaria. Implica también la prohibición de traslados forzosos

de población o de expulsiones en masa a otros países”. Se podría decir por tanto, que estos derechos mantienen una relación triangular entre sí, según la cual el respeto de uno de los derechos aumentaría la posibilidad de que se respeten los otros dos.

- ◆ La libertad de circulación es solamente aplicable a los países de origen desde el punto de vista del derecho a la restitución?

No. La libertad de circulación es de aplicación tanto en el país de acogida de los refugiados, como en su país de origen tras el retorno, al intentar hacer valer su derecho a la restitución.

Lecturas recomendadas

Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 27, Libertad de Circulación (art. 12) 1999.

Sección IV – Derecho a un Regreso Voluntario, en Condiciones de Seguridad y Dignidad

Principio 10. El derecho a un regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad

10.1. *Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a regresar voluntariamente a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual en condiciones de seguridad y dignidad. El regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad debe fundarse en una elección libre, informada e individual. Se debe proporcionar a los refugiados y desplazados información completa, objetiva, actualizada y exacta, en particular sobre las cuestiones relativas a la seguridad física, material y jurídica en sus países o lugares de origen.*

10.2. *Los Estados permitirán el regreso voluntario de los refugiados y desplazados a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual, si así lo desearan. Este derecho no puede restringirse con ocasión de la sucesión de Estados ni someterse a limitaciones temporales arbitrarias o ilegales.*

10.3. *Los refugiados y desplazados no serán obligados ni coaccionados de ningún otro modo, ya sea de forma directa o indirecta, a regresar a sus anteriores hogares, tierras o lugares de residencia habitual. Los refugiados y desplazados deben tener acceso de forma efectiva, si así lo desearan, a soluciones duraderas al desplazamiento distintas del regreso, sin perjuicio de su derecho a la restitución de sus viviendas, tierras y patrimonio.*

10.4. *Cuando sea menester, los Estados deben solicitar a otros Estados o a organizaciones internacionales la asistencia técnica o financiera necesaria para facilitar el regreso voluntario efectivo, en condiciones de seguridad y dignidad, de los refugiados y desplazados.*

La Sección IV de los Principios reafirma el derecho al retorno voluntario en condiciones de seguridad y dignidad, haciendo hincapié en la importancia esencial y la íntima relación entre este derecho y el derecho a la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio. El derecho a regresar al propio país o, en el caso de los desplazados internos a la propia ciudad o región, está firmemente cimentado en el derecho internacional, a través de instrumentos como la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Asimismo, este principio se ha visto reafirmado en numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU así como de la Asamblea General de la ONU al tratar casos específicos de desplazamiento.

Como se señalaba más arriba, la idea de la repatriación o el retorno voluntario se ha ido desarrollando en los últimos años hacia un concepto más amplio que implica no solo el regreso al propio país o región, sino a sus anteriores hogares, tierras o propiedades. El Manual sobre la Repatriación Voluntaria del ACNUR señala que el mandato del ACNUR incluye fomentar “la creación de las condiciones necesarias para un retorno voluntario en condiciones de seguridad y dignidad” y la “promoción de la repatriación voluntaria de los refugiados una vez se den las condiciones que permitan el retorno”. Además, el anexo al Manual del ACNUR afirma que la recuperación y restitución de las tierras a los retornados, o de otros bienes muebles o inmuebles que hubieran perdido o dejado atrás, ha de formar parte de los acuerdos tripartitos o cualquier declaración de amnistía y garantías. El Comité Ejecutivo del ACNUR, en su Conclusión N° 18 (1980), hizo un llamamiento a los gobiernos de los países de origen para que adoptaran las garantías necesarias para la seguridad de los refugiados que regresaban y subrayó la importancia de respetar estas garantías así como de no penalizar a los refugiados que hubieran abandonado su país por razones que hubieran dado lugar a su situación de refugio. En su conclusión N° 40 (1985), el Comité Ejecutivo reafirmó “los derechos básicos de las personas a regresar voluntariamente a sus países de origen” y afirmó la “necesidad de que [la repatriación] se realizara en condiciones de absoluta seguridad, preferiblemente al lugar de residencia del refugiado [o refugiada] en su país de origen.”

La creciente implicación del ACNUR en cuestiones de restitución se basa en su experiencia de que las operaciones de repatriación voluntaria tienen menos posibilidades de éxito si se ignoran las cuestiones de vivienda y patrimonio o únicamente se empiezan a tener en cuenta tras el regreso de un número considerable de gente. Al respecto, el ACNUR ha señalado que “los refugiados que regresan han de lograr la recuperación sistemática de sus hogares y patrimonio para garantizar soluciones efectivas a su desplazamiento....La normativa de derechos humanos relativa al derecho a una vivienda adecuada ha evolucionado considerablemente en la última década. El derecho de los refugiados a regresar a su país de origen está crecientemente vinculado a su derecho a una vivienda adecuada. En este contexto, el derecho a una vivienda adecuada ha ido evolucionando hacia el derecho, en primer lugar, a no ser privado arbitrariamente de la vivienda o el patrimonio. En consecuencia, se deduce que los refugiados no solo tienen derecho a regresar a sus países de origen, sino también a recuperar los hogares de los que fueron desalojados forzosamente (a la restitución). Si ello no fuera posible, cabría entonces invocar el derecho a la reparación adecuada por las pérdidas sufridas.” (Ver, UNHCR, Inter-Office Memorandum No. 104/2001 y UNHCR Field Office Memorandum No.101/2001). Asimismo, la Agenda para la Protección del ACNUR, subraya la importancia de adoptar medidas efectivas para la restitución de la vivienda y el patrimonio en el contexto de la reparación voluntaria; la necesidad de información efectiva a los refugiados respecto a los procedimientos de restitución; y la crucial importancia de la igualdad de derechos de las mujeres retornadas en lo que respecta al acceso a la restitución de sus viviendas, tierras o patrimonio (ver Meta 5, objetivos 2 y 3). La agenda fue resultado del consenso logrado a través del proceso de Consultas Globales emprendido por el ACNUR y los Estados desde el año 2000 a 2002 y fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 10

Durante la elaboración de planes de repatriación o retorno voluntario – los responsables de elaborar los planes de repatriación y retorno voluntario han de incorporar explícitamente las cuestiones de restitución y pormenorizar los derechos y deberes específicos vinculados a la restitución. Los refugiados y desplazados que hubieran manifestado su voluntad de regresar han de participar en la formulación de los acuerdos finales para la restitución de sus viviendas y patrimonio. Las agencias de Naciones Unidas y demás agencias responsables de facilitar el retorno y la repatriación, sobre todo el ACNUR, han de considerar la posibilidad de preparar y entregar a los retornados un documento que reúna toda la información necesaria detallando

con precisión los derechos de restitución y los procedimientos existentes para acceder a sus anteriores hogares y tierras, así como la manera de ejercer estos derechos en caso de disputa por ocupación secundaria.

Para la elaboración de planes de contingencia frente un eventual retorno – el ACNUR y las demás agencias también pueden valerse del Principio 10 al elaborar planes de contingencia frente a un eventual retorno de los refugiados o personas desplazadas. Ello sería pertinente, en particular, en situaciones de desplazamiento de media y larga duración en las que los Estados de origen se hubieran resistido a la repatriación o cuando la restitución inmediata pareciera inviable por motivos de seguridad y otras circunstancias. . En principio, las agencias que trabajen a favor del derecho a la restitución de los refugiados y desplazados, pueden fortalecer la salvaguarda de este derecho desarrollando planes de contingencia mucho antes de que la restitución parezca viable. Tales planes deberían reflejar las opciones por las que la población refugiada o desplazada se hubiera inclinado libremente y con conocimiento de causa e incluir un análisis jurídico de la situación del país de origen respecto al derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio así como sondeos acerca del actual estado físico y jurídico de las antiguas viviendas de los refugiados y las personas desplazadas. La compilación de toda esta información en un sólo documento puede aclarar toda una serie de cuestiones relacionadas con la restitución y se puede utilizar durante las negociaciones con funcionarios del país de origen opuestos al retorno. Tal documento puede contribuir a flexibilizar la postura de los que se mantengan indecisos respecto a la aprobación del retorno de los desplazados.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿La restitución ha de implicar necesariamente el regreso físico y la toma de posesión de los antiguos hogares de nuevo? ¿O existen otras alternativas que pudieran considerarse también como soluciones duraderas?

Esta sigue siendo una de las preguntas más complejas en la esfera de la restitución. La recuperación del antiguo hogar es la solución preferida para el desplazamiento y hay que proceder con cautela en los casos en que se consideran o se adoptan sistemáticamente medidas alternativas a la recuperación física de los mismos, ya sea por parte de los gobiernos en los países de origen, las agencias de Naciones Unidas, las ONGs, o los propios refugiados o desplazados.

Ante todo, hay que reconocer que el derecho al retorno – ya sea de los refugiados o de las personas desplazadas – no impone una obligación de regresar. El

retorno no se puede restringir, y por la misma razón, no se puede imponer. El derecho a la restitución de vivienda y patrimonio no puede condicionarse al retorno físico de los que se hubieran visto desplazados de sus hogares o lugares de residencia habitual, sino que continúa vigente con independencia de que se regrese o no. En algunas situaciones, el retorno puede ser imposible, irresponsable o ilegal a causa de la situación de seguridad o la posibilidad de amenazas; sin embargo, el titular del derecho a la restitución puede querer hacer valer este derecho sobre su propiedad sin regresar físicamente a la misma. En estos contextos es particularmente importante tener en cuenta el deseo expreso de los titulares del derecho de restitución, a quienes no se puede obligar a retornar ni a aceptar una decisión sobre sus reclamaciones de restitución que no sea plenamente compatible con las condiciones que establecen los Principios. Según la experiencia de restitución en Suráfrica, el concepto de justa reparación representó una importante modalidad de restitución que permitió que muchos titulares de este derecho, lo hicieran valer sin tener que habitar de nuevo sus anteriores hogares y tierras.

En algunos casos, tan solo una pequeña fracción de los que logran hacer valer sus derechos de restitución efectivamente opta por el regreso físico a su hogar; en el caso de Kósovo fueron alrededor de un 12% y se debió al temor a enfrentarse a graves amenazas si retornaban a sus legítimos hogares. Más del 40% de los que interpusieron reclamaciones de restitución lograron llegar a un acuerdo con los ocupantes secundarios a través de la mediación, lo que implicó la venta, el arrendamiento o el alquiler de las propiedades en cuestión. Si el retorno es sencillamente imposible o no deseable, los desplazados pueden beneficiarse de programas de restitución que les permitan recuperar el control de su hogar y su tierra mediante su venta, arrendamiento o alquiler. No obstante, una vez más hay que subrayar que tal opción ha de partir realmente de los propios refugiados o desplazados y no se les puede imponer como un mal menor entre otros peores.

◆ ¿Quién asume los gastos de los programas de repatriación y restitución?

Bajo el Principio 10.4, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y desplazados que retornan. Si carecieran de los recursos nacionales suficientes para ello, deberían solicitar la asistencia financiera necesaria a otros Estados o a organizaciones internacionales para facilitar el retorno. Los Principios sugieren una vía para el intercambio de experiencias y recursos para apoyar a aquellos Estados que no puedan asumir todo el peso de los programas de restitución por sí solos. Teniendo en cuenta que los procesos de restitución a menudo tienen lugar en contextos políticos delicados, los Principios establecen que –ante la quiebra del estado de derecho, o la incapacidad de los

Estados de establecer las instituciones, los mecanismos y los procedimientos necesarios para facilitar el proceso de restitución de manera justa y puntual— los Estados han de solicitar la asistencia técnica y la cooperación de otros Estados y de las agencias internacionales pertinentes para establecer regímenes provisionales que pongan a disposición de los refugiados y desplazados los procedimientos, instituciones y mecanismos necesarios para garantizar que puedan hacer valer su derecho a la restitución.

Ante la resistencia de algunos Estados frente a la posibilidad del retorno, así como las frecuentes situaciones de inestabilidad del orden público y la débil situación política y económica de muchos países de origen, la comunidad internacional a menudo ha de suministrar los recursos —con frecuencia considerables— para el retorno. No obstante, bajo los Principios, los Estados son los responsables de financiar estos programas y solo en caso de no encontrar los recursos suficientes para ello habrán de pedir formalmente ayuda a la comunidad internacional. Se puede aumentar considerablemente la eficacia de los mecanismos de financiación de procesos de restitución y demás aspectos relativos al retorno, si se instituyen en las etapas tempranas de los programas de repatriación. Los países donantes, las agencias de Naciones Unidas y demás organizaciones deberían considerar la asignación de fondos específicos para este fin en sus diversas estrategias de financiación. Lo ideal sería que los mecanismos de financiación fueran incorporados de manera explícita a los respectivos acuerdos de paz o de repatriación voluntaria.

Lecturas recomendadas

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General XXII, , El artículo 5 de la Convención y los refugiados y las personas desplazadas,(49º periodo de sesiones), A/51/18 1996.

Goodwin–Gill, G.S. ‘Voluntary Repatriation; Legal and Policy Issues’, en *Refugees and International Relations* (Loescher and Manahan, eds.), Clarendon Press, Oxford, 1990.

Leckie, S., ‘Housing and Property Issues for Refugees and Internally Displaced Persons in the Context of Return, Key Considerations for UNHCR Policy and Practice’ in *Refugee Survey Quarterly*, vol. 19, no. 3, Oxford Univ. Press, Oxford, 2000.

Rosand, E., ‘The Right to Return under International Law Following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent?’ in *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, 1091, Summer 1998.

ACNUR, *Agenda para la Protección*, Ginebra 2003

ACNUR, Conclusión del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, (ExCom) N° 101 sobre cuestiones de seguridad jurídica en el marco de la repatriación voluntaria de los refugiados (2004)

ACNUR, Conclusión ExCom N° 40 sobre Repatriación Voluntaria (1985)

ACNUR, Conclusión ExCom N° 18 sobre Repatriación Voluntaria (1980)

ACNUR, Manual: Repatriación Voluntaria y Protección Internacional, División de la Protección Internacional, ACNUR, Ginebra, 1996. (Nota: se está preparando actualmente una versión considerablemente revisada de este Manual)

ACNUR / UNHCR Inter–Office Memorandum No. 104/2001 y UNHCR Field Office Memorandum No. 101/2001.

Zieck, M., UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees: A Legal Analysis, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997.

Sección V – Mecanismos de Aplicación Legales, Políticos, Procesales e Institucionales

La Sección v de los Principios proporciona orientación específica para garantizar en la práctica el derecho a la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio. Los principios articulados en esta sección están basados, en parte, en las conclusiones del Relator especial, reflejadas en sus informes entre 2002 y 2005, donde analizaba los obstáculos más frecuentes para la restitución, tales como la ocupación secundaria, la destrucción de la propiedad, la pérdida o destrucción de registros de la propiedad, la ineficacia de las instituciones y los programas de restitución discriminatorios. La Sección V ha sido redactada sobre la base de las “buenas prácticas” en el ámbito de las políticas desarrolladas para superar los obstáculos para la restitución. Los principios 11 a 22 son particularmente pertinentes para aquellos usuarios del Manual que estén al frente de programas de restitución sobre el terreno.

Principio 11. Compatibilidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas

11.1. Los Estados deben garantizar que todos los procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos jurídicos relativos a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio sean plenamente compatibles con las disposiciones

de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, y que en ellos se reconozca el derecho al regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad.

En términos generales, el Principio 11 establece el criterio para determinar la idoneidad de todo procedimiento, institución, mecanismo y marco jurídico nacional, urgiendo a los Estados a garantizar su compatibilidad con las disposiciones internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario así como con las normas relacionadas. Ello requiere una minuciosa revisión legislativa junto con la acumulación de la experiencia y conocimientos necesarios sobre el significado y la importancia del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio en los diferentes regímenes jurídicos de los países de origen. Mediante la referencia a “las normas conexas”, el Principio 11 reafirma la necesidad de revisar las normas y los procedimientos nacionales de restitución para garantizar su compatibilidad con la normativa internacional de los derechos humanos y de los refugiados así como del derecho internacional humanitario, como se refleja en los Principios.

Escenarios en los que se aplicaría el Principio 11

Cuando los países de origen apoyan el retorno – El Principio 11 puede utilizarse como plataforma para el análisis de la coherencia entre la legislación vigente, los procedimientos, las competencias judiciales y demás, a nivel nacional, con la normativa internacional pertinente, e igualmente como base para garantizar la compatibilidad de toda medida de restitución que pudieran tomar los países favorables al retorno con la perspectiva internacional, incluidos los Principios.

Para contribuir a la redacción de propuestas legislativas – Si algún Estado de origen solicitara apoyo a usuarios del manual para la redacción de modificaciones a la legislación vigente o de nuevas propuestas legislativas en la esfera de la restitución, será necesario examinar las diferentes ramas de su legislación nacional, incluido el derecho constitucional a la vivienda y las disposiciones de derechos humanos pertinentes; leyes de abandono; leyes sobre la tierra o la propiedad adoptadas durante el conflicto armado; la normativa relativa a propietarios e inquilinos; las leyes de la tierra; la legislación sobre desalojos; las leyes relativas a la seguridad de la tenencia; las leyes sobre posesión ilegítima; las leyes sobre reparaciones y mejoras de inmuebles; las leyes sobre el crédito y la financiación de la vivienda; las leyes que rigen el patrimonio del Estado, incluidos los recursos para viviendas sociales; la

normativa sobre salud pública y vivienda; las leyes sobre la reposición de derechos sobre la vivienda o el patrimonio; la legislación sobre la venta, el intercambio y el arrendamiento de propiedad; las leyes sobre la expropiación de la vivienda y la tierra; las leyes que determinen los derechos de sucesión de tierras y vivienda, en particular los derechos de la mujer; las leyes sobre propiedad comunal de viviendas o tierras; y el estatus de los títulos formales de propiedad de la tierra frente a la propiedad de carácter consuetudinario.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué ocurre si las normas o los procedimientos nacionales relativos a la restitución son incompatibles con los Principios?

A pesar de que los Principios no constituyen un tratado, están basados en toda una serie de derechos y disposiciones reglamentarias vigentes recogidas en los tratados y otras leyes de carácter vinculante. Casi todos, si no todos, los Estados han ratificado los tratados de derechos humanos, de derecho humanitario y otros tratados y cuentan con legislación en estos ámbitos y ámbitos relacionados. Se puede decir, por tanto, que los Estados no pueden desarrollar intencionadamente normas o procedimientos de restitución incompatibles con la normativa internacional, ni pueden justificar la violación del derecho internacional sobre la base de la legislación nacional. Esta perspectiva se ve reforzada, por supuesto, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece claramente el principio *pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (art. 26), así como el art. 27 que dispone que un Estado no puede invocar sus disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

- ◆ ¿Se impone alguna vez el derecho internacional sobre la legislación nacional?

Si bien no es común y rara vez es deseable, aunque fuera factible, imponer una determinada normativa a gobiernos que se resisten a aceptar o aplicar el derecho a la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados o desplazados internos que regresan, ello ha ocurrido en varias ocasiones, particularmente en Bosnia–Herzegovina. En varias ocasiones, ante la negativa inicial de las autoridades de revisar leyes discriminatorias sobre la vivienda y el patrimonio, la Oficina del Alto Representante se vio obligada a imponer nuevas leyes que fueran plenamente compatibles con la normativa internacional.

◆ ¿Qué valor se otorga al derecho consuetudinario en este ámbito?

La aplicación de normas consuetudinarias en la esfera de la propiedad, uso de la tierra, sucesión y otras áreas relacionadas con la restitución es algo habitual en muchos países en vías de desarrollo. Los usuarios del Manual habrán de familiarizarse con el alcance y el significado que se otorgue al derecho consuetudinario y, cuando proceda y sea compatible con la normativa internacional, utilizarlo como una posible herramienta para la resolución de conflictos sobre la vivienda, la tierra y el patrimonio y en última instancia, para salvaguardar el derecho a la restitución. En muchos países, la relación con la tierra se regula sobre la base del derecho consuetudinario, lo que puede dar lugar a soluciones justas, imparciales y equitativas en un amplio abanico de disputas sobre la tierra. En aquellos casos en los que los sistemas jurídicos nacionales no funcionen de manera puntual, accesible y justa, el derecho consuetudinario puede proporcionar remedios alternativos eficaces, ya sea como medida temporal o como complemento del sistema oficial vigente. Si se busca el apoyo de mecanismos consuetudinarios que jueguen un papel constructivo, éstos han de ser: legítimos a los ojos de la población involucrada; accesibles para las personas sin recursos (y a veces analfabetas); oportunos respecto a la toma de decisiones; transparentes en su funcionamiento; no discriminatorios; justos en sus decisiones; y coherentes tanto con la legislación nacional como con la normativa internacional de derechos humanos.

La aplicación del derecho consuetudinario puede ser extremadamente compleja y a veces difícil de entender por personas de otros países o regiones. Por ejemplo, en el sur de Sudán, las cuestiones relativas a la tierra y el patrimonio están fuertemente marcadas por el derecho consuetudinario, especialmente en las zonas rurales. La restitución de la tierra y el patrimonio mediante la aplicación de las normas y los usos consuetudinarios de las áreas de origen puede tener varias ventajas; la administración local de tierras puede funcionar hasta un cierto límite; los mecanismos locales para la resolución de controversias pueden funcionar bajo ciertas condiciones; y la gestión local puede ser eficaz y suponer un coste mínimo para el estado. Por otro lado, los sistemas consuetudinarios tienen también puntos débiles, como el hecho de que únicamente son aplicables siempre y cuando no entren en conflicto con el derecho positivo; reconocen menos derechos a las mujeres que a los hombres; su jurisdicción es a menudo incierta; su documentación es complicada; y las autoridades pueden tener dificultades para afrontar nuevos valores.

Lecturas recomendadas

Consejo Noruego para los Refugiados, A Guide to Property Law in Afghanistan, CNR y ACNUR Afganistán, 2005.

Marks, S. and Clapham, A., International Human Rights Lexicon, Oxford, 2006. ONU Hábitat, Programa de Derecho a la Vivienda, Housing Rights Legislation, ONU Hábitat y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002.

Principio 12. Procedimientos, instituciones y mecanismos nacionales

12.1. *Los Estados deben establecer procedimientos, instituciones y mecanismos que de una manera equitativa, oportuna, independiente, transparente y no discriminatoria, y con su apoyo, permitan evaluar y dar curso a las reclamaciones relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. En los casos en que estas cuestiones se puedan abordar de forma eficaz con los procedimientos, las instituciones y los mecanismos existentes, se deben proporcionar los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para facilitar la restitución de forma justa y oportuna.*

12.2. *Los Estados deben velar por que en los procedimientos, las instituciones y los mecanismos de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio se tengan en cuenta los aspectos relativos a la edad y al género, se reconozca la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, así como entre niños y niñas, y se refleje el principio general del “interés superior del niño”.*

12.3. *Los Estados deben adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales apropiadas para apoyar y facilitar el proceso de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. Los Estados deben proporcionar a todos los organismos competentes los recursos financieros, humanos y de otra índole necesarios para que realicen plenamente su labor de forma justa y oportuna.*

12.4. *Los Estados deben establecer directrices para garantizar la eficacia de todos los procedimientos, las instituciones y los mecanismos pertinentes de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, en particular directrices relativas a la organización institucional, la capacitación del personal y la tramitación de los casos pendientes, los procedimientos de investigación y tramitación de denuncias, y la verificación de la titularidad de los bienes o de otros derechos de propiedad, así como a los mecanismos de adopción, ejecución y apelación de decisiones. Los Estados pueden incluir en estos procesos mecanismos alternativos u oficiosos de solución de conflictos, siempre*

y cuando la actuación de dichos mecanismos se ajuste a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación.

12.5. En caso de quebrantamiento general del Estado de Derecho o cuando no puedan poner en marcha los procedimientos, las instituciones y los mecanismos necesarios para facilitar el proceso de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio de forma justa y oportuna, los Estados deben solicitar la asistencia y la cooperación técnicas de los organismos internacionales competentes con miras a establecer regímenes provisionales que proporcionen a los refugiados y desplazados los procedimientos, las instituciones y los mecanismos necesarios a fin de garantizar los recursos eficaces para realizar su derecho de restitución.

12.6. En los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria, los Estados deben prever procedimientos, instituciones y mecanismos de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. En los acuerdos de paz, las partes deben comprometerse expresamente a abordar de forma apropiada todas las cuestiones relativas a las viviendas, las tierras y el patrimonio que requieran reparaciones con arreglo al derecho internacional o que, en caso de no abordarse, podrían poner en peligro el proceso de paz; también se comprometerán a dar prioridad de forma manifiesta al derecho de restitución como medio preferente de reparación a este respecto.

El Principio 12 reconoce que unos procedimientos judiciales y administrativos de restitución eficaces y competentes para tramitar reclamaciones de restitución pueden constituir – en ocasiones con el apoyo de instituciones internacionales – la piedra angular de los esfuerzos para garantizar el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio. Aunque la modalidad en sí puede variar de un país a otro, todo programa de restitución requiere la plena aplicación de estas medidas de manera ordenada y compatible con la legalidad vigente. La falta de tutela judicial efectiva, imparcial y accesible, así como de otros recursos efectivos, puede comprometer seriamente el proceso de restitución. Los órganos judiciales juegan un papel especial en la salvaguarda de la credibilidad y la justicia de todo el proceso de restitución. Este es particularmente el caso tras los conflictos, donde la división política interna puede impedir la administración efectiva de los programas de restitución por parte de las instituciones, ya sea por la parcialidad de las mismas o por la falta de capacidad y de recursos. Ciertamente, los conflictos pueden destruir el sistema judicial, hacerlo inoperante, o sobrecargarlo, sin que a su vez existan procedimientos justos e imparciales para la resolución de conflictos relativos a las viviendas, las tierras y la propiedad.

Incluso cuando las instituciones judiciales funcionan con normalidad, las circunstancias concretas y los casos específicos tras un desplazamiento a gran escala, suelen ser de tal naturaleza que su resolución a través de los tribunales sea inviable. En Irak, por ejemplo, la Comisión para la Resolución de Disputas sobre la Propiedad Inmobiliaria (CRRPD por sus siglas en inglés) había recibido más de 130,000 reclamaciones de restitución e indemnización un año antes de que finalizara el plazo. Dejar semejante número de casos en manos de los tribunales no sólo causa retrasos inaceptables para los solicitantes, sino que además puede afectar gravemente el funcionamiento normal del sistema judicial, poniendo por tanto en peligro la consolidación del Estado de Derecho. Si bien la vía judicial es la adecuada para la resolución de casos aislados de restitución de la propiedad, normalmente no está preparada para llevar cientos de miles de casos, lo que requiere un enfoque más flexible y pragmático.

La creación de nuevos mecanismos para la resolución de este tipo de conflictos (tanto judiciales como cuasi-judiciales) es cada vez más común, como lo demuestra la experiencia en Afganistán, Bosnia–Herzegovina, Kósovo, Tayikistán, Irak y otros países. Estos mecanismos pueden ser de carácter puramente local, como el caso de Irak, o internacional, como por ejemplo en Bosnia y Herzegovina, o una combinación de ambos. Lo que convenga en cada caso dependerá del contexto nacional e internacional en cuestión. No obstante, en muchas ocasiones, la creación de un organismo especial dedicado a estas cuestiones puede ser la única vía para el reconocimiento oficial o la resolución de litigios sobre reclamaciones de viviendas o tierras.

Al mismo tiempo, este tipo de organismos también entrañan una serie de problemas que no se pueden pasar por alto. En Afganistán, por ejemplo, se estableció un Tribunal Especial para la resolución de conflictos sobre la propiedad en relación con los refugiados. Sin embargo el Tribunal era conocido por su ineficacia y actualmente está siendo clausurado y todos sus casos trasladados a los tribunales ordinarios. En Bosnia y Herzegovina, las decisiones de la Comisión de Reclamación de la Propiedad Inmobiliaria no eran susceptibles de ejecución inmediata por parte de las autoridades locales, y la ley que permitía la ejecución de las mismas no se adoptó hasta cinco años después. Además, estas decisiones estaban restringidas a la determinación de la titularidad de la propiedad y no incluía referencia alguna a los derechos de los ocupantes secundarios. En consecuencia, los que habían logrado una decisión favorable de la Comisión, habían de acudir al procedimiento administrativo local para su ejecución, lo que les hacía depender del funcionamiento burocrático del sistema nacional de vivienda.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 12

Para la resolución de conflictos sobre la vivienda, la tierra y la propiedad – Cuando los refugiados y desplazados retornan masivamente y empiezan a recuperar sus antiguos hogares, los ocupantes secundarios se enfrentan a la necesidad de encontrar un alojamiento alternativo, y algunos oportunistas intentan aprovecharse de la frágil situación del orden público. En estos casos, son comunes los conflictos sobre la restitución de las viviendas, las tierras o el patrimonio.

Tales conflictos – que pueden degenerar en violencia y graves situaciones de inseguridad – pueden adoptar diversas formas, como: intentos por parte de las personas desplazadas o refugiadas de recuperar físicamente sus antiguos hogares ocupados por miembros de otros grupos étnicos; reclamaciones de viviendas, tierras y patrimonio por parte de personas que carecen de la documentación pertinente, a pesar de la plena legitimidad de su derecho; la confirmación de los derechos de los ocupantes que poseen “títulos de propiedad oficiales” en detrimento de los retornados que carecen de ellos; la confirmación de los derechos de propiedad a raíz de traspasos no registrados o informales; reclamaciones de compradores de buena fe tras la expropiación de la propiedad; reclamaciones de reparación de las viviendas, tierras y bienes legítimos de los refugiados y desplazados que regresan; reclamaciones sobre la demarcación de terrenos; reclamaciones sobre derechos de tenencia y de cultivo; y muchas otras. Los procesos de restitución proporcionan los medios para el desarrollo de mecanismos justos y basados en los derechos humanos para la resolución de tales disputas de manera justa y sistemática.

Durante el proceso de creación de organismos de restitución especializados nacionales o internacionales durante las operaciones de paz después de los conflictos – En aquellos países en los que prevalecen los problemas de restitución y cuyos tribunales a nivel nacional o local, u otros organismos de resolución de disputas no pueden contribuir a la resolución de reclamaciones de restitución a causa de una restricción de su capacidad, o por falta de independencia o una trayectoria de corrupción, o no tienen la voluntad de afrontarlas, puede hacer falta crear un organismo internacional que lleve a cabo estas tareas.

A pesar de sus obvias limitaciones, la Comisión de Reclamaciones de Propiedad Inmobiliaria en Bosnia–Herzegovina y la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio en Kósovo constituyen un ejemplo de superación, al menos parcial, de problemas de objetividad y competencia en el seno de los sistemas judiciales a nivel local, mediante el apoyo de organismos internacionales independientes. Claramente, en aquellas situaciones en las que los tribunales

no tienen la capacidad requerida, o se percibe que son parciales o corruptos, hay que considerar el desarrollo de otros mecanismos. Puede que también haga falta recurrir a mecanismos bajo gestión internacional para proteger los derechos de minorías mal vistas aunque debe tenerse en cuenta que estos mecanismos suelen ser bastante lentos, poco eficaces y costosos y que las iniciativas mal concebidas a veces acaban empeorando las cosas. Para que estas instituciones sean eficaces, tienen que recibir apoyo del exterior para cumplir con su fuerte carga de trabajo y superar los enormes obstáculos que van surgiendo a lo largo del proceso de restitución. Para resolver las reclamaciones de restitución, las instituciones involucradas han de disponer de toda una serie de recursos flexibles, y los refugiados han de tener el derecho de optar por el recurso que mejor se adapte a sus necesidades y que más concuerde con sus derechos y su voluntad. Uno de los retos en la creación de organismos especializados nacionales, locales o internacionales es asegurarse de que sus procedimientos están adaptados para resolver sobre un alto número de casos de de restitución de la propiedad y de indemnización de refugiados y desplazados, que muy a menudo tienen un acceso limitado a pruebas que sustenten sus reclamaciones. En el caso de tribunales civiles, ello puede requerir, por ejemplo, que se admita un nivel de prueba más flexible del habitual; que se limite la declaración oral, ya que puede imprimir una mayor lentitud al proceso; y cerciorarse de que el procedimiento, en general, sea lo más ligero y flexible posible, por supuesto sin que ello perjudique los derechos de los demandantes.

También hay que analizar los procesos locales o tradicionales de resolución de conflictos, así como los posibles mecanismos no judiciales, como el arbitraje y la mediación. Sin embargo, para que pueda haber un procedimiento de restitución efectivo, es fundamental clarificar la posición de los organismos nacionales o locales de restitución en el conjunto del marco jurídico. Ello puede requerir precisar su relación con los organismos encargados de la ejecución de las decisiones a nivel local si el organismo en cuestión no tuviera dicha responsabilidad, como en el caso de la Comisión Iraquí de Reclamaciones de Propiedad Inmobiliaria. Por último, para ser efectivas, este tipo de instituciones pueden requerir también apoyo externo para cumplir con su pesada carga de trabajo y superar los numerosos y formidables obstáculos que surgen durante el proceso de restitución. Una forma de apoyo puede ser sensibilizar al personal de tales organismos nacionales o locales y proporcionarle información sobre prácticas anteriores de reparación a gran escala, a nivel nacional o internacional, para que pueda beneficiarse de las experiencias del pasado. Esta es la línea en la que la OIM, por ejemplo, ha venido compartiendo su experiencia sobre el desarrollo de programas de reparación a gran escala con la Comisión para la Resolución de Disputas

sobre la Propiedad Inmobiliaria (CRRPD) en Irak y la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en Colombia, entre otras.

En el marco de conversaciones de paz – El Principio 12.6 hace hincapié en la necesidad de incorporar directamente los derechos y mecanismos de restitución a los acuerdos de paz para acelerar la creación de las instituciones pertinentes. En ninguno de los documentos que definen la autoridad y las competencias de las varias operaciones que se han desarrollado en los Balcanes, Timor Oriental u otros lugares han figurado cuestiones relativas a los derechos a la vivienda, la tierra y el patrimonio con la prominencia que hubieran merecido. Ni siquiera los Acuerdos de Dayton, que contemplaban claramente en su Anexo 7 el derecho de los refugiados y las personas desplazadas a regresar a sus antiguos hogares, previeron en el momento de su firma, en 1995, gran parte de las actividades que luego llevaría a cabo la comunidad internacional. Como reacción a la inseguridad, la inestabilidad y los problemas jurídicos, económicos, sociales y similares que surgen de modo inevitable tras los conflictos cuando las cuestiones relativas a los derechos a la vivienda, la tierra y el patrimonio no se tratan a tiempo, algunas operaciones de paz importantes efectivamente empezaron, aunque a posteriori, a adoptar algunas medidas para enfrentarse por lo menos a los desafíos más serios. Si estas competencias hubieran sido incorporadas directamente a los acuerdos para la creación de las operaciones de paz, o en una etapa temprana tras su creación, los esfuerzos para la construcción de una paz duradera y para la recuperación probablemente hubieran tenido más éxito.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿Qué elementos habría que analizar para verificar la eficacia de las medidas de restitución?

Los Estados han de adoptar directrices para garantizar la eficacia de todos los procedimientos, instituciones y mecanismos relativos a la restitución de viviendas, tierras y patrimonio. Al hacerlo, habría que clarificar varias cuestiones, que incluyen: la jurisdicción del organismo de restitución; los tipos de reclamaciones que pueden presentarse ante los respectivos mecanismos; quién puede presentar dichas reclamaciones; cuánto pueden remontarse las mismas en el tiempo; cómo puede garantizarse que un órgano de apelación independiente resuelva los errores de hecho y de derecho sin que ello cause una excesiva dilación del proceso de restitución; qué papel, en su caso, jugarían los mecanismos de resolución de conflictos, especialmente en países sin un poder judicial independiente u operativo; hasta qué punto ha de asistir la comunidad internacional en este tipo de procesos; si las decisiones

son de naturaleza temporal o permanente; hasta qué punto se puede hacer justicia a través de procedimientos administrativos; y cómo garantizar la ejecución de las decisiones si los ocupantes secundarios no están dispuestos a abandonar voluntariamente el hogar o la tierra que ocupan. Estas decisiones habrán de adaptarse a las circunstancias particulares de cada situación y ser, al mismo tiempo, compatibles con los Principios.

♦ ¿Qué papel juegan los tribunales locales en los procesos de restitución?

En teoría, el reconocimiento de los derechos a la vivienda y la propiedad así como su ejecución debería corresponder a los tribunales y otros órganos decisorios locales en los países de origen. No obstante, incluso si hubiera tribunales justos, imparciales, competentes y equipados adecuadamente para resolver un alto número de casos de restitución, la práctica ha venido demostrando que los mejores resultados de restitución se han logrado a través de la combinación de mecanismos judiciales, procedimientos administrativos, mediación comunitaria, así como la aplicación del derecho consuetudinario, cuando procediera, y la prestación de asistencia jurídica. También hay que recordar que, a menudo, la ejecución o no de las decisiones de restitución emitidas por organismos internacionales, acabará dependiendo de tribunales locales.

♦ ¿Puede lograrse la restitución de la vivienda y el patrimonio a través de procedimientos no judiciales?

Los procedimientos no judiciales a veces pueden lograr mejores resultados y garantizar la restitución a un número mayor de personas en menos tiempo, que los procedimientos de restitución puramente judiciales. El programa de restitución de Suráfrica por ejemplo, se transformó de un sistema judicial en un sistema de naturaleza predominantemente administrativa una vez se hizo evidente que el enfoque puramente judicial podría ser excesivamente arduo, retrasando gravemente la posibilidad de hacer valer el derecho a la restitución y, en última instancia, no responder al interés de los titulares del mismo. En otros países, los mecanismos consuetudinarios de resolución de conflictos pueden ser más efectivos que la vía judicial, dada la falta de capacidad judicial y el número de casos pendientes que suele haber en los países que generan refugiados y personas desplazadas.

Lecturas recomendadas

Para obtener ejemplos de derechos e instituciones de restitución establecidos por la comunidad internacional, pueden consultarse los siguientes documentos:

Anexo 7, Capítulo II, Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia–Herzegovina, 14 de diciembre de 1995.

Philpott, C., ‘Though the Dog is Dead, the Pig Must be Killed: Finishing with Property Restitution to Bosnia–Herzegovina’s IDPs and Refugees’ in *Journal of Refugee Studies*, vol. 18, no.1, pp 1–24, 2005.

Centro de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU–Hábitat) *Housing and Property in Kosovo: Rights, Law & Justice: Proposals for a Comprehensive Plan of Action for the Promotion and Protection of Housing and Property Rights in Kosovo*, 30 August 1999.

UNMK Reglamento N° 1999/23 (que establece la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio y la Comisión de Reclamaciones de Vivienda y Patrimonio) 15 noviembre 1999.

Principio 13. Accesibilidad de los procedimientos de reclamación de restitución

13.1 *Toda persona a quien se haya privado arbitraria o ilegalmente de su vivienda, sus tierras o su patrimonio debe tener la posibilidad de presentar una reclamación de restitución o de indemnización ante un órgano independiente e imparcial, que debe pronunciarse acerca de la reclamación y notificar su resolución al reclamante. Los Estados no deben establecer condiciones previas para la presentación de una reclamación de restitución.*

13.2. *Los Estados deben velar por que todos los aspectos de los procedimientos de reclamación de restitución, incluidos los trámites de apelación, sean justos, oportunos, accesibles y gratuitos, y que en ellos se tengan en cuenta las cuestiones de edad y de género. Los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que las mujeres puedan participar en condiciones de plena igualdad en estos procedimientos.*

13.3. *Los Estados deben garantizar que los niños separados o no acompañados puedan participar en los procedimientos de reclamación de restitución y estén plenamente representados en él, así como que cualquier decisión relativa a las reclamaciones de restitución presentadas por niños separados no acompañados se adopte de conformidad con el principio general del “interés superior del niño”.*

13.4. *Los Estados deben garantizar que todos los refugiados y desplazados, cualquiera sea el lugar en que residan durante el período de desplazamiento, puedan acceder a los procedimientos de reclamación de la restitución ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan*

huido. Los Estados deben garantizar que todas las personas afectadas tengan conocimiento de los procedimientos de reclamación de la restitución y que la información sobre dichos procedimientos se ponga fácilmente a su disposición, ya sea en los países de origen, en los países de asilo o en los países a los que hayan huido.

13.5. *Los Estados deben procurar establecer centros y oficinas de tramitación de las reclamaciones de restitución en todas las zonas afectadas en que residen personas con derecho a presentar esas reclamaciones.*

13.6. *Los Estados deben velar por que los usuarios de las viviendas, las tierras o el patrimonio, incluidos los arrendatarios, tengan derecho a participar en los procedimientos de reclamación de la restitución, incluso mediante la presentación de reclamaciones conjuntas.*

13.7. *Los Estados deben elaborar formularios de reclamación de la restitución que sean sencillos y fáciles de entender y utilizar, y que estén redactados en el idioma o los idiomas principales de los grupos afectados. Se debe prestar a las personas asistencia adecuada para rellenar y presentar todos los formularios de reclamación necesarios, teniendo en cuenta la edad y el género de los reclamantes.*

13.8. *Cuando no sea posible simplificar suficientemente los formularios de reclamación debido a la complejidad inherente a esos procedimientos, los Estados deben contratar a personas cualificadas para que se entrevisten con los reclamantes potenciales y, respetando el principio de confidencial y teniendo en cuenta su edad y su género, recaben la información necesaria para completar los formularios de reclamación en su nombre.*

13.9. *Los Estados deben establecer plazos precisos para la presentación de reclamaciones de restitución. Esos plazos, que deben divulgarse ampliamente y ser suficientemente extensos para que todos los afectados puedan presentar sus reclamaciones, han de establecerse teniendo en cuenta el número de reclamantes potenciales, las posibles dificultades para obtener y recopilar la información, el alcance del desplazamiento, la accesibilidad de los procedimientos para grupos potencialmente desfavorecidos e individuos vulnerables, y la situación política en el país o la región de origen.*

13.10. *Los Estados deben velar por que se proporcione a las personas que lo necesiten, incluidos los analfabetos y los discapacitados, una asistencia especial para garantizar que no se les niegue el acceso a los procedimientos de reclamación de restitución.*

13.11. *Los Estados deben garantizar la prestación de una asistencia jurídica adecuada y, de ser posible, gratuita a quienes deseen presentar una reclama-*

ción de restitución. Esta asistencia jurídica, cuya prestación podrá correr a cargo de instituciones gubernamentales o no gubernamentales (nacionales o internacionales), deberá estar exenta de discriminación y satisfacer normas adecuadas de calidad, equidad e imparcialidad, a fin de que los procedimientos de reclamación no se vean menoscabados.

13.12. *Los Estados deben velar por que nadie sea procesado o castigado por presentar una reclamación de restitución.*

Mientras que el Principio 12 trata de la necesidad de disponer de procedimientos, mecanismos e instituciones de restitución efectivos, el Principio 13 reconoce que las medidas adoptadas no solo han de ser efectivas para la aplicación de políticas de restitución, sino que además todos sus destinatarios han de poder acceder a ellas con facilidad. Los procedimientos de reclamación han de ser física, lingüística y económicamente accesibles y habrá que tomar medidas para garantizar que los grupos excluidos y las personas vulnerables puedan beneficiarse de tales instituciones de manera justa y equitativa.

Los procedimientos para la restitución del derecho a la vivienda, la tierra y el patrimonio de los desplazados durante los conflictos se basan invariablemente en procesos de reclamación –ya sean formales o informales–, por los que todo caso de restitución es procesado por un órgano competente. En algunos países, los órganos judiciales a nivel local y nacional reciben, evalúan y deciden las reclamaciones de restitución, mientras que en otros son los organismos internacionales los que asumen esta tarea fundamental. A veces se combinan los esfuerzos de ambos. Dada la sensibilidad de estos temas así como la necesidad de crear un entorno que permita la identificación de soluciones duraderas para los problemas de restitución, lo mejor es que el proceso se desarrolle a nivel nacional, contando a la vez con el apoyo de la comunidad internacional, salvo que se impusiera otra solución mejor. En última instancia, los procedimientos de restitución han de ser libres, sencillos, accesibles y han de permitir la ejecución de las decisiones emitidas. Igualmente, han de diseñarse de manera que todas las reclamaciones puedan resolverse de manera justa y eficaz.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 13

Garantías de acceso en condiciones de igualdad de todos los titulares de reclamaciones de restitución– Todos los procesos de restitución han de prever soluciones permanentes respecto a las viviendas (o las tierras o el patrimonio) de todos los retornados, incluidos los propietarios, los inquilinos y to-

dos a los que se les haya reconocido el derecho a la restitución, preferiblemente respecto de sus antiguos hogares. Todo programa de restitución ha de integrar esta perspectiva en su diseño. Todos aquellos que deseen presentar una reclamación de restitución han de tener a su disposición formularios claros e instrucciones sencillas para su cumplimentación y presentación. Asimismo habrán de establecerse centros y oficinas de reclamaciones en las áreas de residencia de los solicitantes, para que puedan acudir a las oficinas más cercanas o, si fuera necesario, habrán de desplegarse equipos móviles en dichas zonas. Ello puede incluir a los países vecinos con asentamientos de refugiados a la espera de la oportunidad de regresar. La creación de centros de asesoría jurídica independientes para asistir a aquellos refugiados que deseen hacer valer su derecho a la restitución de su vivienda o patrimonio puede ser un elemento útil en el marco de procesos de reclamación independientes. Los órganos de restitución han de poder acceder libremente a todos los registros de la propiedad y estar dispuestos a aceptar todo tipo de elementos de prueba. Igualmente, deberán adoptarse medidas especiales para la consideración de las reclamaciones colectivas de restitución que pudieran presentarse ante los respectivos organismos.

Tramitación desde el extranjero – Un programa de restitución tras un conflicto armado únicamente podrá facilitar soluciones duraderas y contribuir así a la reconciliación del país en la medida en que todas las víctimas, incluidos los refugiados, tengan la oportunidad de acceder a él de manera efectiva. A menudo, la única forma de lograr un acceso efectivo es permitiendo a los solicitantes que presenten su reclamación desde el país donde residen. Este tipo de sistemas de tramitación desde el extranjero supone un peso logístico y administrativo adicional para el programa de restitución y acrecienta la complejidad del proceso de restitución en general. Si bien hay que garantizar el trato por igual de todos los solicitantes, ya estén en su país o en el extranjero, estos últimos pueden requerir campañas de apoyo o de medidas adicionales de apoyo si carecen de acceso a medios de prueba, como los registros de la propiedad. En su momento de máxima actividad en 1999, siete de las 23 oficinas de apoyo de la Oficina Ejecutiva de la Comisión de Reclamaciones sobre Propiedad Inmobiliaria (CRPC por sus siglas en inglés) estaban situadas en países de Europa occidental que acogían un alto número de refugiados. Igualmente, el Programa Alemán de Indemnización por Trabajos Forzados funcionó a través la red mundial de oficinas regionales de la OIM, para sus campañas de comunicación pública y se recopilaron reclamaciones en más de 60 países.

Situación jurídica de los actuales ocupantes y de terceros – Para lograr soluciones justas y sostenibles, hay que permitir el acceso a los procedimien-

tos de restitución a todas las partes involucradas, incluidos los ocupantes o usuarios de la propiedad reclamada. La notificación de las reclamaciones pendientes a ocupantes y a terceros supone una pesada carga administrativa para los respectivos programas; asimismo, la consideración de sus respectivos derechos de propiedad aumenta considerablemente la complejidad del proceso de decisión. Es fundamental que todo procedimiento de resolución de reclamaciones esté diseñado de manera que permita la participación de terceros de manera justa y eficaz. Los diversos programas de reclamación de la propiedad han optado por diferentes aproximaciones a la cuestión de la situación jurídica de terceras personas: bajo la normativa que regía el proceso de resolución de reclamaciones de la Comisión de reclamaciones de vivienda y patrimonio en Kosovo, el ocupante actual tenía la posibilidad de interponer una contra-reclamación al ser notificado de una reclamación con relación a la propiedad en la que se encontraba. De la misma forma, la CRRPD de Irak notifica las reclamaciones a los ocupantes y a terceros interesados que haya podido identificar –si su notificación personal a través de una notificación pública no fuera posible– y les invita a responder a la reclamación para proteger su propio derecho a la propiedad. En Bosnia–Herzegovina el ocupante podía presentar una solicitud de reconsideración al CRPC al ser notificado acerca de la decisión. La dificultad de los procedimientos de notificación aumenta a medida que el proceso va sobrepasando el ámbito urbano y adentrándose en el rural. Las notificaciones en el ámbito rural son notoriamente más complejas, y a menudo, de hecho, imposibles, dada la falta de direcciones reconocidas o fácilmente localizables, la abundancia de acuerdos consuetudinarios sobre la tierra y las dificultades de encontrar a los destinatarios de las respectivas notificaciones.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué clase de pruebas pueden hacer valer los titulares de reclamaciones de restitución de viviendas y patrimonio?

Además del registro formal de la propiedad, los procedimientos de restitución pueden admitir toda una variedad de pruebas. Entre ellas estarían por ejemplo los contratos certificados de ventas; contratos certificados de donaciones; decisiones de sucesión con validez legal; fallos judiciales sobre la propiedad; decisiones válidas alcanzadas en el marco de procedimientos administrativos; permisos de construcción; acuerdos para la concesión de crédito o de hipotecas; impuestos sobre la propiedad o el patrimonio; licencias de construcción; autorizaciones de uso; contratos de uso de apartamentos; extractos de archivos oficiales; decisiones sobre la asignación de un aparta-

mento; comunicaciones relativas al alquiler de apartamentos o al coste del alquiler; facturas de alquiler de un apartamento; declaraciones de abandono de apartamentos; certificados de lugar de residencia; facturas (instalaciones, teléfono, gas, etc.); guías telefónicas de antes de la guerra; declaraciones de testigos directos; carnets de identidad; copias del registro de vehículos; archivos del censo; contratos personales; registros de despidos; fotografías; informes de valedores; registros de votantes; y otros. Dadas las frecuentes dificultades para recabar y presentar pruebas con esta finalidad, los usuarios del Manual pueden considerar el desarrollo de proyectos y de capacitación para asistir a los titulares de reclamaciones de restitución en este ámbito. El tipo de pruebas que puedan hacerse valer dependerá del grado de certeza jurídica acordado en el seno de cada programa de reparación. Algunos programas de reclamación de la propiedad han venido aplicando un grado de certeza jurídica inferior al que requieren los tribunales, por ejemplo en relación con la “credibilidad” o la “verosimilitud”, reconociendo el hecho de que, al huir de sus hogares, lo más probable es que los solicitantes tuvieran que dejar tras de sí su documentación o que hubieran perdido los documentos, o que éstos hubieran sido destruidos durante el conflicto.

◆ ¿De qué manera puede facilitar el proceso la asistencia jurídica?

Los programas de asistencia jurídica a favor de titulares de reclamaciones de restitución se consideran cada vez más como el mejor apoyo posible para hacer valer el derecho a la restitución. Este tipo de programas hacen más accesibles los procedimientos de reclamación para la restitución y garantizan que las personas no se echen atrás a la vista de los obstáculos que se suelen encontrar al aventurarse en sistemas jurídicos tan complejos o intimidatorios. El Programa de Información, Asesoría y Asistencia Jurídica (ICLA) del Consejo Noruego para los Refugiados (CNR), ha facilitado la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio de decenas de miles de personas desplazadas (si no a más). Se han desarrollado programas de ICLA en Sudán, Uganda, la República Democrática del Congo, Burundi, Georgia, Azerbaiyán, Afganistán, Pakistán, Sri Lanka y Colombia. En los Balcanes, el CNR llevó a cabo programas de ICLA en Croacia, Bosnia–Herzegovina, Macedonia, Serbia y Kósovo. Aunque el CNR puso fin a las actividades de ICLA en la región de los Balcanes en enero de 2005, varias ONGs locales surgidas de estos programas continúan con esta labor. Aparte de elaborar cuestionarios de reclamaciones claros y fáciles de comprender, la asistencia a los solicitantes puede adoptar muchas formas; el tipo de asistencia que se brinde dependerá, por último, de las características demográficas del conjunto de solicitantes así como de los fondos disponibles. En el pasado, la asistencia ha incluido desde la impresión de instrucciones detalladas para la cumplimentación de los cues-

tionarios, o el establecimiento de centros de asistencia telefónica donde los solicitantes podían dirigir sus preguntas, hasta entrevistas individuales de solicitantes con el personal del programa en la fase de presentación de la reclamación. Por otra parte, las iniciativas de “capacitación de capacitadores” pueden contribuir a aliviar el exceso de trabajo en estos programas y pueden servir para que los grupos de apoyo a las víctimas proporcionen también una asistencia efectiva a los solicitantes individuales.

Lecturas recomendadas

Fitzpatrick, D., *Land Claims in East Timor*, Asia Pacific Press, Canberra, 2002.
Van Houte, H., ‘Mass Property Claims Resolution in a Post-War Society: The Commission for Real Property Claims in Bosnia and Herzegovina’, en 481 *International and Comparative Law Quarterly* 625, 1999.

Principio 14: Consulta y participación adecuadas en la adopción de decisiones

14.1. *Los Estados y los demás actores nacionales e internacionales interesados deben velar por que los programas de repatriación voluntaria y de restitución de viviendas, tierras y patrimonio se lleven a cabo previo mantenimiento de consultas apropiadas con las personas, las comunidades y los grupos afectados y con su adecuada participación.*

14.2. *Los Estados y los demás actores nacionales e internacionales interesados deben garantizar, en particular, que las mujeres, las poblaciones indígenas, las minorías raciales y étnicas, las personas de edad, los discapacitados y los niños estén adecuadamente representados e incluidos en los procesos de adopción de decisiones sobre la restitución, así como que dispongan de la información y los medios necesarios para participar en ellos de forma efectiva. Se debe prestar especial atención a las necesidades de las personas vulnerables, como las personas de edad, las mujeres solteras que sean cabeza de familia, los niños separados o no acompañados y las personas con discapacidad.*

El Principio 14 reconoce la importancia de involucrar a los posibles titulares de derechos de restitución como participantes en el proceso y no como meros sujetos de las medidas de restitución. Este Principio identifica a los grupos marginados y a los individuos vulnerables que han de tomar parte en los procesos de decisión y fortalecer su capacidad para tener una participación real y efectiva. El derecho a una consulta y una participación adecuadas en la adopción de decisiones ha sido articulado por muchos organismos, in-

cluido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de los desalojos forzados. En su Observación General N° 7, el Comité señaló que las comunidades afectadas habían de tener el derecho a una “una auténtica oportunidad” de ser consultadas. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos se hacen eco de esta perspectiva con el Principio Rector 28(2), que establece que “se tratará en especial de garantizar que los desplazados internos participen plenamente en la planificación y gestión de su regreso o de su reasentamiento y reintegración.”

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 14

En la recopilación de información durante el censo de las personas desplazadas y sondeos de opinión – El Principio 14 tiene como objetivo garantizar que los titulares del derecho a la restitución de sus viviendas, tierras o patrimonio sean partes activas de este proceso, que se les consulte plenamente así como que puedan dar su opinión antes de que se designen la normativa, los procedimientos o los mecanismos de restitución. Es importante que los usuarios del Manual tengan en cuenta las diferentes perspectivas existentes sobre cada aspecto de la restitución y que conozcan la opinión de los grupos de refugiados y desplazados sobre el funcionamiento del proceso de restitución en la práctica. Al mismo tiempo, hay que tener cuidado para no despertar falsas expectativas con relación a la restitución. Los titulares del derecho a la restitución habrán de ser invitados a contribuir con ideas concretas al diseño y la ejecución del proceso de restitución.

Estas opiniones pueden recabarse a través de reuniones, así como durante los ejercicios de censo y los sondeos de opinión que se lleven a cabo en los asentamientos y las zonas de concentración de población desplazada. No obstante, lo normal es que no sea posible incorporar las sugerencias de todos los grupos sobre el proceso de restitución. Por ello, habrá que comentar con cada participante cuáles pudieran ser los posibles obstáculos para poner en práctica su sugerencia. Si no se hace un esfuerzo real por manejar las expectativas, la solicitud de participación puede actuar en detrimento de todo el proceso de restitución al permitir que los titulares del derecho a la restitución alberguen determinadas expectativas que luego no vean cumplidas. El incumplimiento de las expectativas de los solicitantes, por último, puede menoscabar, en lugar de fortalecer, la aceptación del proceso y de su resultado.

Observar la perspectiva de género en los procesos de restitución – Es importante que haya garantías para que las mujeres refugiadas y desplazadas que deseen ejercer su derecho a la restitución tomen la decisión de manera au-

ténticamente voluntaria sin sufrir ningún tipo de presión o coerción al respecto. El punto de vista de las mujeres sobre la restitución puede centrarse en otros aspectos del proceso que no sean prioritarios para los hombres. Hay que tomar todas las medidas necesarias para conocer su opinión y buscar la forma de que se las tenga en cuenta a lo largo de todo el proceso.

Preguntas frecuentes

◆ ¿Cuál es la mejor forma de facilitar la participación?

Los refugiados y las personas desplazadas pueden jugar un papel fundamental en el desarrollo de los programas y las instituciones para la protección del derecho a la restitución siempre y cuando las autoridades locales y las organizaciones internacionales involucradas entiendan la importancia de integrar su punto de vista en el proceso de restitución y reconozcan que las medidas de restitución tienen más posibilidades de alcanzar sus objetivos si se involucra plenamente a los beneficiarios en un proceso de consulta. Los responsables del proceso de restitución han de tomar todas las medidas necesarias para facilitar la participación de los desplazados. Entre estas medidas estarían por ejemplo contribuir a la creación de organizaciones de refugiados o desplazados que representen a sus respectivas comunidades; implicar a estos grupos e invitarlos a reuniones sobre cuestiones de restitución; o fomentar el desarrollo o la utilización de mecanismos de resolución de conflictos informales a nivel comunitario. Esta última puede ser una herramienta clave para resolver los conflictos de propiedad con legitimidad y eficacia y para promover una mayor igualdad en las relaciones a nivel comunitario al respecto.

Lecturas recomendadas

Allen & Morsink (eds.), *When Refugees Go Home*, James Currey, London, 1994.

Black, R. y Koser, K. (eds.), *The End of the Refugee Cycle? Refugee Repatriation & Reconstruction*, Berghahn Books, New York, 1999.

Hammon, L., 'Examining the Discourse of Repatriation: Towards a More Proactive Theory of Return Migration', en *The End of the Refugee Cycle*, Berghahn Books, New York, 1999.

CICR, *Going Home: A Guidebook for Refugees*, Publicación del CICR, Sarajevo, 1997.

Principio 15. Registros y documentación de las viviendas, las tierras y el patrimonio

15.1. *Los Estados deben establecer o restablecer sistemas catastrales nacionales con fines múltiples u otros sistemas apropiados para el registro de los derechos sobre las viviendas, las tierras y el patrimonio como componente integrante de cualquier programa de restitución, respetando los derechos de los refugiados y desplazados.*

15.2. *Los Estados deben velar por que toda declaración judicial, cuasijudicial, administrativa o consuetudinaria relativa a la propiedad legítima de las viviendas, las tierras o el patrimonio, o a los derechos correspondientes, vaya acompañada de medidas encaminadas a hacer efectivos el registro o la delimitación de dichos bienes, como requisito para garantizar la seguridad jurídica de la tenencia. Estas medidas se ajustarán a las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, incluido el derecho a la protección contra la discriminación.*

15.3. *Los Estados deben garantizar, cuando proceda, que en los sistemas de registro se inscriban o se reconozcan los derechos de propiedad de las comunidades tradicionales e indígenas sobre tierras colectivas.*

15.4. *Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables deben velar por que los sistemas de registro existentes no se destruyan durante los conflictos o los períodos posteriores a ellos. Entre las medidas para prevenir la destrucción de los registros de las viviendas, las tierras y el patrimonio cabría incluir su protección in situ o, si fuera necesario, su traslado temporal a un lugar seguro o el establecimiento de un dispositivo de custodia adecuado. En caso de traslado, los registros se deben restituir a su lugar de origen lo antes posible tras el fin de las hostilidades. Los Estados y las demás autoridades responsables también pueden considerar la posibilidad de establecer procedimientos para copiar los registros (por ejemplo, en formato digital), trasladar los originales a un lugar seguro y acreditar la autenticidad de las copias.*

15.5. *Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables deben facilitar, a instancia de un reclamante o de su representante legal, copias de cualquier prueba documental que obre en su poder y que sea necesaria para presentar o fundamentar una reclamación de restitución. Dichas pruebas documentales deben proporcionarse gratuitamente o por una tasa módica.*

15.6. *Los Estados y las demás autoridades o instituciones responsables que lleven a cabo el registro de refugiados o desplazados deben esforzarse por recopilar la información pertinente para facilitar el proceso de restitución,*

por ejemplo incluyendo en el formulario de registro preguntas relativas a la ubicación y las características de las viviendas, las tierras, el patrimonio o el lugar de residencia habitual de que se vio privado cada refugiado o desplazado. Dicha información debe solicitarse siempre que se recaben datos de los refugiados y desplazados, incluso durante la huida.

15.7. En casos de desplazamiento masivo en que existan pocas pruebas documentales de la titularidad o de los derechos de propiedad, los Estados pueden adoptar la presunción de pleno derecho de que las personas que hayan huido de sus hogares durante un determinado período marcado por la violencia o el desastre lo hicieron por motivos relacionados con la violencia o el desastre y que, por tanto, tienen derecho a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio. En dichos casos, las propias autoridades administrativas y judiciales pueden encargarse de determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de restitución que no vayan acompañadas de la documentación necesaria.

15.8. Los Estados no considerarán válida ninguna transacción de viviendas, tierras o patrimonio, incluida cualquier transferencia que se haya efectuado bajo presión o bajo cualquier otro tipo de coacción o fuerza directa o indirecta, o en la que se hayan respetado las normas internacionales de derechos humanos.

El Principio 15 trata de la formalización de los derechos a la vivienda, la tierra y la propiedad a través del registro pertinente de todos los datos, decisiones y documentos relativos a los procesos de restitución. Con él se pretende facilitar el proceso de restitución a través de la logística, mediante el establecimiento, preservación o reconstrucción del sistema de registro de la propiedad. El Principio 15.1 urge a los Estados a desarrollar sistemas catastrales “multifuncionales” u otros sistemas para el registro de los derechos emanados de los pronunciamientos que determinen la restitución de las viviendas, tierras y patrimonio a los refugiados y a las personas desplazadas. El Principio 15.2 vincula los pronunciamientos al consecuente registro de los derechos para garantizar la seguridad de la tenencia. En situaciones de desplazamiento masivo, los Estados deben promover la coordinación entre los organismos judiciales o administrativos con facultad para pronunciarse sobre los derechos de propiedad y la institución o instituciones responsables de su inscripción en el registro de tenencia, de manera que se facilite un intercambio eficaz de información. El Principio 15.3 señala la importancia de desarrollar sistemas de registro apropiados para inscribir aquellos derechos de tierras que no suelen figurar en el catastro oficial, como la tierra de los pueblos indígenas y la titularidad colectiva sobre la tierra.

El daño o la destrucción de las viviendas de los refugiados y de las personas desplazadas, sobre todo si está vinculado con delitos de “limpieza étnica”, suelen ir acompañados de la confiscación o la destrucción del catastro de la vivienda y el patrimonio, los registros de la propiedad y cualesquiera otros archivos oficiales que den cuenta de los derechos de propiedad y residencia. En muchos conflictos, el catastro de la vivienda y el patrimonio y los documentos son intencionadamente destruidos o confiscados por una de las partes de la contienda con el fin de extinguir los derechos de los miembros del otro grupo. En Kosovo, por ejemplo, desaparecieron más de la mitad de estos registros. Por ello, la protección o el restablecimiento de registros de la propiedad después del conflicto puede facilitar en gran medida el proceso de restitución al proporcionar (lo que debería ser) un medio de prueba independiente para legitimar las reclamaciones de restitución. Estos elementos forman la base del Principio 15.4. A veces puede hacer falta crear o mantener registros de tierras o de bases de datos. En caso de que haya un registro de la propiedad de la tierra o similar, ha de hacerse público a nivel local y se tiene que poder inspeccionar sin un alto coste ni obstáculos de tipo administrativo. El acceso a este tipo de registros es crucial para garantizar la transparencia y un funcionamiento riguroso del proceso de restitución.

El Principio 15.7 imprime un cierto grado de flexibilidad a las cuestiones relativas al registro de derechos de vivienda patrimonio al reconocer que, a raíz de las circunstancias de la huida, los refugiados y las personas desplazadas pueden carecer de pruebas documentales que certifiquen su derecho a sus antiguos hogares sin que ello afecte, por tanto, su derecho a la restitución. Sabiendo que el desplazamiento suele ocurrir durante situaciones de conflicto, el Principio 15.8 fue redactado para invalidar todo traspaso de derechos que se hubiera efectuado por coacción.

Al aplicar el Principio 15 los usuarios del Manual han de tener en cuenta las diferentes perspectivas que puedan tener las personas sobre la cuestión del registro de los derechos a la vivienda y el patrimonio, así como la razón por la que dicha cuestión ha de ser tratada con suma cautela. Por ejemplo, el proceso de la construcción o reconstrucción de los registros oficiales puede conllevar abusos por parte de funcionarios corruptos; asimismo puede ser utilizado por grupos de poder político o económico para usurpar ilegalmente, y registrar a su nombre, tierras que pertenezcan a refugiados o a personas desplazadas. En tales casos, los usuarios del Manual deberán unirse a los esfuerzos existentes para mejorar el registro de la vivienda y la propiedad como herramienta de prevención de la violación de los derechos a la vivienda y la propiedad, como la confiscación ilegal de tierras, y establecer o restablecer el sistema de registro catastral para proteger los derechos de los segmentos económicamente más débiles de la sociedad.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el principio 15

En el momento de la huida – La pérdida o la destrucción de la documentación y el registro de vivienda y patrimonio en países donde la inscripción en registro público fuera práctica ordinaria antes del conflicto, es un problema que complica sobremanera los procesos de restitución, ya que elimina una importante fuente independiente de información para la verificación de las reclamaciones de restitución. Por ello, algunas operaciones de paz, como la de Bosnia–Herzegovina, Kosovo, Timor Oriental y otras, han desarrollado programas para restaurar y consolidar el sistema de registro de viviendas y patrimonio como un eslabón imprescindible de la cadena de la restitución.

Para mitigar el impacto de estas pérdidas y reunir pruebas documentales para un eventual retorno y restitución, los usuarios del Manual y sus agencias pueden tratar de recopilar todas las pruebas que tengan a su alcance relativas a los derechos de los refugiados y desplazados sobre sus viviendas, tierras o patrimonio en el momento de la huida o inmediatamente después. En situaciones de emergencia, se pueden integrar medidas concretas de protección para la restitución de la propiedad con la elaboración del censo de población desplazada a efectos de la distribución de asistencia humanitaria, ampliando la recogida de datos en estos procesos para incluir información sobre la vivienda y el patrimonio de los refugiados y desplazados en el momento de la huida, con datos como su dirección, la duración de su permanencia en esa localidad, el valor estimado, el estado de la tenencia, la propiedad, la posesión o el uso y la pérdida de los derechos de propiedad, entre otros. Hacer las preguntas adecuadas y archivar la información recabada durante los ejercicios del censo puede contribuir a modificar la situación tras el retorno, transmitiendo dicha información a las instituciones de restitución una vez finalizado el conflicto que originara el desplazamiento.

Asimismo, las instituciones u organizaciones encargadas de elaborar el censo de población refugiada tras la huida han de tener presente que la información recabada puede ser de utilidad para las instituciones de restitución. Los encargados de diseñar el sistema de censo han de tener en cuenta qué tipo de información se pretende recopilar, así como el formato en que se grabe. De la misma manera, las instituciones de restitución han de investigar toda fuente de información que pueda facilitar el proceso de restitución, incluida la información recabada en el momento de la huida. Una vez identificadas estas fuentes, la institución de restitución ha de verificar si la información que contienen se puede utilizar y si es rigurosa y completa. Un estudio de este tipo puede acabar siendo una de las fuentes independientes que utilice la institución de restitución para determinar los hechos relacionados con las reclamaciones de restitución indocumentadas.

Antes de presentar las solicitudes de restitución – Los usuarios del manual pueden ayudar a los titulares de las reclamaciones de restitución a tener acceso a toda la información oficial sobre sus reclamaciones que pueda haber en el catastro de la propiedad o cualquier otro sistema de inscripción de residencia. Si la documentación oficial no estuviera disponible (ya sea porque los derechos en cuestión nunca se registraron formalmente o por la destrucción o el extravío del registro) se puede ayudar a los titulares de las reclamaciones de restitución a recopilar información y a reforzar sus reclamaciones de restitución. Por ejemplo, en Afganistán la falta de un catastro oficial y la proliferación de documentos sobre la propiedad, tanto oficiales como consuetudinarios, hacen sumamente difícil la identificación de los legítimos propietarios de las tierras y el patrimonio. A ello se suma el hecho de que Afganistán cuenta con un sistema jurídico plural en el que se producen frecuentes solapamientos entre el Estado, la normativa religiosa y la consuetudinaria.

Tras el pronunciamiento de decisiones sobre reclamaciones de restitución – Todo proceso de restitución equitativo que confirme la titularidad de los derechos de los refugiados y desplazados a sus viviendas y su patrimonio requiere un registro oficial adecuado y la entrega de títulos formales u otros documentos que garanticen la seguridad de la tenencia. Los usuarios del Manual habrán de supervisar cuidadosamente la manera de formalizar dichos derechos y asegurarse de que ello no dé lugar a disputas prolongadas sobre la vivienda, la tierra o el patrimonio en cuestión. Igualmente, habrá que garantizar que el sistema de registro que confiera legitimidad a derechos consuetudinarios o informales tras un proceso de restitución, no intente integrar estos derechos en el ordenamiento jurídico del Estado sin antes tener en cuenta todas las posibles consecuencias –tanto positivas como negativas– que ello pudiera acarrear. Ante todo, los usuarios del Manual han de ser plenamente conscientes de que el registro de la titularidad de los derechos no es más que uno de los muchos elementos de un proceso de restitución; no es la panacea de los muchos y complejos desafíos que afrontan los refugiados y desplazados en los procesos de restitución, y tampoco es un proceso absolutamente neutral ni libre de toda influencia ideológica que permita a todos los grupos beneficiarse por igual.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿Cómo apoyó el Catastro de Kósovo la labor de los programas de restitución?

Una de las prioridades fundamentales de la Misión de las Naciones Unidas en Kósovo (UNMIK) fue restablecer mecanismos eficaces de gobernabilidad a

través de la reintroducción de un sistema catastral como punto de partida para llevar a cabo actividades de construcción, así como para la consolidación de un Estado de Derecho, la promoción del desarrollo económico y la resolución, por último, de los conflictos e incertidumbres que habían prevalecido durante años. En octubre de 1999, el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, (ONU-Hábitat) inició un sondeo exhaustivo sobre la extensión de los daños y pérdidas de documentación catastral; poco después estableció el Programa de Apoyo Catastral. El objetivo principal de este programa era rehabilitar el mercado de la tierra y la propiedad para lograr un crecimiento económico y democrático sostenible, así como una prestación de servicios adecuada en relación con el registro de la tierra y la propiedad. El sistema catastral, además de contribuir a la restitución de los derechos de la vivienda y el patrimonio o de la seguridad de la tenencia, con el tiempo, juega un rol esencial en varios ámbitos, tales como en la facilitación de la futura tasación de la propiedad inmobiliaria; el funcionamiento del sistema hipotecario; el perfeccionamiento de la planificación urbanística y del desarrollo de infraestructura; la gestión y la protección medioambiental; o la generación de datos estadísticos para contribuir a la planificación económica y para el desarrollo.

- ◆ ¿Puede decirse que el reconocimiento provisional del derecho a la vivienda y la propiedad constituye una herramienta útil para garantizar una protección temporal y un cierto grado de seguridad de la tenencia?

Ciertamente; pero ha de efectuarse con sumo cuidado. El reconocimiento provisional de derechos de propiedad, según el cual los derechos de los ocupantes secundarios estarían protegidos durante un cierto periodo de tiempo, siempre y cuando no se presentara una reclamación para la restitución de la vivienda o la propiedad en cuestión, puede ser una buena manera de proporcionar un cierto grado de seguridad de la tenencia en situaciones de inseguridad de vivienda a gran escala. Estas medidas de protección pueden ayudar a ganar tiempo hasta que pueda comenzar un proceso formal de restitución para determinar o confirmar la titularidad de los respectivos derechos. También pueden estimular a las autoridades a buscar otras alternativas de vivienda para el alojamiento de aquellos a los que les venza el plazo establecido o a los que no se les reconozca el derecho sobre el actual lugar de residencia.

- ◆ ¿Se corre algún riesgo al adscribir la titularidad de la propiedad de tierras no inscritas en un registro con anterioridad?

Ciertamente, se pueden correr graves riesgos. Los intentos de adscribir la titularidad de tierras que no se encuentran inscritas en ningún registro pue-

den tener graves consecuencias si el proceso de adjudicación no está bien planteado o se lleva a cabo de modo acelerado. En muchas sociedades agrarias, los conflictos más complejos de restitución giran alrededor de patrimonios comunes cuya titularidad nunca se habían inscrito formalmente, pero que se utilizan claramente conforme al sistema consuetudinario o tradicional. La propiedad común puede comprender una combinación de derechos individuales y de unidades sociales de diferentes tamaños, como puede ser el caso del acceso a tierras para la cría de ganado, para bosques, agricultura, o las fincas de linaje familiar en poder de algunos de los descendientes o segmentos de la tribu. Para registrar el patrimonio colectivo, a menudo hay que desarrollar fórmulas jurídicas innovadoras; asimismo, hay que delimitar los derechos que se solapan en áreas de uso común, distinguiendo entre los derechos individuales o los del grupo, por un lado, y los derechos de acceso permanente o a largo plazo a las tierras en cuestión, por otro. Las personas en mayor situación de vulnerabilidad, fundamentalmente las mujeres, sufren sobremedida en los procesos de inscripción de la propiedad en países donde el Estado de Derecho no tiene una larga tradición, como ocurre en Kenia, donde “la titularidad de las tierras es la maldición de las mujeres”. Además, es importante abstenerse de promover en las respectivas comunidades la asignación de titularidad individual de las tierras, hasta que haya concluido la demarcación de la propiedad comunal respectiva con el consenso de todas las partes. Por otra parte, hay que reiterar que, si bien hay que ejercer suma cautela en lo que a la titularidad de tierras se refiere, el proceso de su inscripción sólo podrá funcionar con un sistema eficaz de administración de tierras y un registro adaptado a las circunstancias locales, que cuente con el apoyo de la población afectada. Asimismo, la información de los registros de tierras ha de ser gestionada y actualizada con regularidad por los que vayan adquiriendo la titularidad de los derechos mediante transacciones financieras, herencia o cualquier otro medio.

Lecturas recomendadas

- Grimsted, P.K., ‘Displaced Archives and Restitution Problems on the Eastern Front in the Aftermath of the Second World War’ en *Contemporary European History*, vol. 6, pp. 27–74, 1997.
- Payne, G., and Majale, M., *The Urban Housing Manual – Making Regulatory Frameworks Work for the Poor*, Earthscan, 2004.
- ONU-Hábitat, *Land Administration – Handbook for Planning Immediate Measures from Emergency to Reconstruction*, Nairobi, 2005.

Principio 16: Derechos de los arrendatarios y otros no propietarios

16.1. *Los Estados deben velar por que en los programas de restitución se reconozcan los derechos de los arrendatarios, de los titulares de derechos de ocupación social y de otros ocupantes o usuarios legítimos de las viviendas, las tierras o el patrimonio. Los Estados se deben comprometer, en la mayor medida posible, a que estas personas puedan regresar y recuperar y utilizar sus hogares, tierras y patrimonio en condiciones similares a las de los titulares de derechos de propiedad oficiales.*

Los programas de restitución a veces no prestan atención suficiente a la protección de los derechos de los arrendatarios y demás personas que no sean los propietarios oficiales de la vivienda o el patrimonio. Sin embargo, ello tiene una gran importancia en aquellas situaciones de retorno y restitución en las que, en el momento de la huida, únicamente estuvieran reconocidos los derechos de propiedad de un grupo minoritario de la población. Todo sistema jurídico otorga diferentes tipos de derechos a los arrendatarios y demás personas que no tienen la titularidad de la propiedad; ello incluye los derechos sobre viviendas y patrimonio, derechos de arrendamiento, derechos de condominio, derechos de cooperativa, derechos de prescripción adquisitiva (incluida la seguridad de la tenencia), derechos consuetudinarios, etc. que protegen frente al desplazamiento y el desalojo forzoso y garantizan, en la práctica, un cierto grado de seguridad respecto a los anteriores hogares y lugares de residencia habitual. Como ocurre con otras cuestiones jurídicas que entorpecen el funcionamiento normal de los procesos de restitución de viviendas o patrimonio, no rectificar la aplicación injusta de la ley en los lugares de retorno, sobre todo en el caso de que ello sea en contra de los arrendatarios y otros que no son propietarios, puede hacer fracasar los programas de restitución y generar conflictos e inestabilidad en el futuro.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 16

Durante la etapa inicial de los procesos de restitución – En las conversaciones previas al desarrollo de programas y procesos de restitución, los usuarios del Manual han de hacer lo posible para que la normativa, los procesos o las instituciones de restitución que puedan surgir no discriminen intencionadamente o por defecto a no propietarios frente a los propietarios. Como señala el Principio 16, hay que garantizar explícitamente los derechos de tres grupos diferentes; los arrendatarios, los titulares de derechos de ocupación social y los ocupantes o usuarios legítimos. Los usuarios del Manual han de realizar un esfuerzo concertado para garantizar que las perspectivas de estos

tres grupos se incorporen a todo proceso nacional de restitución, así como a los programas de retorno y repatriación voluntaria.

En el caso de protección de grupos vulnerables – Las agencias de Naciones Unidas y otras organizaciones que asistan a grupos especialmente vulnerables podrían considerar ampliar la capacidad de sus programas para incluir también a las familias sin tierra como grupo específico necesitado de protección. Ello permitiría prestar atención necesaria a la difícil situación de estos grupos así como confiar en que se desarrollen programas concretos para facilitar su acceso a tierras o viviendas asequibles tras el retorno.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿El privilegio de propietarios frente a arrendatarios ha entorpecido los programas de restitución en el pasado?

En la República de Georgia, el legado de la aplicación judicial discriminatoria del Código de la Vivienda de 1983 respecto de los osetios que huyeron de sus hogares entre 1990 y 1992, ha impedido el retorno a gran escala durante años. Los tribunales georgianos han venido argumentando que el abandono de un apartamento por parte de un refugiado no constituye una “razón válida” para salir de él y, de esta forma, han asignado a georgianos étnicos muchos apartamentos que pertenecían a osetios.

De la misma forma, en Kósovo, la aplicación de la Ley de Cambios y Suplementos sobre las Limitaciones de las Transacciones de Bienes–Raíces (Gaceta Oficial de RS22/91 de 18 de abril de 1991), supuso la anulación arbitraria de los derechos de vivienda y habitación de la población albana y una severa restricción de toda transacción de viviendas y patrimonio. La compraventa de viviendas entre 1989 y 1999, fue altamente irregular, prescindiendo del registro oficial, lo que complicó sobremanera un proceso de restitución ya de por sí complicado. Algo similar ocurrió en Croacia, donde se anularon más de 30,000 titularidades de viviendas que en abrumadora mayoría afectaban a la población serbocroata.

- ◆ ¿Existe algún ejemplo en el pasado de programas de restitución que hayan otorgado igualdad de trato a los no propietarios?

En efecto; la Comisión sobre Reclamaciones de Propiedad Inmobiliaria (CRPC) que surgió a raíz de los acuerdos de Dayton en Bosnia–Herzegovina, otorgó derechos a los antiguos propietarios que ostentaban títulos oficiales en igualdad de condiciones que los que tenían derechos de ocupación social sobre sus antiguos hogares. Lo mismo ocurrió en el caso del reglamento de restitución de Kósovo. La Comisión para la Resolución de Disputas sobre la

Propiedad Inmobiliaria de Irak y el Programa de Reforma Agraria en Suráfrica para la Restitución de los derechos sobre la tierra son ejemplos de programas nacionales de restitución que reconocen y buscan soluciones a la pérdida de derechos sobre bienes raíces distintos de la propiedad. Para determinar los derechos de las partes sobre una propiedad, el mandato de la Comisión Iraquí obliga a tomar en consideración otros tipos de derechos, como los relativos a la posesión o al uso de la propiedad, reconocidos por el derecho civil iraquí. El programa de Suráfrica contemplaba la restitución de los derechos de los jornaleros arrendatarios y aparceros; los derivados del derecho consuetudinario, como el derecho a la extracción de agua y minerales de la tierra, al arado, al pasto, a la recogida de leña y de tierra, etc. así como los derechos adquiridos por usufructo.

◆ ¿El derecho a la restitución se extiende también a los ocupantes ilegales?

En principio sí, pero depende de las circunstancias en que se hubiera producido el desplazamiento forzoso así como de los derechos adquiridos en el país o lugar de origen. Si el desplazamiento fuera considerado ilegal o arbitrario, la inseguridad de la tenencia (que, de hecho, puede implicar una mayor protección de derechos humanos que la que se cree en general, a través del derecho de prescripción adquisitiva y otros derechos adquiridos), no tiene por qué afectar al derecho a la restitución de la vivienda o el patrimonio. A menudo, los programas de restitución no han sabido proteger adecuadamente a los refugiados y desplazados internos que carecieran de tierras o vivienda en el momento del desplazamiento y el Principio 16 establece la base para garantizar que estos grupos, los más vulnerables de todos, puedan acceder a soluciones duraderas tras el retorno.

Lecturas recomendadas

Para más orientación sobre los derechos humanos de los ocupantes ilegales, los que carecen de tierras y otros no propietarios, consultar:

Davis, M., *Planet of Slums*, Verso, 2006.

Durand-Lasserve, A. y Royston, L., (eds) *Holding Their Ground – Secure Land Tenure for the Urban poor in Developing Countries*, Earthscan, 2002.

Neuwirth, R., *Shadow Cities – A Billion Squatters, A New Urban World*, Routledge, 2005.

Principio 17: Ocupantes secundarios

17.1. *Los Estados deben velar por que los ocupantes secundarios estén protegidos contra el desalojo forzoso arbitrario o ilegal. En los casos en que su desplazamiento se considere justificable e inevitable a los efectos de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, los Estados garantizarán que el desalojo se lleve a cabo de una manera compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos, proporcionando a los ocupantes secundarios las debidas garantías procesales, incluida la posibilidad de efectuar consultas auténticas, el derecho a recibir una notificación previa adecuada y razonable, y el acceso a recursos jurídicos, como la posibilidad de obtener una reparación.*

17.2. *Los Estados deben velar por que las garantías procesales otorgadas a los ocupantes secundarios no menoscaben el derecho de los propietarios legítimos, de los inquilinos o de otros titulares de derechos a volver a tomar posesión de las viviendas, las tierras o el patrimonio en cuestión de forma justa y oportuna.*

17.3. *En los casos en que el desalojo de los ocupantes secundarios sea justificable e inevitable, los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger a aquellos que no dispongan de medios para acceder a otra vivienda adecuada cuando deben abandonar la que ocupan en ese momento, con el fin de que no se queden sin hogar y de que su derecho a una vivienda adecuada no se vea menoscabado de ningún otro modo. Los Estados deban esforzarse por encontrar y proporcionar viviendas o tierras alternativas a dichos ocupantes, incluso de forma temporal, con el fin de facilitar la restitución oportuna de las viviendas, las tierras y el patrimonio de los refugiados y desplazados. No obstante, la falta de dichas alternativas no debería retrasar innecesariamente la aplicación y el cumplimiento de las decisiones que los órganos competentes adopten respecto de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.*

17.4. *En los casos en que los ocupantes secundarios hayan vendido las viviendas, las tierras o el patrimonio a terceros que las hayan adquirido de buena fe, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer mecanismos para indemnizar a los compradores que hayan resultado perjudicados. No obstante, cabe sostener que la gravedad del desplazamiento que originó el abandono de los bienes puede entrañar una notificación implícita de la ilegalidad de su adquisición, lo cual excluye en tal caso la formación de derechos de buena fe sobre la propiedad.*

Se consideran ocupantes secundarios todas aquellas personas que hubieran establecido su residencia en viviendas o tierras abandonadas por sus propietarios legítimos a consecuencia de, entre otras cosas, el desplazamiento o el des-

alojamiento forzosos, la violencia o amenazas, o las catástrofes naturales así como las causadas por el hombre. Los Principios se ocupan de este fenómeno partiendo de la base de que la ocupación secundaria de hogares de personas desplazadas a menudo constituye un obstáculo para el retorno. En efecto, la ocupación secundaria a gran escala ha impedido en el pasado el éxito de los esfuerzos de retorno en Azerbaiyán, Armenia, Ruanda, Bután, Bosnia–Herzegovina, Croacia, Georgia, Kósovo y otros lugares. La posesión no autorizada de viviendas, tierras y patrimonio es frecuente tras los conflictos armados. Si bien determinados casos de ocupación secundaria han de ser a todas luces revocados (sobre todo si la ocupación en cuestión ha servido como instrumento de limpieza étnica en el marco de un conflicto de este tipo o, o si es fruto del oportunismo, la discriminación, el fraude o la corrupción), no hay que olvidar la necesidad de proteger a los ocupantes secundarios frente a la indigencia así como frente a desalojos injustificados u otras posibles violaciones de derechos humanos. Las operaciones de paz y las instituciones de restitución, al mismo tiempo que defienden el respeto del derecho a la restitución, han de cerciorarse de que los ocupantes secundarios no se queden sin vivienda como resultado de la recuperación de las viviendas, tierras y el patrimonio por parte de los refugiados. Es importante desarrollar mecanismos para garantizar el acceso a otra vivienda a todos aquellos que se vieran obligados por ley a abandonar la vivienda que ocupan, por no ser sus titulares. Al mismo tiempo, no se puede retrasar continuamente la recuperación de las viviendas por sus titulares legítimos a consecuencia de la incapacidad del Estado para encontrar alojamiento alternativo para los actuales ocupantes.

Es importante tener en cuenta que, si bien la ocupación secundaria de una vivienda puede ser consecuencia del desalojo forzoso de sus residentes y del saqueo por violadores de derechos humanos, que luego procedan a instalarse allí, lo más frecuente es que los ocupantes secundarios sean desplazados internos. Puede que ellos mismos se hayan visto obligados a huir del conflicto, dejando atrás sus propios hogares y comunidades. En muchos casos, las mismas fuerzas que causaron el desplazamiento inicial imponen, promueven o facilitan la ocupación secundaria, dejando poca o ninguna opción a los ocupantes secundarios aparte de trasladarse allí. A menudo, por tanto, las personas que ocupan los hogares de los refugiados y de las personas desplazadas actúan de buena fe.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 17

En la adopción de medidas que alivien las dificultades de los ocupantes secundarios – Incluso en aquellos casos en los que el derecho a la restitución

es plenamente pertinente para los refugiados y desplazados, la desocupación de sus viviendas y tierras por parte de los ocupantes secundarios presenta dificultades. El desalojo legal de ocupantes secundarios para facilitar el retorno puede generar resistencia a nivel local y exacerbar las divisiones étnicas o sociales, como ocurrió en Bosnia–Herzegovina. Ante todo, los ocupantes secundarios han de verse protegidos frente a los desalojos ilegales o arbitrarios y han de beneficiarse de las garantías procesales que subraya la Observación General N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Igualmente, de acuerdo con la normativa y los principios internacionales de derechos humanos, los ocupantes secundarios tienen el derecho a una vivienda adecuada. Los Estados, por tanto, han de adoptar las medidas necesarias para proteger a los ocupantes secundarios de la indigencia, la reubicación irrazonable, u otras violaciones de sus derechos humanos. Además, habrán de cerciorarse de que los ocupantes secundarios tengan a su disposición las pertinentes garantías al debido proceso así como acceso a órganos jurídicos justos e imparciales.

En la búsqueda de soluciones temporales con relación a la vivienda y la tierra – Claramente, la ocupación secundaria genera desafíos de cara a la restitución de la vivienda y el patrimonio que requieren la elaboración de políticas coherentes, basadas en los derechos humanos y otros principios jurídicos que reconocen claramente la supremacía del derecho a la restitución de la vivienda y la propiedad por parte de sus legítimos titulares. Por ello, todo estudio sobre la posible restitución de la vivienda y la tierra de los refugiados y desplazados internos ha de incluir un examen y un análisis exhaustivo de las políticas existentes, así como de las que sea posible desarrollar, para solucionar los problemas de ocupación secundaria. La solidez institucional y la voluntad política son factores cruciales para garantizar la igualdad de trato. A menudo, el éxito o el fracaso de un programa de restitución dependen exclusivamente de la solidez y la capacidad de las instituciones existentes. Al igual que en muchos otros países inmersos en complejos procesos de restitución, el tema de la ocupación secundaria ha sido sumamente complicado en Ruanda. Las autoridades nacionales intentaron limitar los conflictos de ocupación secundaria confiando tierras abandonadas a las municipalidades para su administración y gestión. Los ocupantes secundarios podían ocupar las tierras abandonadas siempre y cuando lo solicitaran por escrito, y los antiguos habitantes tenían el derecho a su restitución inmediata tras el retorno. Si un antiguo habitante encontraba a su regreso que su hogar estaba habitado por un ocupante secundario, éste tenía dos meses de plazo para abandonar el lugar de manera voluntaria. Si el ocupante secundario no lograba encontrar otro alojamiento durante este plazo, el Gobierno tenía la responsabilidad de encontrarle un lugar o de suministrarle los materiales de construcción necesarios.

En el establecimiento de medidas para ayudar solventar las dificultades de terceros que hubieran actuado de buena fe – Especialmente en caso procesos de restitución tras situaciones prolongadas de refugio o de desplazamiento interno, la vivienda, la tierra y el patrimonio pueden haberse vendido múltiples veces –remontándose a veces a décadas atrás, con la venta de la casa, la tierra o el patrimonio por parte del ocupante secundario a un tercero que hubiera actuado de buena fe. La jurisdicción de la Comisión Iraquí de Reclamación de la Propiedad Inmobiliaria se extiende a toda reclamación de propiedad que hubiera sido usurpada o confiscada entre el 17 de julio de 1968 y el 9 de abril de 2003. Al igual que en Irak, puede haber muchos casos de terceros que hubieran pagado el precio de mercado por propiedades usurpadas ilegalmente años o décadas atrás a sus titulares legítimos que vinieran ahora a reclamarlas. En estos casos puede ser necesario el pago de una indemnización a estos terceros, ya que su mero desalojo no sería razonable y podría constituir una violación de derechos humanos. En el caso de Irak, por ejemplo, los Estatutos de la Comisión establecen que todo tercero de buena fe ha de recibir una indemnización equivalente al valor de la propiedad en el momento de la presentación de la reclamación, y que el responsable del pago de esta indemnización será quien hubiera vendido la propiedad tras su confiscación o usurpación ilegal. En la mayoría de los casos éste será el Estado iraquí.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Si la realización del derecho a la restitución requiriera llevar a cabo desalojos, ¿qué garantías procesales se requieren para que los mismos se ajusten a la normativa vigente de derechos humanos?

En su Observación General N^o4 (1991) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece que “las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”. Si surgen, por tanto, circunstancias realmente excepcionales, como pudiera ser la necesidad de hacer valer una decisión judicial de restitución, el desalojo puede estar justificado siempre y cuando se ajuste a los principios pertinentes de derecho internacional. En su Observación General N^o7 (1997) el Comité considera “que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable,

información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.”

◆ Debe garantizarse a los ocupantes secundarios una vivienda alternativa?

El principio 17.3 exhorta claramente a los Estados a tomar medidas positivas para la protección de todo ocupante secundario que no tenga acceso a otra vivienda u otra tierra. Esta perspectiva emana del derecho internacional de los derechos humanos y adopta un enfoque justo y sencillo teniendo en cuenta la delicada situación económica y política que prevalece tras un conflicto armado. De la misma manera, obviamente no se puede negar o limitar a los refugiados y desplazados que hagan valer su derecho legítimo porque el Estado no haya logrado proporcionar una vivienda alternativa a los ocupantes secundarios. Los usuarios del Manual han de tener presente que el requisito de proporcionar otra vivienda ha sido utilizado en el pasado por funcionarios de gobierno de distintos países para retrasar la restitución, alegando la falta de otra vivienda disponible y su deseo de no dejar a los ocupantes secundarios sin vivienda. Para limitar este tipo de prácticas, los que trabajen en el ámbito de la restitución han de tomar medidas tales como comprobar si el ocupante dispone de alguna otra vivienda (ocupante por partida doble) o vincular la entrega de otra vivienda a los ingresos del ocupante.

Lecturas recomendadas

Garlick, M. & Cox, M., ‘Musical Chairs: Property Repossession and Return Strategies in Bosnia and Herzegovina’ en Leckie, S. (ed.) *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Internally Displaced Persons* (vol. 1), Transnational Publishers, New York, 65, 2003.

ACNUR (Servicio de Inspección y Evaluación), *The Problem of Access to Land and Ownership in Repatriation Operations*, 1998.

Principio 18: Medidas legislativas

18.1. *Los Estados deben velar por que el derecho de los refugiados y desplazados a la restitución de sus viviendas, sus tierras y su patrimonio se reconozca*

como un componente esencial del Estado de Derecho. Los Estados deben garantizar el derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio adoptando todas las medidas legislativas necesarias, incluida la aprobación, la modificación, la reforma o la revocación de las leyes, los reglamentos o las prácticas pertinentes. Los Estados deben establecer un marco jurídico para la protección del derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio que sea claro y coherente y, cuando proceda, que esté unificado en una sola ley.

18.2. Los Estados deben velar por que en las leyes pertinentes se indique claramente quiénes son las personas o grupos afectados que tienen derecho a la restitución de sus viviendas, tierras y patrimonio, muy en particular los refugiados y desplazados. Los reclamantes subsidiarios también deben ser reconocidos, incluidos los familiares que viviesen con el reclamante principal en el momento del desplazamiento, las esposas, los convivientes, las personas dependientes, los herederos legales y toda otra persona con derecho a reclamar en las mismas condiciones que los reclamantes principales.

18.3. Los Estados deben garantizar que la legislación nacional relativa a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio sea coherente con el derecho interno y compatible con los acuerdos pertinentes en vigor, como los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria, en la medida en que dichos acuerdos sean compatibles a su vez con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas.

El reconocimiento por ley del derecho a la restitución de la vivienda, la propiedad y el patrimonio es indispensable para llevar a cabo programas y políticas de restitución así como para ejercer este derecho. La normativa nacional ha de articular con claridad las garantías jurídicas pertinentes y ha de ser coherente con el derecho internacional de los derechos humanos y de refugiados así como con el derecho internacional humanitario y los principios derivados de toda esta normativa. Para lograr un régimen jurídico de protección de los derechos articulados en los Principios, los Estados han de adoptar todas las medidas legislativas necesarias, incluida la aprobación, la modificación, la reforma o la revocación de las leyes, reglamentos o prácticas pertinentes.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 18

Inmediatamente después de un cambio de Gobierno y durante la consolidación de acuerdos de paz – El restablecimiento del Estado de Derecho en países asolados por la guerra y la destrucción es un componente fundamental de la construcción de una paz duradera. Entre las medidas más concretas que

se pueden adoptar para la construcción de un sistema de justicia efectivo y de una sociedad basada en el Estado de Derecho, estarían la de proporcionar a las personas una declaración inequívoca del derecho a la restitución de su vivienda y patrimonio así como un recurso jurídico para reparar las violaciones sufridas. De manera creciente, los países que desean proteger de manera adecuada y práctica el derecho a la restitución incorporan explícitamente el derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio en toda nueva legislación adoptada. En Colombia, por ejemplo, la Ley 387/97 y los Decretos 951/2001 y 2007/2001 formulan medidas específicas para la protección de los derechos de las personas desplazadas por el conflicto en el país. El Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada fue diseñado en aplicación de la Ley 387 y del Decreto 2007 y ha beneficiado a unas 14.000 familias de desplazados internos y protegido unas 200.000 hectáreas de tierra sobre la que éstas tienen el derecho de restitución.

Durante periodos de revisión legislativa, particularmente bajo un sistema de administración transitoria de Naciones Unidas o similar – De manera creciente, una de las primeras tareas de los asesores sobre Estado de Derecho y restitución en las operaciones de paz de Naciones Unidas es compilar la legislación sobre la vivienda, la tierra o la propiedad. Una vez completa, esta tarea, que a veces puede ser sencilla aunque suele ser bastante ardua, proporciona un cuadro básico de la situación de la legislación vigente, que puede después compararse con textos como los Principios para identificar cualquier discrepancia y buscar la forma de superarla.

Preguntas Frecuentes

- ◆ ¿Se ha involucrado a la comunidad internacional en la redacción de propuestas de ley en el pasado?

En el pasado, la comunidad internacional se ha involucrado activamente en la redacción de numerosas propuestas legislativas para promover el derecho a la restitución de la vivienda y la propiedad en países como Albania, Bosnia–Herzegovina, Georgia y Kosovo. Ello ha hecho que en todos estos procesos haya prevalecido un enfoque justo, equilibrado y neutral. La estrecha cooperación con expertos jurídicos nacionales permite la incorporación a toda nueva ley de los principios jurídicos internacionales pertinentes así como su conformidad con la buena práctica internacional en relación con la aplicación de los Principios.

- ◆ ¿Los herederos de los refugiados y las personas desplazadas “heredan” también la titularidad del derecho a la restitución?

En caso de desplazamiento prolongado, al fallecer los legítimos titulares del derecho a la restitución de determinadas viviendas y patrimonio, sus herederos sí mantienen y “heredan” la titularidad del mismo siempre y cuando no hayan encontrado otra solución duradera y, confirmen de manera explícita que desean seguir haciendo valer su derecho sobre la vivienda o el patrimonio en cuestión.

Lecturas recomendadas

Foley, C., ‘Legal Aid for Returnees: The NRC Programme in Afghanistan’, in Humanitarian Exchange, No. 26, March 2004.

Gobierno de Colombia, Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, 2002.

Hastings, L., ‘Implementation of the Property Legislation in Bosnia Herzegovina’, en 37 Stanford J. Int’l L. 221, 2001.

Leckie, S., Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons: International, Regional and National Standards (editor), Cambridge University Press, 2007.

Property Law Implementation Plan (PLIP) – Inter Agency Framework Document (OSCE, UNMIB, OHR, ACNUR y CRPC), Sarajevo, October 2000.

Principio 19: La prohibición de leyes arbitrarias y discriminatorias

19.1. *Los Estados no deben aprobar ni aplicar leyes que menoscaben el proceso de restitución, como leyes de abandono o prescripción arbitrarias, discriminatorias o injustas por alguna otra razón.*

19.2. *Los Estados deben adoptar de inmediato medidas para revocar las leyes injustas o arbitrarias y las que produzcan algún otro efecto discriminatorio respecto del disfrute del derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como proporcionar recursos jurídicos a quienes hasta entonces se hayan visto injustamente perjudicados por la aplicación de dichas leyes.*

19.3. *Los Estados deben velar por que todas las políticas nacionales relativas al derecho de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio garanticen plenamente el derecho de las mujeres y las niñas a la protección contra la discriminación y a la igualdad de hecho y de derecho.*

El Principio 19 prohíbe la adopción o la aplicación de toda ley arbitraria y discriminatoria que pudiera perjudicar al proceso de restitución de la vivienda y el patrimonio. Aunque es posible que las leyes relativas a la restitución no tengan, de por sí, un efecto arbitrario o discriminatorio inmediato, el Principio 19 prohíbe terminantemente la aplicación de este tipo de leyes de manera selectiva en contra de determinados grupos a fin de que no puedan reclamar sus antiguos hogares y tierras, como puede ocurrir con las leyes relativas al abandono, (que pueden constituir, no obstante, una forma legítima de evitar la especulación y de asegurar el uso racional del material de construcción disponible).

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 19

Durante períodos de análisis y revisión de la legislación vigente – La no rectificación de leyes discriminatorias o arbitrarias o de su aplicación injusta en países de retorno no sólo impedirá el éxito de los programas de restitución sino que puede incluso contribuir a una mayor inestabilidad y a exacerbar el conflicto. En Georgia, por ejemplo, la aplicación discriminatoria del Código de la Vivienda de 1983 en contra de los osetios que abandonaron sus hogares durante el conflicto de 1990–1992, ha impedido el retorno a gran escala durante muchos años. Igualmente, la aplicación en Kósovo de Ley de Cambios y Suplementos sobre las Limitaciones de las Transacciones de Bienes–Raíces así como la discriminación continuada de la población albanokosovar, tuvo como consecuencia la anulación arbitraria de los derechos de vivienda y ocupación, complicando así sobremanera el proceso de restitución.

Al promover la aplicación equitativa de las leyes de restitución – Los programas de restitución discriminatorios exacerban la división y las tensiones sociales y son contrarios a la resolución de conflictos, la construcción de la paz así como a los principios y la normativa internacional de derechos humanos. Es fundamental que los usuarios del manual asistan a los Estados a modificar su legislación sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio para que sea coherente con el principio de no discriminación. Los efectos discriminatorios de los programas de restitución pueden hacerse sentir de maneras imprevisibles, sobre todo cuando el status quo anterior ya era discriminatorio de grupos concretos. En estos casos, puede que la simple restauración de la situación previa al desplazamiento no sea suficiente, debiéndose tomar medidas adicionales que garanticen el disfrute del derecho a la vivienda por toda la población en condiciones de igualdad.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Se han revocado en algún país leyes contrarias al derecho internacionalmente reconocido a la restitución de la vivienda y el patrimonio?

Como se mencionaba más arriba, todos las partes del conflicto de Bosnia–Herzegovina adoptaron leyes sobre el abandono de la propiedad o aplicaron las disposiciones vigentes sobre el abandono con el fin de legitimar la limpieza étnica y la confiscación de viviendas y patrimonio acaecida durante la guerra. Una de las contribuciones más aclamadas de la comunidad internacional en Bosnia–Herzegovina fue su papel de cara a la revocación de esta legislación draconiana. En Kósovo, como también se señalaba más arriba, UNMIK revocó una ley que discriminaba a la mayoría albana. Suráfrica, por supuesto, revocó toda una serie de leyes sobre la vivienda y la tierra discriminatorias y las reemplazó con nuevas leyes que reconocían ciertos derechos relativos a la restitución de la tierra. En resumen, la revocación de legislación es a menudo un requisito esencial para la realización efectiva del derecho a la restitución.

- ◆ ¿Se puede decir que las leyes de abandono son un mecanismo jurídico razonable para evitar la especulación y garantizar la utilización de las viviendas disponibles?

En épocas de paz y prosperidad, las leyes de abandono se suelen considerar razonables y legítimas. Sin embargo, durante los conflictos se suele abusar de estas leyes, utilizándolas para sancionar a todos aquellos que hubieran huido. Igualmente, estas leyes pueden ser utilizadas para apoyar y exacerbar políticas de limpieza étnica o de manipulación demográfica. Con frecuencia, también están a la raíz de la falta de confianza de las personas desplazadas en la posibilidad de regresar a sus hogares en condiciones de seguridad. A menudo, este tipo de leyes no sólo constituyen un obstáculo para el ejercicio del derecho al retorno, sino que violan los principios de no discriminación e igualdad, ya que se suelen aplicar contra determinados grupos raciales, étnicos, religiosos, etc. En Sri Lanka, por ejemplo, la aplicación de la Ordenanza sobre la Prescripción en las áreas de conflicto obligó a renunciar al derecho sobre la vivienda y la tierra a todos aquellos que se habían ausentado por un periodo superior a 10 años. Y ello a pesar de que el retorno durante dicho periodo no habría sido una opción viable ni segura a causa de la naturaleza del conflicto armado en el país.

Lecturas recomendadas

Garlick, M., ‘Protection for Property Rights: A Partial Solution? The Commission for Real Property Claims of Displaced Persons and Refugees (CRPC)

in Bosnia and Herzegovina' en *Refugee Survey Quarterly*, vol. 19, no. 3, pp. 66–67, 2000.

Roodt, M., *Land Restitution in South Africa* in *Returning Home: Housing and Property Restitution Rights for Refugees and Displaced Persons – Volume 1* (Scott Leckie, ed.), Transnational Publishers, pp. 243–274, 2003.

Principio 20: Ejecución de las decisiones y sentencias relativas a la restitución

20.1. *Los Estados deberían designar organismos públicos encargados específicamente de ejecutar las decisiones y las sentencias relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.*

20.2. *Los Estados deben garantizar, mediante disposiciones legales y otros instrumentos apropiados, que las autoridades locales y nacionales estén jurídicamente obligadas a respetar, aplicar y hacer cumplir las decisiones y las sentencias dictadas por órganos competentes en relación con la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.*

20.3. *Los Estados deben adoptar medidas específicas para prevenir la obstrucción pública de la ejecución de decisiones y sentencias relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio. Las amenazas o las agresiones contra los funcionarios y los organismos encargados de la aplicación de los programas de restitución deben ser objeto de investigación exhaustiva y enjuiciamiento.*

20.4. *Los Estados deben adoptar medidas específicas para prevenir la destrucción o el saqueo de las viviendas, las tierras o los bienes que sean objeto de litigio o estén abandonados. Con objeto de reducir al mínimo la destrucción y el saqueo, los Estados deben establecer, en el marco de los programas de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, procedimientos para levantar un inventario del contenido de las viviendas y las tierras y de las características de los bienes reclamados.*

20.5. *Los Estados deben poner en marcha campañas de información pública destinadas a informar a los ocupantes secundarios y a otras partes interesadas de sus derechos y de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las decisiones y sentencias relativas a las viviendas, las tierras y el patrimonio, como la negativa a dejar libres de forma voluntaria las viviendas, las tierras y los bienes ocupados o el daño o saqueo de esos bienes.*

La consolidación del Estado de Derecho y la protección física de todos aquellos que deseen regresar a sus hogares son dos de los requisitos más

importantes para el éxito de los programas de restitución. El Principio 20 reconoce que la ejecución de las sentencias de restitución es fundamental para el desarrollo efectivo de políticas y programas de restitución, y reviste una importancia especial en casos de desplazamiento a raíz de la violencia o de conflictos armados. En efecto, no puede hacerse suficiente hincapié en la importancia de que toda institución de restitución cuente con un brazo ejecutivo o una entidad externa con este fin bajo su control. Los órganos responsables de la restitución han de tener el poder necesario para hacer valer sus decisiones y garantizar que los gobiernos y las partes pertinentes cumplan con sus obligaciones. Los Gobiernos locales y nacionales han de tener la obligación jurídica de aceptar las decisiones de los órganos de restitución.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 20

Antes de la recuperación y reocupación de los hogares – Teniendo en cuenta la complejidad habitual de todo proceso de restitución, normalmente sustentado sobre toda una serie de leyes, así como sobre la historia y diversos conflictos, es necesario también dotar a los mecanismos de restitución de la flexibilidad necesaria para la resolución de todas las posibles reclamaciones. En Suráfrica, el carácter fundamentalmente judicial del proceso de restitución durante sus primeros años de aplicación demostró requerir una gran cantidad de tiempo y recursos, lo que lo ralentizó de manera considerable.

El establecimiento de un procedimiento más flexible, en su mayor parte administrativo, permitió la resolución de muchas más reclamaciones y el cierre de los casos con una rapidez considerablemente mayor. A pesar de que los tribunales mantenían la supervisión del procedimiento, los titulares de las reclamaciones únicamente acudían a los mismos cuando consideraban que no habían recibido una compensación justa y equitativa. En Kósovo, si bien existe un órgano jurisdiccional para la resolución de reclamaciones relativas a la restitución, la Dirección de la Vivienda y el Patrimonio proporciona simultáneamente asistencia a todos los titulares de reclamaciones que busquen una mediación para la solución de sus problemas. Ello ha permitido la tramitación de 300.000 reclamaciones. Por lo general, cuanto más flexibilidad se imprima a los sistemas de restitución, más probabilidades tendrán de lograr sus objetivos. Obviamente, estos sistemas habrán de incorporar las garantías necesarias para asegurar que dicha flexibilidad no limite los derechos de los titulares de las reclamaciones.

En el contexto de actuaciones sobre la tierra y la propiedad en el marco de las operaciones de paz – Si bien durante el proceso de independencia de Timor Oriental no se estableció ningún programa formal de restitución, desde los

primeros días de su mandato, la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental (UNTAET) estableció una Unidad de Tierras y Patrimonio (LPU) responsable de un abanico de temas importantes entre los que estaba el de promover la restitución. La LPU contribuyó decisivamente a la exploración de las perspectivas de restitución en el país, el desarrollo de legislación e instituciones relativas a la restitución y la redacción del borrador del reglamento sobre la restitución de la vivienda y el patrimonio en Timor Oriental.

En caso de que haya múltiples autoridades locales y nacionales involucradas en la aplicación de decisiones y sentencias relativas a la restitución – El ejercicio del derecho a la restitución es casi siempre una labor ardua y compleja, independientemente de las circunstancias, la historia o los valores culturales existentes a nivel local en relación con la tierra, la vivienda y la propiedad. Aunque es claramente deseable que las instituciones de restitución cuenten con un brazo ejecutivo o una entidad externa bajo su control, ello no siempre es posible. En Iraq, por ejemplo, la Comisión para la Resolución de Disputas sobre la Propiedad Inmobiliaria no tiene por sí misma el poder de ejecutar sus propias decisiones. Para ello ha de apoyarse en los Departamentos del Orden y las Oficinas de Registro de la Propiedad del Ministerio de Justicia. A pesar de que estos órganos tienen el deber jurídico de aplicar las decisiones de la Comisión, ésta no tiene control o poder de supervisión alguno sobre su actuación. Ante estas circunstancias, será importante garantizar la coordinación y la colaboración entre la institución responsable del proceso de decisión sobre la restitución y las autoridades encargadas de su ejecución. La experiencia del pasado ha mostrado que, incluso en aquellos casos que las instituciones de restitución no tienen el poder jurídico de hacer valer sus decisiones, es fundamental que den seguimiento y supervisen su aplicación, especialmente en la situación de después de los conflictos en la que el aparato del Estado está debilitado y sobrecargado. De esta manera, la institución encargada de la restitución puede sensibilizar a las autoridades del Estado con relación a los problemas que vayan surgiendo y hacer presión para que las autoridades pertinentes tomen las medidas necesarias para garantizar la aplicación puntual de sus decisiones.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué se puede hacer si las autoridades locales o nacionales se resisten a aplicar las medidas relativas a la restitución?

El apoyo de las autoridades civiles para la aplicación de las decisiones relativas a la restitución ha de ser la primera opción y la preferida. No obstante,

en los casos pertinentes y en la medida que sea necesario, los organismos policiales internacionales y las fuerzas de paz pueden estar también formalmente involucradas en la aplicación de las decisiones y la protección de los derechos a la vivienda, la tierra y el patrimonio. Ahora bien, hay que tener sumo cuidado de que tal implicación no adquiera un carácter represivo, que acabe constituyendo una amenaza de cara a los derechos y las percepciones de la población local. Los elementos civiles de las operaciones de paz pueden requerir apoyo militar en toda una serie de aspectos relativos a la vivienda, la tierra y el patrimonio, por ejemplo, para prevenir desalojos forzados ilegales y detener a los responsables; para frenar actos de violencia contra la población civil; proteger viviendas frente al saqueo, daños o destrucción; y contribuir a hacer valer un derecho de restitución mediante el desalojo de los ocupantes ilegales de la vivienda. El ejército también puede jugar un papel positivo en los procesos de mediación de conflictos sobre la vivienda o el patrimonio. Sus miembros han de recibir la formación adecuada para que contribuyan a fortalecer las capacidades existentes para hacer valer los derechos de restitución. Ahora bien, la presencia de fuerzas militares internacionales durante procesos de desalojo para el cumplimiento de decisiones de restitución ha de estar rodeada de suma cautela, ya que puede aumentar el perfil del desalojo y exacerbar las tensiones existentes entre las diferentes comunidades étnicas en entornos muy delicados tras los conflictos armados.

Lecturas Recomendadas

UNMIK, Kosovo, Dirección de la Vivienda y el Patrimonio y Comisión de Reclamaciones de Vivienda y Patrimonio – Informe Anual 2004 (con estadísticas actualizada en junio de 2005),

HPD, Prístina, 2005 CNR (Consejo Noruego para los Refugiados), Afghanistan's Special Property Disputes Resolution Court, septiembre 2005.

CNR, Land and Property Disputes in Eastern Afghanistan, 2004. Proyecto del CNR sobre Derechos Civiles, Triumph of Form Over Substance: Judicial Termination of Occupancy Rights in the Republic of Croatia and Attempted Legal Remedies – Analysis of 586 Individual Cases, Croatia, octubre 2002.

Principio 21: Indemnización

21.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a una indemnización plena y efectiva como componente integrante del proceso de restitución. La indemnización puede ser monetaria o en especie. Para cumplir el principio

de la justicia restitutiva, los Estados velarán por que el recurso de indemnización sólo se utilice cuando el de restitución resulte de hecho imposible, cuando la parte perjudicada acepte la indemnización en lugar de la restitución con conocimiento de causa y de forma voluntaria, o cuando en las condiciones de un acuerdo de paz negociado se prevea una combinación de restitución e indemnización.

21.2. Los Estados deben velar por que, como norma, la restitución sólo se considere de hecho imposible en circunstancias excepcionales, concretamente cuando las viviendas, las tierras o el patrimonio hayan sido destruidos o ya no existan, según determine un tribunal independiente e imparcial. Incluso en esas circunstancias, el titular de los derechos sobre la vivienda, las tierras o el patrimonio debe tener la opción de reparar o reconstruir dichos bienes cuando sea posible. En algunas situaciones, una combinación de indemnización y restitución puede ser el medio más apropiado de aplicar la justicia restitutiva y ofrecer recurso.

Es fundamental que los que trabajan en el ámbito de la restitución en el terreno entiendan bien la relación que existe entre la indemnización y la restitución. Como se señalaba más arriba, la indemnización, tal y como se entiende en los Principios, ha de aplicarse restrictivamente como recurso y ha de reservarse para casos muy puntuales. No ha de ser considerada como una alternativa frente a la restitución y únicamente ha de ser utilizada en aquellos casos en los que la restitución sea imposible de hecho, o cuando la parte perjudicada acepte la indemnización en lugar de la restitución con conocimiento de causa y de forma voluntaria, o cuando en las condiciones de un acuerdo de paz u otro tipo de acuerdo se prevea una combinación de restitución e indemnización. Al mismo tiempo, hay que subrayar que la indemnización y la restitución no han de considerarse mutuamente excluyentes, ya que los Principios reconocen correctamente que en algunos casos, la combinación de ambas puede ser el recurso más apropiado y la mejor manera de aplicar la justicia restitutiva.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el Principio 21

Cuando las viviendas de los retornados están dañadas o destruidas – El desplazamiento forzoso causado por los conflictos armados suele ir acompañado de la destrucción masiva de las viviendas y el patrimonio. En Kósovo, el 50% de la totalidad de las viviendas fue dañado o destruido. En Bosnia–Herzegovina se dañó y destruyó el 65% de las viviendas, y en Timor Oriental algo así como el 80% del total de las viviendas fue reducido a escombros. En estas situaciones, los mecanismos más sostenibles y justos para lograr

soluciones duraderas suelen comprender una combinación del derecho a la restitución que garantice al titular de la reclamación el derecho de recuperar su hogar y sus tierras originales, así como una ayuda financiera en forma de indemnización para reconstruir o rehabilitar la vivienda en cuestión. Teniendo en cuenta que la destrucción de la propiedad efectivamente impide su restitución plena, la única alternativa adecuada es la indemnización para restaurar el valor de la pérdida de la propiedad destruida. La entrega de la indemnización ha de tener el mismo objeto que la restitución, no obstante, para garantizar la vuelta de las víctimas a la situación en la que estaban antes de la pérdida o la destrucción de su propiedad (denominada *status quo ante*). La indemnización ha de ser razonable desde el punto de vista del valor de los daños sufridos por la víctima.

Para encontrar soluciones duraderas y flexibles – Incluso en aquellas situaciones en las que la indemnización es el único recurso posible, es fundamental salvaguardar las debidas garantías del proceso y el derecho de todos los refugiados y desplazados a acceder a órganos jurídicos justos e imparciales. El consenso actual sobre los recursos de restitución e indemnización es que no hay que considerar a esta última como una alternativa a la restitución y únicamente habrá de concederse en aquellos casos en los que la restitución no sea posible en la práctica o si la parte perjudicada aceptara una indemnización en lugar de la restitución de manera voluntaria y con conocimiento de causa. Por ejemplo, la parte lesionada únicamente habría de recibir una indemnización para remediar un desahucio ilegal de la vivienda si dicha vivienda ya no existiera o si la parte lesionada decidiera de manera voluntaria y con conocimiento de causa que el retorno a su antiguo hogar ya no encaja con sus intereses. La falta de voluntad política, por tanto, no puede ser excusa para favorecer la indemnización frente a la restitución.

En aquellos casos en los que el desplazamiento hubiera tenido lugar mucho antes de que hubiera algún recurso disponible – Otra situación en la que la indemnización puede constituir el recurso más adecuado puede ser cuando el desplazamiento hubiera tenido lugar mucho antes de que hubiera algún recurso disponible y las víctimas o sus herederos hubieran rehecho sus vidas en algún otro lugar de manera que prefirieran permanecer allí y recibir una indemnización económica por la pérdida de su vivienda o de su tierra. Este podría ser el caso concreto de una o más generaciones que nunca hubieran vivido en la propiedad de la que se hubieran visto desplazados sus padres o sus abuelos. En este tipo de casos, hay que asegurarse de que todos los titulares legítimos del derecho a la restitución o la indemnización sean informados con claridad sobre sus derechos y que su elección se realice de manera voluntaria y con el pleno conocimiento de estos derechos. Entre los

ejemplos recientes de mecanismos que ofrecen tal elección se encuentra la Comisión para la Resolución de Reclamaciones sobre la Propiedad Inmobiliaria en Irak, o los procedimientos que están siendo establecidos conforme a la Ley de Paz y Justicia en Colombia por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. Consideraciones similares pudieran ser de aplicación a aquellos titulares de derechos o a sus descendientes que hubieran tenido que dejar tras de sí su propiedad al huir del país, y que hubieran obtenido un estatuto jurídico y se hubieran instalado en el extranjero de manera que no desearan la restitución sino que prefirieran una indemnización.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Puede ofrecerse una indemnización sin haber intentado garantizar previamente el derecho a la restitución?

No. Según los Principios, la restitución ha de constituir el recurso primordial para revocar la situación de desplazamiento, a no ser que los refugiados y las personas desplazadas manifiesten el deseo expreso de recibir una indemnización en lugar de la restitución. No puede imponerse una indemnización a los refugiados o a las personas desplazadas y, salvo que sea realmente el recurso preferido por los desplazados (dando por sentado que la recuperación de las antiguas viviendas y propiedades ya no es posible), ha de reservarse la indemnización para aquellos casos en los que no se disponga de ningún otro recurso. En muchos otros casos, además, habrá de combinarse con la restitución sobre la base de la recuperación de la posesión con el fin de aumentar las posibilidades de una repatriación sostenible.

- ◆ ¿Es el dinero en efectivo la única forma aceptable de indemnización?

Si bien la indemnización en efectivo a menudo se considera una manera sencilla de resolver reclamaciones de restitución de la tierra, la vivienda y el patrimonio, ha de reservarse únicamente para aquellos casos en los que sea posible realizar una valoración económica del daño sufrido a raíz de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y humanitario; de los daños físicos o mentales; de las oportunidades perdidas (incluida la educación); los perjuicios materiales o la pérdida de ingresos; los perjuicios causados a la reputación o a la dignidad; los costes de la asistencia letrada o de peritajes; los medicamentos y los servicios médicos así como los servicios psicoterapéuticos y sociales, y todos los bienes muebles e inmuebles perdidos o destruidos, incluido el propio hogar donde se hubiera residido inicialmente. Incluso en estos casos, ha de evitarse la indemnización en efectivo en aquellos países que carecen de un mercado inmobiliario que funcione

adecuadamente o de un sistema seguro de ahorro bancario. Si se estableciera que sí se dan esos requisitos y el refugiado o la persona desplazada deseara recibir una indemnización en efectivo en lugar de la restitución, pero no se dispusiera de fondos públicos suficientes para su realización, los usuarios del Manual deberían asistir a las autoridades pertinentes para encontrar otros medios de indemnización. La alternativa más evidente al dinero en efectivo sería la construcción –por parte del Estado o subvencionada por el mismo– de una vivienda adecuada, asequible y accesible, y su puesta a disposición de los retornados o de ocupantes secundarios desplazados. También puede facilitarse el acceso a otras soluciones relacionadas con la vivienda u otras alternativas justas a través de toda una serie de medidas creativas, tales como la provisión de parcelas alternativas de terreno; el establecimiento de un fondo público de vivienda que emita obligaciones de vivienda pública, bonos o subsidios individuales que únicamente puedan cancelarse en relación con la construcción de residencias; el apoyo del Gobierno a la población retornada para encontrar viviendas vacías disponibles o para acceder a viviendas de reciente construcción; reducciones de impuestos para retornados durante un período limitado; situar a los retornados a la cabeza de las listas de espera para el acceso a viviendas de protección oficial; la asignación de parcelas de terreno público a los retornados; la entrega de una cantidad considerable a los retornados en forma de bonos del Estado; o la concesión de créditos de vivienda para la compra de materiales de construcción si decidieran construir sus propias casas.

- ◆ ¿Quedan eximidas las viviendas destruidas de posibles reclamaciones de restitución?

Aunque pueden mencionarse numerosos ejemplos, basta con decir que la destrucción o la alteración de una vivienda, propiedad o tierra no la eximen de una reclamación de restitución ni despoja a los titulares de dicha reclamación del derecho a su restitución o a obtener una indemnización. A pesar de que la destrucción o la inexistencia de las viviendas o las propiedades reclamadas es una realidad en muchos países inmersos en procesos de restitución, estas situaciones no pueden utilizarse para justificar el pago de indemnizaciones en lugar de la restitución. En su lugar, hay que procurar que se garantice una interpretación flexible y amplia de los recursos de restitución (que pueden entrañar una indemnización), de manera que la situación de hecho de una vivienda o comunidad, como dañada o destruida, no disuada a los refugiados o a las personas desplazadas que hubieran residido allí con anterioridad a presentar una reclamación de restitución. Es posible reclamar y que se otorgue el derecho a la restitución incluso respecto de edificios, pueblos o ciudades que ya no existen físicamente. Obviamente, el recurso

escogido en estos casos no será el mismo que en situaciones típicas de restitución. Pero el derecho a la restitución de las tierras sobre las que un día se encontraba una estructura determinada o a recibir otra forma de reparación puede ser considerado como un remedio efectivo, al igual que el pago sin dilaciones de una indemnización económica adecuada. La simple destrucción de la propiedad no extingue ni puede extinguir las reclamaciones, aunque tales circunstancias ciertamente compliquen el proceso de restitución.

Lecturas recomendadas

Lee, L., “The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum”, en *The American Journal of International Law*, vol. 80, no. 3, pp. 532–567, 1986.

Rosand, E., “The Right to Compensation in Bosnia: An Unfulfilled Promise and a Challenge to International Law’ in 33 *Cornell Int’l L.J.* 113, 1999.

Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Sección VI – La Función de la Comunidad Internacional, incluidas las Organizaciones Internacionales

La Sección VI de los Principios subraya el papel de la comunidad internacional y de las organizaciones internacionales en lo relativo a la facilitación de los procesos de restitución. El Principio 22.1 señala que la comunidad internacional debe promover y proteger el derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como el derecho a un retorno voluntario en condiciones de seguridad y dignidad.

Principio 22: Responsabilidad de la comunidad internacional

22.1. La comunidad internacional debe promover y proteger el derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como el derecho a un regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad.

22.2. Las instituciones y los organismos internacionales de financiación, comercio y desarrollo, y otras instituciones conexas, incluidos los Estados miembros o donantes con derecho de voto en dichos órganos, deben tener plenamente en cuenta la prohibición del desplazamiento ilegal o arbitrario y, en particular, la prohibición de los desalojos forzosos establecida en las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las normas conexas.

22.3. *Las organizaciones internacionales deben colaborar con los gobiernos nacionales e intercambiar con ellos conocimientos especializados sobre la elaboración de políticas y programas nacionales de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, así como contribuir a garantizar su compatibilidad con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas. Las organizaciones internacionales también deben prestar apoyo a la supervisión de la aplicación de tales políticas y programas.*

22.4. *Las organizaciones internacionales, incluidas las Naciones Unidas, deben esforzarse por garantizar que los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria contengan disposiciones relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, por ejemplo mediante el establecimiento de procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos jurídicos en el ámbito nacional.*

22.5. *Las operaciones internacionales de paz deben contribuir, en el marco de su mandato general, a mantener un entorno seguro y estable en el que se puedan aplicar y ejecutar con éxito políticas y programas adecuados de restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.*

22.6. *En función del contexto de cada misión, se debe solicitar a los responsables de las operaciones internacionales de paz que contribuyan a proteger el derecho a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, incluso mediante la ejecución de las resoluciones y sentencias que se dicten al respecto. Los miembros del Consejo de Seguridad deben contemplar la posibilidad de incluir esta función en el mandato de las operaciones de paz.*

22.7. *Las organizaciones internacionales y los responsables de las operaciones internacionales de paz deben abstenerse de ocupar, alquilar o comprar viviendas, tierras o bienes cuyo acceso o control escape en ese momento a sus propietarios legítimos, y deben exigir a su personal que actúe de igual manera. Asimismo, las organizaciones internacionales y los responsables de las operaciones internacionales de paz deben garantizar que los órganos o procesos que estén bajo su control o supervisión no obstruyan, directa o indirectamente, la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio.*

Las agencias de Naciones Unidas y otras organizaciones pueden jugar un papel importante para la supervisión de la aplicación efectiva de los programas de restitución de la vivienda y el patrimonio. Las disposiciones de la Sección VI sobre el papel de las organizaciones internacionales en operaciones de paz reconocen que, si bien la restitución de la vivienda y el patrimonio es un elemento necesario de los procesos de paz tras los conflictos, los programas de restitución no pueden aplicarse adecuadamente en condiciones de inestabilidad. De esta forma, los Principios señalan que las organizaciones inter-

nacionales, incluidas las Naciones Unidas, han de hacer lo posible por que los acuerdos de paz y de repatriación voluntaria contengan disposiciones relativas al establecimiento a nivel nacional de procedimientos, instituciones, mecanismos y marcos jurídicos que faciliten el proceso de restitución.

Escenarios típicos en los que se aplicaría el principio 22

En toda situación de retorno de refugiados y desplazados internos – Los procesos de restitución, por muy justos que sean o por muy cuidadosamente que hayan sido planificados, inexorablemente causan tensiones en ciertos sectores de todo país que salga de un conflicto armado, al que los refugiados o personas desplazadas deseen regresar. Dada la volatilidad típica de los entornos donde suelen tener lugar los procesos de restitución, a veces el temor a nuevos conflictos a raíz de programas de restitución mal gestionados o concebidos puede frenar los esfuerzos de restitución. Los procesos de restitución casi siempre tienen lugar en países que han experimentado fuertes traumas y, por tanto, responder de manera adecuada a los temores que surjan al respecto será fundamental para garantizar el éxito de la restitución como herramienta de construcción de una sociedad estable y pacífica. Por ello, una de las funciones primordiales de la comunidad internacional involucrada en este proceso es la de actuar como árbitro independiente, asumiendo un rol de mediador y pacificador, para reducir las tensiones que puedan surgir a lo largo de lo que suele ser un proceso lento para la construcción de una paz duradera.

En la coordinación de los esfuerzos de distintas agencias en el ámbito de la restitución en operaciones de paz – En aquellos casos en que la comunidad internacional se implica en un proceso de restitución a nivel nacional, suele tener lugar en un marco de colaboración entre múltiples agencias reuniendo al personal de muchas instituciones. En Bosnia–Herzegovina, por ejemplo, eran más de 100 las agencias involucradas en el proceso de restitución y retorno. Para evitar la duplicación de esfuerzos o que se lleven a cabo actividades mutuamente excluyentes con objetivos contradictorios, los usuarios del Manual han de colaborar en el desarrollo de un enfoque básico entre todas las agencias involucradas en el proceso de restitución. Hay que crear vínculos estrechos entre el terreno y la sede, y adoptar las medidas que sean más efectivas para la coordinación de las actividades de restitución de todas las agencias. Sin un enfoque coordinado de todos estos aspectos (que incluya también directamente a las instituciones pertinentes a nivel local y nacional en el caso de una fuerte participación internacional), el proceso de restitución puede verse seriamente amenazado, o en el mejor de los casos, considerablemente ralentizado.

Preguntas frecuentes

- ◆ ¿Qué medidas especiales ha adoptado la comunidad internacional para garantizar el derecho a la restitución?

Uno de los ejemplos más interesantes de facilitación del ejercicio del derecho a la restitución por parte de la comunidad internacional es el Plan de Aplicación de la Legislación sobre la Propiedad (PLIP) de Bosnia–Herzegovina. Aunque este tipo de iniciativas no siempre son viables o aplicables a todos los casos de restitución, el PLIP es un buen ejemplo de cómo un enfoque coordinado de las agencias principales puede jugar un papel fundamental para dar seguimiento con éxito a un proceso de restitución liderado por instituciones nacionales. En otras instancias, la comunidad internacional ha contribuido a la interposición de denuncias de derechos humanos ante los tribunales pertinentes. Las ONGs, entre otras, jugaron un papel importante en la presentación del caso *Blečić c. Croacia* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de que la sentencia del Tribunal no fue la que los demandantes hubieran deseado, este proceso es un buen ejemplo de cooperación entre la comunidad internacional y refugiados o personas desplazadas individuales para hacer valer en la práctica sus derechos a la restitución de la vivienda y el patrimonio.

- ◆ ¿Cómo puede evitar la comunidad internacional menoscabar el legítimo derecho a la vivienda y al patrimonio de los refugiados y personas desplazadas?

El Principio 22.7. se ocupa del posible impacto negativo que puedan tener las organizaciones internacionales sobre el disfrute del derecho a la restitución de la vivienda y el patrimonio en los diferentes países donde actúan, y urge a las agencias a que eviten utilizar o comprar casas, tierra o propiedades pertenecientes a refugiados o personas desplazadas. Hay muchos ejemplos de personal de organizaciones internacionales viviendo en casas de refugiados a la vez que trabajan en operaciones de paz y hay que hacer todo lo posible para garantizar que el derecho a la restitución de los refugiados o desplazados no se vea menoscabado por el hecho de que haya miembros de la comunidad internacional ocupando sus hogares. Los usuarios del Manual han de instar a sus respectivas organizaciones a que adopten las políticas adecuadas para tratar esta cuestión. Tanto en Bosnia–Herzegovina como en Kósovo, el personal de Naciones Unidas tenía que comprobar que los propietarios de las viviendas que alquilaba eran, en efecto, sus legítimos propietarios.

Lecturas recomendadas

Blečić c. Croacia (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de marzo 2006).

ICISS, *The Responsibility to Protect* (Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados), IDRC, Ottawa, 2001.

Comité Permanente entre Organismos, *Growing the Sheltering Tree: Protecting Rights Through Humanitarian Action – Programme & Practices Gathered from the Field*, IASC, Ginebra, 2002. ACNUR / OHR y la CRPC, *Property and Housing Issues Affecting Repatriates and Displaced Persons in Bosnia and Herzegovina*, Publicación del ACNUR, Ginebra, 1999.

ACNUR y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Land, Housing and Property, Proposals to the Parties for Comprehensively Addressing Land, Housing and Property Rights in the Context of Refugee and IDP Return within and to Sri Lanka*, Colombo, 22 April 2003.

ACNUR, *Inter-Office Memorandum No. 104/2001 – UNHCR Field Office Memorandum No. 104/2001 – Voluntary Repatriation and the Right to Adequate Housing*, 28 November 2001.

Sección VII – Interpretación

Principio 23: Interpretación

23.1. Los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas no deben interpretarse de forma que limiten, alteren o menoscaben de algún otro modo los derechos reconocidos en las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas conexas, o los derechos reconocidos en las legislaciones nacionales que sean compatibles con dichas normas.

La disposición final sobre la interpretación de los Principios introduce una cláusula de salvaguarda que prohíbe interpretación alguna que limite, altere o menoscabe de algún otro modo los derechos reconocidos en las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del derecho de los refugiados y del derecho humanitario, y de las normas relacionadas, o los derechos reconocidos en las legislaciones nacionales que sean compatibles con dichas normas. Ello garantiza que los Principios no puedan ser utilizados de ninguna manera para justificar la violación de derechos humanos o de cualesquiera otras disposiciones legales internacionales en circunstancias imprevistas en el futuro.

Observaciones finales

Los refugiados y las personas desplazadas, con independencia de la razón de su desplazamiento, tienen el derecho a retornar voluntariamente, en condiciones de seguridad y dignidad, a sus anteriores hogares y tierras. Ciertamente, para muchos refugiados y personas desplazadas, la usurpación de sus hogares y tierras está en la raíz de su desplazamiento y por ello una de las primeras preocupaciones de los que regresan a sus países o territorios de origen, o que desean hacerlo, es lograr la restitución de sus hogares, tierras o patrimonio antes del retorno, o inmediatamente después.

Tal y como se ha querido ilustrar a través de la información que recoge este manual, las condiciones bajo las que las personas pueden perder sus hogares y propiedades pueden variar pero, por lo general, incluyen situaciones prolongadas de guerra civil, catástrofes naturales, limpieza étnica, y expropiaciones injustas o no compensadas, o confiscaciones discriminatorias. Para evitar que estas circunstancias perduren, y para proteger los derechos humanos de las víctimas, es fundamental garantizar la restitución de la vivienda y el patrimonio y, de esta manera, el derecho al retorno en condiciones de seguridad y dignidad a aquellos que lo deseen.

Los principios jurídicos relativos a la restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio establecen claramente que todo aquel que haya sido desplazado de su antiguo hogar o tierra, tiene derecho al recurso efectivo correspondiente para recuperar dichos hogares o tierras o recibir una indemnización justa en efectivo o en especie. El derecho internacional se inclina claramente a favor de la restitución en especie, considerándolo el remedio preferible para tales violaciones de derechos humanos y de derecho internacional. Si bien el derecho también prevé el pago de una indemnización suficiente y oportuna en aquellos casos en los que la restitución es materialmente imposible (especialmente si el antiguo hogar ha sido destruido), la legislación y la práctica estatales promueven de manera creciente la restitución como elemento clave para lograr una solución duradera para los refugiados y las personas desplazadas que regresen a sus antiguos hogares o tierras.

La restitución nunca será un proceso fácil. En efecto, la justicia nunca se verá libre de coste ni sufrimiento alguno. No obstante, hay países por todo el mundo que, sustentados en un régimen jurídico cada vez más sólido, han optado repetidamente por garantizar la estabilidad nacional política y económica reconociendo los errores del pasado y procurando una justicia reparadora basada en la adopción de leyes y procedimientos que garanticen el derecho a la restitución. Aunque los mecanismos concretos varían de un Estado a otro, el hecho es que muchos países cuentan hoy en día con estas ins-

tituciones y millones de personas antaño desplazadas han podido regresar a sus antiguos hogares o tierras gracias a la existencia de estas instituciones de restitución. Es de esperar que la aplicación de los Principios contribuya a este proceso.

El acceso a la tierra como garantía del derecho a la vivienda

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto,

Febrero 13 de 2008

[...] V. Desarrollo del Mandato [...]

B. Esferas a las que se debe seguir prestando especial atención

1. Acceso a la tierra

65. En esta sección, el Relator Especial desea proseguir el debate que inició en el último informe presentado al Consejo con respecto a los vínculos entre la tierra y el derecho a una vivienda adecuada*¹.

66. En varios informes², el Relator Especial ha destacado que la tierra, como recurso de la vivienda, es un elemento esencial de derecho humano a la vivienda. La inadecuada vivienda de los pobres es con frecuencia el resultado de haberse visto privados del acceso a la tierra, el crédito y los materiales de construcción. Cuando se concede este acceso, generalmente no se concede la tenencia. La falta de disposiciones legales que permitan a las comunidades habitar o poseer las tierras y hacer un uso productivo de los recursos naturales o comunes debería también señalarse como un obstáculo al ejercicio del derecho a una vivienda adecuada.

67. La tierra constituye el principal activo que permite a los pobres de las zonas rurales asegurar su subsistencia. Sin embargo, se estima que de todas las tierras del mundo en manos privadas, casi las tres cuartas partes están controladas tan sólo por un 2,5% de todos los terratenientes. Millones de familias, aunque trabajan la tierra, no la tienen en propiedad, y se consideran campesinos sin tierra. Como promedio, el 71,6% de las familias rurales en África, América Latina y Asia Oriental y Occidental (excepto China) carecen de tierra o tienen muy poca³.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo del informe.

1 A/HRC/4/18.

2 See for instance E/CN.4/2001/51, E/CN.4/2002/59, E/CN.4/2005/48, E/CN.4/2005/43 and E/CN.4/2006/118.

3 E/CN.4/2005/48, para. 40.

68. La tierra desempeña además un papel esencial en la vinculación estructural entre los problemas de la vivienda rural y la vivienda urbana. Mientras que la migración a las zonas urbanas está en aumento, no se abordan las causas subyacentes de este fenómeno. Esta migración generalmente no es voluntaria, sino el resultado de la extrema pobreza rural como consecuencia de la carencia de tierra; la inseguridad de la tenencia de tierra; la utilización de la tierra para otros fines; la pérdida de los medios de subsistencia por no haberse dado prioridad a la reforma agraria o por no haberse promovido las infraestructuras rurales; los desplazamientos provocados por proyectos de desarrollo; las viviendas de ínfima calidad; o la utilización de tierras de cultivo para usos industriales. La falta de reconocimiento legal del derecho a la tierra contribuye a estas situaciones. En las ciudades, a estos migrantes se les impide con frecuencia el acceso a una vivienda adecuada y se les obliga a vivir en barrios de tugurios y otros asentamientos improvisados que se caracterizan por la inseguridad y unas condiciones de vida inadecuadas.

69. Las desigualdades en la propiedad de las tierras y la carencia de tierras plantean una serie de problemas interrelacionados: desde las viviendas inadecuadas hasta la falta de opciones de subsistencia, la mala salud, el hambre y la inseguridad alimentaria, o la pobreza extrema. El control cada vez mayor de la tierra por las empresas y la consiguiente industrialización de la agricultura tienden a desplazar a los pobres a zonas inadecuadas para el cultivo y amenazan la sostenibilidad social y ecológica⁴. El acceso a la tierra es igualmente importante para lograr la seguridad socioeconómica. Muchos gobiernos y organismos donantes no han comprendido la importancia que la carencia de tierra juega a menudo en la pobreza y la marginación. Esto se desprende claramente de la escasa prioridad que se le concede en las reformas agrarias. Esta situación ha dado lugar al nacimiento de movimientos bien organizados de campesinos y trabajadores rurales sin tierra que tratan de llevar la reforma agraria a los debates de política a nivel nacional e internacional, a menudo con gran riesgo personal, incluso para sus vidas.

70. El hecho de que los Estados no garanticen la seguridad jurídica de la tenencia y reconozcan legalmente el derecho de las comunidades a la tierra y a la vivienda las hace vulnerables a los desalojos forzosos. A nivel mundial, se ha acelerado la tendencia a desalojar a las comunidades en nombre del embellecimiento de las ciudades, la renovación urbana, la industrialización y las actividades de desarrollo, incluida la minería y la construcción de embalses y otras infraestructuras.

4 E/CN.4/2005/48.

71. En muchos países, el control y la propiedad de la tierra por las mujeres, en particular en las zonas rurales, es esencial para su subsistencia, su seguridad alimentaria, su independencia económica y su seguridad física, incluida la de los hijos. Además, según las estimaciones, las mujeres sólo poseen del 1 al 2% de todas las tierras cultivables del mundo, lo que se atribuye a menudo al bajo nivel de los derechos de sucesión a la propiedad de las mujeres⁵.

72. Con el aumento de la migración de los varones a las zonas urbanas en busca de empleo en muchos países, son sobre todo las mujeres las que continúan las actividades agrícolas en las zonas rurales. Este aumento de la “feminización de la agricultura” pone una vez más de relieve la importancia de garantizar a la mujer los derechos a la tierra.

73. Los estudios y consultas sobre la mujer y la vivienda llevados a cabo por el Relator Especial, incluidos los testimonios de algunas mujeres, revelan una violación generalizada de los derechos a la mujer a una vivienda adecuada y a la tierra⁶. En diversas ocasiones, el Relator Especial ha expresado su preocupación por la prevalencia de normas y tradiciones culturales que privan a las mujeres de su derecho a la tierra, a la sucesión y a la propiedad, lo que a su vez les impide realizar su derecho a una vivienda adecuada. Preocupa especialmente el hecho de que estas normas culturales y sociales discriminatorias se reflejen en el derecho de familia o el derecho de la persona, incluso en leyes no codificadas.

74. La vinculación conceptual y práctica entre el derecho a la tierra y otros derechos humanos es especialmente evidente en el caso de los pueblos indígenas. Pese a los vínculos, a menudo sagrados, de los pueblos indígenas con sus territorios y sus lazos arraigados e históricos con ellos, con frecuencia son otros los que se han apoderado de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. El hecho de que los Estados no reconozcan a las comunidades indígenas y otras comunidades locales como los gestores o propietarios de los recursos naturales que cultivan y administran es sintomático del olvido de los derechos de los pobres de las zonas rurales. La denegación sistemática de los derechos de propiedad y los derechos colectivos a la tierra hace que estas comunidades sean más vulnerables a los desplazamientos forzados, lo que a su vez pone en peligro sus medios de subsistencia. La lentitud de los progresos en la demarcación de las tierras indígenas es un obstáculo al reconocimiento legal de los derechos de propiedad comunitarios de los pueblos indígenas.

5 Women in Development, Bureau for Global Programs, Field Support and Research and United States Agency for International Development, *Women's Property and Inheritance Rights: Improving Lives in Changing Times. Final Synthesis and Conference Proceedings Paper* (2003).

6 See E/CN.4/2003/55, E/CN.4/2005/43 and E/CN.4/2006/118.

75. La tierra tiene asimismo gran importancia para ciertos grupos que han sufrido discriminación histórica, ya sea por su origen, raza o color. Por ejemplo, algunas comunidades, como los *dalits* en la India, siguen siendo objeto de graves violaciones de los derechos humanos, por su origen o el trabajo que realizan, incluso con respecto a los derechos a la tierra y a la vivienda. En el Brasil, las comunidades afrobrasileñas de quilombos (colonias de antiguos esclavos) son objeto de discriminación, lo que afecta gravemente su capacidad para disfrutar el derecho humano a la tierra y a una vivienda adecuada y les empuja a la marginación social⁷.

76. La falta de acceso a la vivienda, la tierra y la propiedad también afecta a los refugiados que se ven obligados a abandonar sus países de origen, o a los desplazados internos como consecuencia de conflictos o de importantes proyectos de desarrollo.

77. Las zonas urbanas y perurbanas de todo el mundo son hoy testigo de violaciones del derecho a una vivienda adecuada, debido a la incapacidad o desidia de las autoridades para controlar debidamente la especulación sobre las tierras y la vivienda e invertir el proceso de concentración de la propiedad de la tierra y el acaparamiento de propiedades. Este fenómeno se extiende también a las zonas rurales. La privatización de la tierra contribuye a menudo a que las tierras sean menos asequibles, lo que afecta en particular a las familias encabezadas por mujeres. En los informes sobre muchas misiones se señaló como cuestión importante la inasequibilidad resultante de una reglamentación inadecuada por los Estados del mercado de la vivienda y de la tierra.

78. Aunque son escasas las disposiciones legales en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la tierra⁸, los documentos finales de las distintas conferencias internacionales, incluida la Declaración de Estambul sobre los asentamientos humanos, reconocen la relación entre la tierra y la vivienda⁹. En el Programa UN-Habitat, los gobiernos se comprometen a garantizar la seguridad jurídica de la tenencia y la igualdad de acceso a la tierra a todas las personas, incluidas las mujeres y a los que viven en la pobreza¹⁰. Las Directrices Voluntarias de la Organización de las Na-

7 See E/CN.4/2005/48/Add.3.

8 Reference can be made to article 14 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women or to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People.

9 Available at http://www.unhabitat.org/downloads/docs/2072_61331_int-dec.pdf.

10 Available at http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1176_6455_The_Habitat_Agenda.pdf, párr 40 b).

ciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) sobre el derecho a una alimentación adecuada, se refieren a la seguridad de la tenencia de tierras y de la necesidad de promover el acceso a la tierra en la Directriz 8B¹¹.

11 Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security, adopted by the Council of the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO) in November 2004, available at http://www.fao.org/righttofood/en/highlight_51596en.html.

El derecho a la vivienda digna y el desalojo del espacio público ocupado

Corte Constitucional

Sentencia No. T-617/95

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Bogotá, diciembre 13 de 1995

[...] II. Fundamentos Jurídicos [...]

12. El espacio público

Una de las primeras tutelas escogidas por la Corte Constitucional para revisión fue la de los vendedores ambulantes de Ibagué que ocupaban para su trabajo sitios correspondientes al espacio público. En esa oportunidad la Corte consideró que la recuperación del espacio público es una obligación del Estado que no puede ser obstaculizada por la invocación del derecho al trabajo, porque el INTERES GENERAL *prevalece* sobre el interés particular (art. 1º C.P.). Desde el 17 de junio de 1992 (T-225/400) ésta ha sido la jurisprudencia:

“De otro lado está el interés general en el espacio público que está igualmente en la mente de la Constitución, pues los bienes de uso público figuran, entre otros, en una categoría de tratamiento especial, ya que son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 63, C.N.) y tienen destacada connotación de acuerdo con el artículo 82 *ibidem* que la Corte quiere resaltar, así: “Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular” y que termina ordenando que “las entidades públicas... regularán la utilización del suelo.... en defensa del interés común”.

Existe también el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan probablemente los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.

Ahora bien, en este difícil equilibrio de intereses no le queda duda a la Corte de que una medida como la del Alcalde Municipal de Ibagué cumple los objetivos propuestos, pues regula adecuadamente el uso del espacio público, que debe ser común y libre y en el que debe primar el interés general y deja a salvo el ejercicio reglamentado del trabajo mediante la economía informal en aquellos sitios que

lo permitan, de donde se sigue con igual lógica que puede someterla a las normas sobre ordenamiento urbano que aseguren el desarrollo comunitario y el progreso de sus ciudades.

Lo anterior supone, en consecuencia, que cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna^{*1}.

Pues bien, en tres de los casos que motivan las tutelas acumuladas que se definen en el presente fallo, las determinaciones tomadas por el Consejo de Estado aceptan esta posición jurisprudencial, y, para los cuatro casos, el abogado de los peticionarios precisamente solicita la reubicación de sus poderdantes. Es más:

Si la protección a los bienes de uso público es un deber que corresponde a las autoridades ésta se realiza a través del Poder de Policía del Estado y de las características de ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo, como se explicitó en la T-150/95²:

“12. El bien de uso público por la finalidad a que está destinado, otorga al Estado la facultad de detentar el derecho a la conservación de los mismos y por tanto la normatividad que los regula ordena velar por el mantenimiento, construcción y protección de esos bienes contra ataques de terceros. La protección se realiza a través de dos alternativas: por un lado la administrativa, que se deriva del poder general de policía del Estado y se hace efectivo a través del poder de sus decisiones ejecutorias y ejecutivas. Para el caso el artículo 124 del Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía, dispone que “a la policía le corresponde de manera especial prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público.” En el mismo sentido y respecto del caso de esta tutela, el artículo 297 de la Ordenanza 018 de 1971 o Código de Policía de Caldas dispone que “la policía garantizará el uso permanente de las vías públicas, atendiendo el normal y correcto desarrollo del tránsito y evitando todo acto que pueda perturbarlo.”

El alcalde como primera autoridad de policía de la localidad (artículo 84 de la Ley 136 de 1994), tiene el deber jurídico de ordenar la vigilancia y protección del bien de uso público en defensa de los intereses de la comunidad, por lo tanto en su cabeza se encuentra la atribución de resolver la acción de restitución de bienes de uso público tales como vías públicas urbanas o rurales, zona de paso de rieles del tren, según lo dispuesto en el artículo 132 del Código de Policía.

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Sentencia T- 225/92. Gaceta Constitucional Tomo 2. Pag 136-137, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Además, el Personero municipal en defensa del interés público puede “demandar de las autoridades competentes las medidas de policía necesarias para impedir la perturbación y ocupación de los bienes fiscales y de uso público.”(artículo 139 numeral 7º del Decreto 1333 de 1986)”³.

No existe, pues, duda alguna sobre la facultad que tienen los funcionarios de policía para proteger los bienes de uso público y rescatar el espacio público ilegalmente ocupado.

Significa lo anterior que el espacio público y los bienes de uso público deben ser protegidos y al hacerlo el funcionario policivo cumple con su deber y por lo mismo su conducta es legítima y la orden que da de desalojo a quienes lo ocupan tiene la obligatoriedad propia del acto administrativo. Lo anterior no significa que para los casos de las presentes acciones de tutela los ocupantes queden desamparados. Esta Sala de Revisión considera que algunos de los derechos fundamentales invocados por los peticionarios encuentran protección constitucional a través de la figura de la CONFIANZA LEGITIMA.

13. La confianza legítima en la protección de derechos

La razón central para considerar que en las presentes tutelas no se excluyen el derecho al espacio público, a la protección de los bienes del Estado y el Derecho a la vivienda de unos ocupantes a quienes se les ha tolerado dicha ocupación, encuentra su fundamento en la teoría de la *confianza legítima* sustentada en el principio general de *la buena fe*.

En las tutelas que motivan este fallo, los ocupantes del espacio público de buena fe creyeron que la administración del Distrito colaborarían en una solución paralela al desalojo, pasaron muchos años y la administración Distrital ni desalojó ni solucionó un problema que con sus omisiones contribuyó a crear.

El principio de la buena fe se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, “*en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona*”.⁴

3 Sentencia N° T-150 de 4 de abril de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

4 González Pérez Jesús, El Principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, pág 43.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. En razón a esto tanto la administración como los administrados deben actuar conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar “*Que el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador*”⁵. Lo anterior implica que, así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas.

*“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en su lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza legítima de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo, superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida.”*⁶

Esa confianza, producto de la buena fé, es la que en un Estado Social de Derecho explica la coadyuvancia que el Estado debe dar a soluciones, sin que esto signifique NI DONACION, NI REPARACION, NI RESARCIMIENTO, NI INDEMNIZACION, como tampoco desconocimiento del principio del interés general.

La organización administrativa del Estado reposa sobre el principio del interés general. Es claro que la contraposición entre los intereses puramente particulares de los individuos aisladamente considerados, y los intereses generales, ha de resolverse necesariamente a favor de los intereses generales, pues lo colectivo debe primar sobre lo individual, y lo público sobre lo privado. Así lo consagran de manera expresa los artículos 1º y 63 de la Constitución Política de Colombia. El Principio del interés general a su vez determina el contenido y campo de aplicación del principio de la confianza legítima. Pues en el, la confianza legítima encuentra su más claro límite. En tal sentido lo señaló El Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia de 16 de mayo de 1979: “al estudiar el conflicto que surgió entre el principio de la confianza legítima y el interés público, a lo cual determinó que” en caso de enfrentamiento el interés público tendrá primacía sobre la confianza legítima: Teniendo en cuenta que el marco de una reglamentación económica como la de las organizaciones comunes de los mercados agrícolas, el principio del respeto de la confianza legítima prohíbe a las instituciones comuni-

5 Ibidem, pág 59.

6 IDEM.

tarias modificar esta reglamentación sin combinarla con medidas transitorias, salvo que un interés público se oponga a la adopción de tal medida.”⁷

El Principio de la confianza legítima encuentra un límite en su contenido y alcance que es dado por PRINCIPIO DEL INTERES GENERAL. Tal consideración nos permite justificar el por qué esta Corporación revocará la decisión del Consejo de Estado con respecto a las órdenes dadas en la parte resolutive de su Sentencia. La Sala considera que las órdenes, aunque serán autónomas tienen carácter complementario.

Retomando el tema de la confianza legítima en la teoría administrativa: la relación entre administración y administrado plantea el gran problema de establecer las delimitaciones legales de los derechos de éstos últimos frente a la administración. Que en virtud de su potestad y ejercicio de las finalidades del Estado pueden ser limitados. Potestad que determina la imprescriptibilidad de los bienes de uso público por la ocupación temporal de los particulares, (art. 63 C.P.) Pero al mismo tiempo, *la Confianza legítima* como medida de protección a los administrados se origina cuando de un acto de aplicación de una Norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merece un calificativo especial, en comparación del que pueda derivarse para el resto de la Colectividad.

El problema de tal trato, fue resuelto por el principio de protección de la Confianza legítima, que formulado por la jurisprudencia Alemana, hizo suyo el Tribunal Europeo de Justicia en Sentencia del 13 de julio de 1965. Sobre este Principio el tratadista García de Enterría señala⁸:

Dicho principio, no impide, al legislador modificar las regulaciones generales con el fin de adaptarlas a las exigencias del interés público, pero si, le obliga a dispensar su protección, en caso de alteración sensible de situaciones en cuya durabilidad podían legítimamente confiar los afectados. Esa modificación legal, obliga a la administración a proporcionarles en todo caso tiempo y medios, para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación, lo que dicho de otro modo implica una condena de los cambios bruscos adoptados por sorpresa y sin las cautelas aludidas.

Es importante anotar que la aplicación del sistema exige como requisito *sine qua non* que los sujetos administrativos se encuentren respecto a la producción del daño en una situación propia del derecho administrativo .

7 García Macho Ricardo, Artículo “ Contenido y límites del principio de la Confianza legítima “ Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí .Editorial Civitas, Madrid 1989 .pág 461.

8 García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas-Madrid, pág 375.

Para el caso concreto es claro que la administración permitió la ocupación de una tierras que constituían Espacio Público y no hizo nada para impedirlo, estableciendo con su permisividad la confianza por parte de los administrados de crear unas expectativas en torno a una solución de vivienda. Lo anterior supone, en consecuencia, que cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por los administrados que ocuparon tal Espacio Público, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichas personas de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna; “reequilibrar” como dice García Enterría.

La Corporación en la sentencia T-372 de 1993, analizando el tema de los vendedores ambulantes y refiriéndose al principio de la Confianza legítima señaló:

“El conflicto entre el deber del Estado de recuperar y proteger el espacio público el derecho al trabajo, ha sido resuelto en favor del primero de éstos, por el interés general en que se fundamenta. Pero se ha reconocido, igualmente, que el Estado en las políticas de recuperación de dicho espacio, debe poner en ejecución mecanismos para que las personas que se vean perjudicadas con ellas puedan reubicar sus sitios de trabajo en otros lugares. Del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes. Sin embargo, la ocupación del espacio público no está legitimada por la Constitución. Cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna”.

La conducta de la administración en concepto de la Sala, vulneró el principio de confianza que debe preceder toda relación entre el administrado y el administrador. Porque si bien es cierto el Distrito, mediante acto administrativo –Acuerdo del Concejo Distrital número 19 de 1987– concretó un principio de solución razonable, por cuanto previó y proyectó la entrega de lotes con servicios con exoneración del pago de la cuota inicial, aspecto que tenía en cuenta la necesidad de vivienda y capacidad económica de los ocupantes del espacio público en comento, sólo fue una solución parcial para algunos de los ocupantes que obviamente no pueden ser protegidos por las determinaciones que se adoptaran en el presente fallo, también es cierto que algunos de los peticionarios afirman que para ellos no ha habido solución. Esto incide en el caso concreto en un doble aspecto: Por un lado no se ha desocupado el lote pese a su carácter de bien de uso público y a la prevalencia del interés general, y por el otro, para algunas personas no ha habido otorgamiento de soluciones de vivienda por cuanto en la fase de ejecución se les entregó lo proyectado a personas ajenas al conflicto con criterio de clientela política.

Esto significa que en el presente caso no se dió cumplimiento igualitario al derecho establecido en el artículo 51 de la Carta Política que dice:

“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

Este derecho a la vivienda digna en abstracto no hace parte de los derechos fundamentales, pero en algunas circunstancias lo sería si está en conexidad con otros derechos fundamentales y si, como en el caso en estudio, entra en conexidad con la BUENA FE y con el principio de IGUALDAD, por cuanto al confrontar las circunstancias de hecho el Estado –Distrito Capital– al hacer efectivo este derecho le dió un trato distinto a dos situaciones iguales, por lo tanto debe facilitársele las condiciones a quienes aún no tienen la solución y excluirse a aquellos que ya tienen vivienda o han sido reubicados.

Respecto a la VIVIENDA DIGNA, para analizar si en determinadas circunstancias se puede catalogar o no como derecho fundamental, la Corte ha dicho:

“La dignidad comprende varias dimensiones de la vida del hombre. Básicamente ella implica un conjunto de condiciones materiales y espirituales de existencia que permita vivir y vivir con cierta calidad, con el fin de permitir un espacio idóneo para el libre desarrollo de la personalidad, al tenor del artículo 14 de la Carta. Entre las condiciones materiales de existencia digna se encuentra sin duda la vivienda. Otros elementos como la alimentación, la salud y la formación son también indispensables. Pero en este negocio importa poner de manifiesto el carácter vital que tiene para la dignidad el gozar de una vivienda. De hecho la humanidad se ha relacionado históricamente con la vivienda en forma paralela al desarrollo de la civilización. De los nómadas a las cavernas, de los bohíos a las casas, de las casas a los edificios, toda la evolución del hombre se traduce en su forma de vivienda”⁹.

Se recalca, para que prospere una tutela como protección al derecho a vivienda digna es indispensable estudiar con mucha atención cada caso particular, teniendo en cuenta las condiciones materiales.

“El derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo o derechos programáticos, condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los hacen posibles.

Por esto es acertado afirmar que, en principio, los derechos de segunda generación no son susceptibles de protección inmediata por vía de tutela. Situación

9 Sentencia N° C-575 de 29 de octubre de 1992. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

diferente se plantea una vez las condiciones jurídico–materiales se encuentran de manera que la persona ha entrado a gozar de un derecho de esta categoría. En dado caso, el derecho constitucional materializado adquiere fuerza normativa directa y a su contenido esencial deberá extenderse la necesaria protección constitucional”.¹⁰

En el caso de las cuatro tutelas que se resuelven en el presente fallo, el derecho a la vivienda digna se califica como derecho fundamental derivado, porque al tratarse de una medida en favor de un grupo marginado, se vulneró lo preceptuado en el artículo 13 de la Constitución que dice:

“Todas las personas recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”

En el presente caso confluye el principio de la igualdad en la aplicación de la norma jurídica con el principio de la buena fe, por cuanto era legítimo que todos los marginados ocupantes del lote destinado al espacio público esperaran de la administración una conducta leal y honesta, igual a quienes se les dió la solución para la realización del fin público perseguido:

El desalojo del espacio público ocupado

Además, ya esta Sala de Revisión, en sentencia T–207/95 al referirse a los derechos prestacionales, indicó:

“Así las cosas, excepcionalmente la orden del juez de tutela puede corregir la omisión de una autoridad administrativa cuando tal conducta implica la violación directa o por conexidad de un derecho fundamental. En el caso específico de la ejecución de una determinada obra pública, el juez de tutela orienta la gestión administrativa dentro de los parámetros que la Carta indica cuando, en concreto, se haya probado la violación o amenaza del derecho fundamental del accionante por la falta de determinada inversión y ante comprobada negligencia administrativa, teniendo en cuenta el elemento presupuestal.

Se repite, no se trata de un co–gobierno, sino de hacer cumplir unos concretos mandatos constitucionales que orientan la gerencia pública, en injustificada ausencia de decisión del gestor. En efecto, en la Constitución Política se definen un norte específico a seguir en la administración estatal, por ejemplo en el artículo 356 C.P. se establece que “los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles

10 Sentencia N° T–308, de 4 de agosto de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

que la ley señala, con especial atención a los niños”, así mismo, el artículo 357 ibídem establece que la participación municipal en los ingresos corrientes de la Nación estará orientada por una ley, a iniciativa del Gobierno, que “determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos”. Se aprecia, entonces, cómo la Carta Política no deja la acción estatal como una rueda suelta sino la condiciona y la encauza de determinada manera, en aras de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia de un orden justo” (art. 2º C.P.).”

Pero, hay algo más: probatoriamente la confianza legítima es corroborada con expresiones de la administración consignadas en actas, planes, programas, en Acuerdo del Concejo de Santafé de Bogotá, D.C. (Acuerdo 19 de 1987, art. 24: “La Caja de Vivienda Popular exonerará del pago de la cuota inicial de los lotes de Ciudad Bolívar a las familiar que va a trasladar de la zona del ferrocarril y del barrio La Belleza”), se resalta que esta decisión del Concejo es una prueba muy importante de la BUENA FE y consecuencial confianza legítima de quienes han instaurado la tutela.

Consta en los expedientes que de tiempo atrás, desde años antes de interponerse las acciones de tutela, se les venía haciendo a los ocupantes de la zona aledaña al ferrocarril numerosas y reiteradas promesas, y aún después de las sentencias de tutela hay un acta que lo confirma; esto reafirma aún más la aplicación de la CONFIANZA LEGÍTIMA. El Distrito se comprometía a dar solución a esa Comunidad, por ello es criticable que en más de treinta años Santafé de Bogotá haya permitido ocupación del espacio público y en más de diez años algunos funcionarios hayan postergado la solución de los problemas humanos que surgieron por la desidia de los funcionarios. En caso similar cuando hay muchas promesas y poco cumplimiento, la Corte señaló:

“En el supuesto de que se pudiera acudir a una acción para lograr la ejecución del Convenio aludido, la decisión final, y en el entendido de que ella entrañara una decisión estimatoria de las pretensiones, sólo podría definirse probablemente después de muchos años, cuando lo crítico y conflictivo de la situación social que confronta la comunidad, reclama unas definiciones ágiles, porque de otro modo, es bien probable que la situación desemboque en la asunción de rumbos desesperados, o, peor aún, en la amenaza de la propia integridad étnica y cultural de la comunidad Wayúu.

La consideración de esas eventualidades, por remotas que parezcan, no pueden ser ajenas a las preocupaciones del Estado, ni esquivarse dentro del análisis de esta providencia...

Hay que considerar adicionalmente, que el Estado a través de las entidades públicas intervinientes en la celebración del Acuerdo se comprometió a la realización de una serie de acciones tendientes a garantizar de manera concreta el derecho al trabajo de la comunidad Wayúu con la organización y funcionamiento de una empresa que se encargara de la explotación de la sal y, además, a adoptar las medidas necesarias para el desarrollo social y cultural de dicha comunidad. Por lo tanto, a juicio de la Sala, el compromiso asumido tiende a hacer efectivos derechos que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos y reales, que se consideran medulares para la supervivencia y el desarrollo socio-cultural de la etnia Wayúu como grupo social que merece la especial protección del Estado en los términos de los artículos 1, 7 y 8 de la C.P. A esta solución llegó esta misma Sala en la sentencia No. T-342 de fecha julio 27 de 1994 cuando ordenó proteger la diversidad étnica y cultural de la Tribu Nukak-Maku.

La efectividad de los aludidos derechos (art. 2 C.P.) contribuye además a hacer realidad el principio de igualdad (art. 13 C.P.) y la justicia material, porque en este caso el Estado en dicho Acuerdo se obligó a promover, con acciones concretas, las condiciones para lograr la igualdad material de una comunidad discriminada y marginada.

Llama la atención de la Sala la circunstancia de muy común ocurrencia en que el Estado para superar una emergencia derivada de un conflicto social con un grupo humano determinado, asume obligaciones a través de convenios con las partes en conflicto, que luego son incumplidos.

El incumplimiento de este tipo de obligaciones, resta credibilidad y legitimidad a la acción del Estado, frustra las aspiraciones legítimas de la comunidad, alienta las soluciones violentas a sus reclamaciones y, además, es contrario a la filosofía que emana del preámbulo de la Carta y al principio de la buena fe (art. 83 C.P.). El Estado Social de Derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las necesidades básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas; por lo tanto, la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales.

El cumplimiento de esas obligaciones, en cuanto contribuyan a realizar efectivamente los derechos fundamentales, puede demandarse a través de la acción de tutela, no propiamente porque el respectivo convenio o acuerdo cree el derecho fundamental, pues éste ya aparece determinado en el ordenamiento constitucional, sino porque la unión de las voluntades –la estatal y la de la comunidad– se

constituye en un instrumento de determinación, concreción y materialización del derecho, que le imprime un vigor adicional para su exigibilidad”¹¹.

Es, pues, indispensable que haya acciones concretas y no ofrecimientos coyunturales que se enredan luego en trámites burocráticos muchas veces inoficiosos y otras veces engañosos.

14. La solidaridad y los derechos del menor

Las sentencias que se revisan parten también de otra base: que se han violado los derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 44 de la C.P., a las decenas de menores que habitan en las orillas del ferrocarril en Santafé de Bogotá.

Ocurre que en la comunidad cuyo desalojo se anuncia hay numerosos niños. Hay que aclarar que la existencia de menores de edad no impide una determinación judicial de lanzamiento o administrativa de desalojo. Pero, no por eso el Estado se puede desatender de la protección al menor y del mantenimiento de la unidad familiar, especialmente si los niños viven en condiciones infrahumanas. Es más, el impacto del subdesarrollo en sectores marginales exige una presencia mayor del Estado. Es, pues, justa y válida la apreciación de los jueces de tutela al señalar la protección a tales menores. Como, además, hay información en el expediente sobre las medidas que por parte del ICBF y el Departamento Administrativo de Bienestar Social se han tomado o se pueden tomar, en favor de esos niños, esta Sala de Revisión los tendrá en cuenta en las órdenes que se darán.

En consecuencia, las tutelas no prosperan por violación al derecho al trabajo, sino por vulnerar el derecho a la buena fé, a la igualdad, a vivienda digna que se genera en este caso con la situación concreta de los ocupantes y con el comportamiento de la administración, los derechos del niño, al derecho a la unidad familiar. Significa lo anterior que se revocará la sentencia que negó la tutela y que se confirmarán las tres sentencias que la otorgaron pero con las modificaciones aludidas y las precisiones que a continuación se harán. [...]

11 Sentencia N° T-007, 16 de enero de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Los bienes fiscales y la vivienda social

Corte Constitucional

Sentencia C-251/96

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Bogotá, junio 6 de 1996

[...] II. Del texto legal objeto de revisión

El artículo 58 de la Ley 9º de 1989 preceptúa lo siguiente:

Ley 09 de 1989

“Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

“Artículo 58: Las entidades públicas del orden nacional cederán a título gratuito los inmuebles de su propiedad que sean bienes fiscales y que hayan sido ocupados ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación ilegal haya ocurrido con anterioridad al veintiocho (28) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988). La cesión gratuita mediante escritura pública, se efectuará a favor de los ocupantes. Las demás entidades públicas podrán efectuar la cesión en los términos aquí señalados.

En ningún caso procederá la cesión anterior en el caso de los bienes de uso público ni en el de los bienes fiscales destinados a la salud y a la educación. Tampoco procederá cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas insalubres o que presenten peligro para la población.”

[...] VI. Fundamento jurídico

[...] El problema bajo revisión

4- Según el actor, la norma acusada contraviene la prohibición constitucional de los auxilios por parte de las autoridades (CP art. 355), pues permite la transferencia a los particulares, sin contraprestación alguna, de bienes fiscales. Por el contrario, según el ciudadano interviniente y el Ministerio

Público, la disposición acusada se ajusta a la Carta por cuanto ésta no prohíbe las cesiones gratuitas, siempre y cuando ellas se realicen en cumplimiento de deberes constitucionales de las autoridades. Ahora bien, según su criterio, en este caso es claro que la transferencia gratuita de bienes fiscales, que habían sido ocupados por particulares para vivienda de interés social, busca hacer efectivo el derecho de toda persona a tener una vivienda digna (CP. art. 51). Es pues, para ellos, un mecanismo razonable por medio del cual el Estado cumple sus obligaciones constitucionales y hace efectiva la función social de la propiedad, puesto que ésta última se predica también de la propiedad de las entidades públicas. En tales circunstancias, debe la Corte Constitucional comenzar por estudiar el alcance de la prohibición de auxilios y donaciones (CP. art. 355) y su relación con el cumplimiento de las obligaciones sociales del Estado (CP art. 2º), y en particular con la garantía del derecho de toda persona a tener una vivienda digna (CP art. 51).

Prohibición de auxilios y cesión de bienes fiscales para programas de vivienda social

5— Esta Corporación ha tenido la oportunidad de determinar, en varias oportunidades, los alcances de la prohibición constitucional de los auxilios y las donaciones*¹. En ellas ha concluido que la Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones (CP arts 355) con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho (CP art. 1º) y de los fines que le son inherentes (CP art. 2º), entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva (CP arts 2 y 13).

No basta entonces con señalar que el Estado está efectuando una transferencia de un recurso estatal a un particular, sin contraprestación, para concluir que estamos en frente de un auxilio prohibido por el artículo 355 de la Carta. En efecto, si tal cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso, no se trata de una donación prohibida por la Carta sino, por el contrario, del cumplimiento de deberes constitucionales atribuidos al Estado. Al respecto ha señalado esta Corporación:

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Ver, entre otras, las sentencias C-372/94, C-506/94 y C-205/95

“Según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la prohibición de decretar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, sólo tiene las excepciones que la misma Constitución establece o que se derivan de sus normas. Todo subsidio estatal a usuarios de un servicio público o beneficiarios de una inversión pública, necesariamente posee un componente de transferencia de recursos del Estado a un particular, que deja de tener una inmediata contraprestación, total o parcial, a cargo de éste. A la luz del artículo 355 de la CP, puede afirmarse que los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley, se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado.²”

El Estado puede entonces transferir en forma gratuita el dominio de un bien estatal a un particular, siempre y cuando no se trate de una mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos, entre los cuales está obviamente incluida la garantía de los derechos constitucionales. En efecto, la prohibición de los auxilios (CP art. 355) debe ser armonizada con el mandato del artículo 146 ordinal 4º, según el cual las Cámaras no pueden decretar en favor de particulares erogaciones “que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente”. Puede entonces concluirse que no están prohibidas, porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva, aquellas transferencias que se efectúen con el propósito de satisfacer derechos preexistentes, como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución, siempre y cuando esa cesión sea imperiosa para la satisfacción de ese derecho constitucional.

6– Entra entonces la Corte a determinar si la norma acusada cumple los requisitos anteriormente mencionados para exceptuar la prohibición del artículo 355 de la Constitución.

Así, el artículo 58 de la Ley 9º de 1989 ordena a las entidades públicas nacionales que cedan gratuitamente, mediante escritura pública en favor de los ocupantes, aquellos bienes inmuebles fiscales de su propiedad que hubieren sido invadidos ilegalmente para vivienda de interés social, siempre y cuando la ocupación fuera anterior a julio de 1988. El artículo autoriza también a las otras entidades públicas a efectuar la cesión en los mismos términos y condiciones.

Ahora bien, ¿qué se entiende por viviendas de interés social? La misma Ley 9º de 1989 se encarga de definir tal concepto. Así, el artículo 44 señala que

2 Sentencia C-205/95. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

se trata de soluciones de vivienda de bajo valor, pues su precio de adquisición o adjudicación debe ser inferior o igual a 100 salarios mínimos legales mensuales, en ciudades de menos de 100.000 habitantes; o a 120 salarios mínimos legales mensuales, en ciudades de más de 100.000 pero menos de 500.000 habitantes; o, finalmente, a 135 salarios mínimos legales mensuales, en ciudades de más de 500.000 habitantes. Como vemos, las viviendas de interés social son aquellas destinadas a los sectores más pobres de la sociedad, los cuales deben recibir una especial protección de las autoridades, en un Estado social de derecho como el colombiano (CP art. 1º, 2º y 13).

De otro lado, la disposición acusada hace parte del capítulo V de la Ley 9º de 1989, el cual regula distintas formas de legalización de los títulos para viviendas de interés social. La norma acusada es entonces uno de los mecanismos por medio de los cuales la ley de reforma urbana busca normalizar los asentamientos humanos informales de estos sectores pobres, para lo cual se permite que adquieran la propiedad de los inmuebles fiscales quienes los hubieran ocupado ilegalmente para vivienda de interés social, antes de determinada fecha. No es el único instrumento previsto por la normatividad, pues los demás artículos del capítulo V también establecen otros mecanismos, como la agilización de los trámites de otorgamiento y registro de escrituras públicas en relación con estas viviendas (art. 45), la graduación de las tarifas de los impuestos de registro (art. 49) o la consagración de ciertas formas de expropiación sin indemnización de los terrenos de los llamados en el lenguaje popular “urbanizadores piratas” (art. 53).

La Corte considera que la finalidad perseguida por estas normas es de gran importancia, no sólo porque se busca satisfacer el derecho a una vivienda digna de las personas de escasos recursos, que merecen una especial protección del Estado (CP art. 13) sino además, por cuanto hace parte de un programa de reforma urbana, cuya trascendencia ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia mientras ejerció en el país el control constitucional³ y ha sido reiterada por la Corte Constitucional⁴. En efecto, la normalización de estas situaciones irregulares de ocupación ilegal de bienes fiscales permite racionalizar el uso del suelo urbano y mejorar los procesos de planificación de las ciudades. De esa manera, además, las autoridades evitan la continuación de situaciones irregulares que podrían generar graves conflictos sociales. Por ello, al examinar este artículo, la Corte Suprema llegó a una conclusión que la Corte Constitucional reitera. Según ese tribunal, esta norma cumple una importante función pues se encamina “a permitir que

3 Ver, entre otras, la sentencia del 9 de noviembre de 1989, MP Fabio Morón Díaz.

4 Ver, entre otras, las sentencias C-006/93 y C-275/93.

los asentamientos humanos subnormales en zonas urbanas, denominados por la ley ‘ocupaciones ilegales para viviendas de interés social’, se incorporen, mediando la escritura pública que acredite titularidad y dominio, a los procesos de la planeación y el desarrollo local y nacional, y se beneficien del ordenamiento correspondiente”, por cuanto tales asentamientos “generan graves conflictos de naturaleza social y administrativa y que entorpecen profunda y radicalmente el desarrollo local y nacional”⁵.

Por tal razón, la Corte concluye que, a pesar de establecer una transferencia gratuita de la propiedad de un bien fiscal, la norma acusada no viola el artículo 355 de la Carta pues busca garantizar el derecho a una vivienda digna (CP art. 51) de las personas de escasos recursos, dentro de programas de reforma y planeación urbana, objetivos que cuentan con un fundamento constitucional expreso. En efecto, el artículo 51 de la Carta preceptúa:

“ Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda (subrayas no originales). “

7- El mecanismo establecido por el artículo acusado está además sustantivamente relacionado con la finalidad perseguida por la ley de reforma urbana. Así, por medio de la cesión gratuita a los ocupantes, el Estado cumple frente a ellos con su obligación constitucional de tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de todo colombiano a una vivienda digna (CP art. 51).

Además, y como bien lo destaca el interviniente, la norma acusada evita la prolongación de situaciones de indefinición de la propiedad, que pueden ser no sólo manifiestamente inequitativas sino también generadoras de agudos conflictos sociales. Así, el artículo 407 ordinal 4º del Código de Procedimiento Civil señala que la declaración de pertenencia no procede respecto de los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, lo cual significa que los bienes fiscales no pueden ser adquiridos, conforme a la ley, por prescripción. En esas circunstancias, una persona puede ocupar, por necesidad, un terreno fiscal para establecer su vivienda, pero no podrá nunca adquirirlo por prescripción, aun cuando lo poseyera por varias décadas. En tales circunstancias, no parece lógico que las autoridades tuvieran que expulsar a las personas que han ocupado ilegalmente esos bienes fiscales, por ser legal-

5 Corte Suprema de Justicia. Sentencia No 21 del 20 de febrero de 1990. MP Fabio Morón Díaz. Consideración Cuarta.

mente imprescriptibles, para luego concederles formas de financiación que les permitan acceder a una vivienda de interés social, a fin de cumplir su deber constitucional de facilitar a todos los colombianos una vivienda digna (CP art. 51). El mecanismo de cesión gratuita previsto por la norma acusada es entonces perfectamente razonable.

Nótese también que la disposición impugnada no estimula las ocupaciones ilegales sino que simplemente normaliza situaciones de hecho que se habían presentado con anterioridad a la expedición de la ley. En efecto, la ley de reforma urbana fue promulgada en 1989, y la transferencia sólo se hace respecto de bienes ocupados antes del 28 de julio de 1988 y a los ocupantes de los terrenos respectivos, lo cual implica que en el momento de la transferencia el bien se encuentra ocupado y lo estaba desde la fecha ya mencionada. De este modo, como bien lo señala el ciudadano interviniente, la persona que hoy pretendiera la transferencia de uno de estos bienes debería acreditar que lo ha ocupado desde 1988, esto es, por un espacio de casi ocho años.

Finalmente, la norma acusada establece garantías para que su aplicación no produzca efectos perjudiciales para otros bienes protegidos constitucionalmente. Así, el artículo se aplica exclusivamente a quienes hayan ocupado esos bienes para vivienda de interés social, con lo cual se evita el enriquecimiento de particulares que los hubieren ocupado para otro objeto. Además, la norma excluye la cesión de los bienes públicos, lo cual se adecua a la Carta que consagra su imprescriptibilidad e inalienabilidad (CP art. 63). Igualmente se protegen los bienes destinados a la salud y a la educación, y se evita que este programa de normalización de asentamientos informales se traduzca en la creación de nuevos riesgos sociales, pues el artículo señala que la cesión no “procederá cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas insalubres o que presenten peligro para la población.”

Por todo lo anterior, esta Corporación concluye que la norma impugnada no sólo no viola el artículo 355 de la Carta sino que, además, constituye uno de los mecanismos adecuados para que el Estado cumpla la obligación de hacer efectivo el derecho de todo colombiano a una vivienda digna (CP art. 51).

La función social de la propiedad y los bienes fiscales

8— A pesar de lo anterior, podría argumentarse que la norma acusada es inexecutable por cuanto permite la erosión del patrimonio público, al autorizar la transferencia gratuita a los particulares de bienes de propiedad estatal, como son los bienes fiscales. Sin embargo, ello no es así, por cuanto, como ya señaló, esta disposición no sólo busca satisfacer derechos y mandatos

constitucionales expresos y específicos (CP art. 51) sino que, además, no estimula la ocupación ilegal de bienes fiscales. La disposición simplemente pretende normalizar situaciones de hecho existentes.

La Corte destaca que la norma recae sobre bienes fiscales, esto es, sobre bienes que son propiedad de entidades estatales pero que no son de uso público o afectados a un uso o servicio público. Son, en cierto sentido, bienes de propiedad privada de las entidades estatales, que los utilizan para cumplir unos determinados fines de interés general. En ese orden de ideas, si una entidad pública abandona un bien de su propiedad, de suerte que permite su ocupación por particulares, es legítimo concluir que esa entidad no está cumpliendo con la función social de la propiedad de la cual es titular. En efecto, como bien lo destaca el ciudadano interviniente, si la función social de la propiedad se aplica en general a la propiedad privada, con mayor razón se predica de los bienes fiscales, pues las autoridades están instituidas para servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (CP art. 2º).

9- Ahora bien, como ya lo ha señalado esta Corporación, “la función social no es un dato externo a la propiedad. Se integra, por el contrario, a su estructura. Las obligaciones, deberes y limitaciones de todo orden, derivados de la función social de la propiedad, se introducen e incorporan en su propio ámbito”⁶. Todo propietario, público o privado, tiene entonces, por el hecho de ser propietario, una cierta función social que realizar. Por ello, si no cumple con los deberes ligados a esa función social, no tiene derecho a la tutela jurídica de su propiedad, por lo cual en tales casos la ley puede autorizar que tales bienes sean transferidos a otros titulares que puedan satisfacer en mejor forma la función social de esas propiedades. Y eso es precisamente lo que efectúa la norma bajo revisión, puesto que ordena la transferencia de esos bienes fiscales, que no han sido adecuadamente manejados por una entidad estatal, a personas que los han ocupado por la necesidad de vivienda que tienen que satisfacer. El Legislador ha considerado que esos bienes son socialmente más útiles, y cumplen entonces en mejor forma su función social, si se permite su transferencia a pobladores que ya los ocupan y los requieren para su habitación.

Esa evaluación del Legislador se adecua a la Carta, pues es una ponderación adecuada entre principios constitucionales en tensión, como el deber que tienen las autoridades de proteger del patrimonio estatal, la función social de la propiedad y el derecho a una vivienda digna. En efecto, la norma es

6 Sentencia C-006/93. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 14

un desarrollo razonable de la función social de la propiedad de los bienes fiscales (CP art. 58) y, además, se logra de esa manera contribuir no sólo a la satisfacción un derecho constitucional de gran importancia –el derecho a la vivienda digna (CP art. 51)– sino también a una mejor planificación del desarrollo urbano, gracias a la normalización de esos asentamientos urbanos informales. Finalmente, la legitimidad constitucional de esa regulación legal no significa que se esté desprotegiendo el patrimonio de las entidades públicas, pues los bienes sólo pueden ser cedidos para las viviendas de interés social, esto es, para la realización de un derecho constitucional de grupos sociales que merecen especial protección estatal (CP arts 13 y 51) Además, en caso de que algunas de esas ocupaciones ilegales hayan sido fruto de conductas dolosas o negligentes de ciertos funcionarios públicos, es obvio que tales funcionarios deberán ser sancionados por las autoridades correspondientes, según lo ordena la Carta (CP art. 6º). [...]

El derecho a la vivienda digna y la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC

Corte Constitucional

Sentencia C-383/99

Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra

Bogotá, mayo 27 de 1999

I. Antecedentes

1. El ciudadano [...] solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibidad parcial del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, norma cuyo texto se transcribe a continuación [resaltado] la parte demandada:

LEY 31 DE 1992

“Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los estatutos del banco y para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control del mismo, se determinan las entidades a las cuales pasarán los fondos de Fomento que administra el banco y se dictan otras disposiciones”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

DECRETA:

CAPITULO V

“Funciones de la Junta Directiva como autoridad monetaria crediticia y cambiaria.

“Artículo 16- Atribuciones. Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá: (...)

“f) Fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”.

[..] VII. Consideraciones de la Corte Constitucional

[...] 4. La norma acusada viola el artículo 51 de la Constitución y no se encuentra en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho

4.1. Como es públicamente conocido, a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 Colombia no es simplemente un Estado de Derecho sino que, por expresa decisión de la Asamblea Nacional Constituyente, se autodefine como “un Estado Social de Derecho”, concepción ésta que, necesariamente tiene implicaciones en el ejercicio de las funciones atribuidas a las autoridades públicas, así como en la interpretación misma de la legislación, a fin de garantizar, siempre, el respeto a la dignidad de todos los habitantes del territorio nacional, con plena vigencia de los derechos fundamentales, incluidos los de contenido social, económico y cultural, y sobre la base de que el Estado Colombiano se funda, además, en el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, según lo dispuesto en el artículo 1º de la Carta Política.

4.2. En armonía con lo expuesto a manera de síntesis en el numeral que precede, ha de recordarse por la Corte que el artículo 2º de la Constitución establece como fines esenciales del Estado los de “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes” consagrados en ella, de tal manera que se permita la convivencia pacífica de los asociados por la “vigencia de un orden justo”, al que ha de llegarse mediante el aseguramiento de que se le de cumplimiento a “los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

4.3. En ese orden de ideas, la Constitución establece el “derecho a vivienda digna” como uno de los derechos sociales y económicos de los colombianos, el cual, desde luego, no puede por su propia índole ser de realización inmediata sino progresiva. Por ello, el constituyente ordena al Estado la fijación de “las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho”, así como el promover “planes de vivienda de interés social”, y “sistemas adecuados de financiación a largo plazo”. Es decir, conforme a la Carta Política no puede la adquisición y la conservación de la vivienda de las familias colombianas ser considerada como un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado, sino que, al contrario de lo que sucedía bajo la concepción individualista ya superada, las autoridades tienen por ministerio de la Constitución un mandato de carácter específico para atender de manera favorable a la necesidad de adquisición de vivienda, y facilitar su pago a largo plazo en condiciones adecuadas al fin que se persigue, aún con el establecimiento de planes espe-

cíficos para los sectores menos pudientes de la población, asunto éste último que la propia Carta define como de “interés social”.

4.4. Para la Corte es claro que conforme a la equidad ha de mantenerse el poder adquisitivo de la moneda, razón ésta por la cual pueden ser objeto de actualización en su valor real las obligaciones dinerarias para que el pago de las mismas se realice conforme a la corrección monetaria.

4.5. Es decir, la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda, no vulnera por sí misma la Constitución. Con ello se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no verá disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelará en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuando se contrajo la obligación.

4.6. Encuentra la Corte que el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992, en cuanto establece que corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria, la atribución de “fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”, implica que la corrección monetaria se realice incluyendo en ella la variación de las tasas de interés en el mercado financiero, lo cual conduce a que se introduzca para el efecto un nuevo factor, el de rendimiento del dinero, es decir los réditos que este produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés.

4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que, por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la “vigencia de un orden justo”, como lo ordena el artículo 2º de la Constitución.

4.8. Semejante sistema para la financiación de vivienda, no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico la capacidad de pago de

los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios.

4.9. Así mismo, la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la “democratización del crédito” que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de éste como “Social de Derecho”, pues, precisamente a ello se llega, entre otras cosas cuando el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes, sino extendiéndolo a la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias.

4.10. Se observa además por la Corte que el artículo 334 de la Constitución establece que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, entre otras cosas, para “racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes”, asunto éste último al que no es ajeno, sino al contrario a él contribuye la legítima aspiración y el derecho a adquirir una vivienda, pues, como fácilmente se advierte ese es un aspecto que en la sociedad influye y de gran manera en la calidad de vida de los colombianos.

4.11. Al margen de lo dicho, se observa que al incluir la variación de las tasas de interés en la economía en la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se distorsiona por completo el justo mantenimiento del valor de la obligación, se rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apareja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor, lo que sube de punto si a su vez a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida.

5. Conclusión

De esta suerte, ha de concluirse entonces por la Corte que por las razones ya expuestas, la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante “procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”, como lo establece el artículo 16, literal f) de la Ley 31 de 1992 en la parte acusada, es inexecutable por ser contraria materialmente a la Constitución, lo que significa que no puede tener aplicación alguna, tanto en lo que respecta a la liquidación, a partir de este fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a los créditos futuros, pues esta sentencia es “de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991. [...]

El derecho a la vivienda digna y el deber estatal de establecer sistemas adecuados de financiación a largo plazo

Corte Constitucional

Sentencia C-936/03

Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Bogotá, octubre 15 de 2003

[...] II. Del texto objeto de revisión

A continuación se transcribe el texto de la disposición acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 45.064, del 14 de enero de 2003:

“LEY 795 DE 2003

por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

“El Congreso de Colombia,
Decreta”

CAPITULO I

Disposiciones que modifican el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Artículo 1°. Adiciónase el numeral 1 del artículo 7° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente literal:

n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.

[...] VI. Consideraciones y fundamentos

[...] Derecho a la vivienda digna y deber estatal de establecer sistemas adecuados de financiación a largo plazo.

24. El artículo 51 de la Constitución regula lo relativo al derecho a la vivienda digna. La disposición establece dos elementos diversos. En su inciso primero señala la existencia del derecho y, en el segundo, precisa algunos deberes estatales directamente ligados con dicho derecho. A fin de analizar la disposición demandada, la Corte considerará primeramente el alcance del derecho a la vivienda digna y, a partir de tales parámetros, iniciará el estudio de los cargos en su contra.

25. Como se indicó antes, el artículo 51 de la Constitución establece la existencia del derecho a la vivienda digna y fija deberes Estatales en relación con el mismo. De la disposición no se desprenden elementos que permitan fijar claramente su contenido material. Los deberes estatales estatuidos en la disposición resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

El artículo 93 de la Constitución dicta que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el parágrafo 1 del artículo 11 que “los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

26. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General N°4^{*1} expuso sus consideraciones en torno al derecho a una vivienda adecuada. Es de anotar que tales consideraciones se adoptaron luego de realizarse diversas conferencias sobre la materia y que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000². Para efectos del control constitucional y la función de la Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, resulta central definir el alcance del derecho a la vivienda digna. La mencionada observación establece elementos que asisten a la

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 U.N. Doc. E/1991/23.

2 Resolución 42/191 de 11 de diciembre de 1987 (A/43/8/Add.1).

interpretación de la disposición constitucional. El párrafo 8 de la observación contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

26.1 El primer elemento –condiciones de la vivienda– se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.

Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4° se lee:

“(Parágrafo 8) d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano. Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas.

En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados:

- “b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.
- “f) *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.
- “g) *Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”

La Corte entiende, a partir de lo anterior, que el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de estos servicios al considerar las dificultades derivadas de la ineficiente prestación del servicio de energía eléctrica en zonas urbanas³.

26.2 El segundo grupo de elementos se integran bajo el concepto de seguridad en el goce de la vivienda. Este punto es el que interesa directamente en el presente proceso. Según se desprende de la Observación General 4 en comento, tres factores han de considerarse bajo el concepto de seguridad en el goce de la vivienda: asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y “gastos soportables”.

3 Sentencia T-881 de 2002.

La asequibilidad consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda. Tal acceso ha de tener en consideración especial a los grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad, así como la especial protección obligatoria para las personas desplazadas y víctimas de fenómenos naturales⁴. Sobre este punto, en el literal e) del párrafo de la Observación General 4º, antes mencionada se lee:

“e) *Asequibilidad*. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

Lo anterior no resulta suficiente si el gasto asociado a la vivienda les impide el acceso y permanencia en la vivienda o el cubrimiento de tales gastos implicara la negación de otros bienes necesarios para una vida digna. En este orden de ideas, se demanda de parte de los Estados políticas que aseguren sistemas adecuados para costear la vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable y acorde con el nivel de ingresos, de los alquileres, entre otras medidas. En punto a lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina “gastos soportables”, el literal c) del párrafo 8 de la Observación General 4º establece:

“c) *Gastos soportables*. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan

4 Sobre este punto, ver sentencia T-958 de 2001.

adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.”

Finalmente, la seguridad de la tenencia apunta a que las distintas formas de tenencia de la vivienda –propiedad individual, propiedad colectiva, arriendo, leasing, usufructo, etc.– estén protegidas jurídicamente, principalmente contra desahucio, hostigamiento, etc. Lo anterior equivale a la “seguridad jurídica de la tenencia”, como lo ha analizado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el literal a) del párrafo 8 de la Observación General 4:

“a) *Seguridad jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.”

No sobra subrayar que el Programa de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos “UN-HABITAT”, ha diseñado y promovido una campaña específica sobre la seguridad jurídica de la tenencia de vivienda.

27. Para el caso colombiano, de las consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es claro que el artículo 51 de la Constitución expresamente regula algunos de los elementos del derecho a la vivienda adecuada, resultando el espectro de protección nacional más amplio, habida consideración de su vinculación con la dignidad humana y la demanda de protección específica a determinadas formas de asociación para el logro del acceso a la vivienda.

Por otra parte, tales consideraciones obligan a aceptar que el acceso a la vivienda digna no se refiere exclusivamente a la financiación de la propiedad sobre la vivienda, pues expresamente se protegen todas las formas de tenencia de la vivienda. De lo anterior surge que corresponde al Estado diseñar varias estrategias financieras y de situación de recursos para atender distintas modalidades de tenencia de la vivienda y no limitarse a asegurar la

propiedad sobre los inmuebles. Así, si el Estado garantiza a sus habitantes el arriendo de inmuebles destinados a vivienda –con todas las condiciones antes anotadas–, habrá cumplido con las obligaciones derivadas del Pacto. Tales modalidades resultan especialmente importantes a la hora de considerar los costos de la vivienda y las dificultades de acceso derivadas del mismo. Así mismo, resulta decisivo para controlar métodos de financiación que conduzcan a impedir a la población, especialmente la más pobre y vulnerable, el goce de su derecho.

28. La posibilidad de que existan diversos mecanismos para financiar el acceso a la vivienda, ha de tener en cuenta, por lo expuesto, las necesidades reales de la población, así como la disponibilidad de recursos nacionales –públicos y privados–, para financiar las distintas formas. Lo anterior supone que no necesariamente deben adoptarse sistemas de financiación del acceso a la vivienda únicos, pudiendo existir mecanismos diferenciales que tenga en cuenta factores tales como los recursos familiares, los recursos estatales, etc. Ello no entraña violación alguna al derecho a la igualdad, pues, en punto a la financiación del acceso a la vivienda, han de tenerse en cuenta las condiciones reales de las familias, no resultando equitativo, por ejemplo, extender mecanismos de subsidio a quienes tienen recursos familiares para satisfacer sus necesidades y, de esta manera, reducir las oportunidades para que la población más pobre y vulnerable vea postergado indefinidamente el acceso a una vivienda.

29. De lo expuesto se desprende que *no resulta incompatible y violatorio del derecho a la vivienda digna que se sujeten a condiciones mercantiles ordinarias el acceso a determinadas viviendas, particularmente aquellas no destinadas a la vivienda familiar*. Quienes están en capacidad de asegurar, por vías mercantiles ordinarias, la satisfacción de su derecho a la vivienda, sea mediante su adquisición, el arrendamiento u otras formas comunes en el tráfico comercial, no pueden exigir, como derecho constitucional, que sean inmunizados de manera absoluta frente las contingencias propias del mercado.

Ello no impide, claro está, que, como es propio en cualquier sociedad democrática, que el legislador extienda beneficios a grupos con suficientes recursos propios. Tampoco implica que tales grupos se vean sujetos a la imposibilidad de acceder a mecanismos que aseguren el acceso a la vivienda, ante vicisitudes propias de los ciclos económicos. Simplemente, subraya la Corte que, *no está prohibido sujetar a condiciones comerciales el acceso a la vivienda no familiar, así como, y en ciertas condiciones, a la vivienda familiar de personas con capacidad suficiente para financiar tranquilamente distintas formas de tenencia*.

30. En resumen, la Corte concluye que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, resultando admisibles distintas formas seguras de tenencia. La existencia de sistemas adecuados de financiación a largo plazo no supone que (i) necesariamente todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias; (ii) que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; (iii) que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; (iv) que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios.

31. Habiéndose analizado su contenido general, resta por considerar las personas protegidas. La vivienda digna no es un bien jurídico de carácter exclusivamente individual. Antes bien, frecuentemente tiene un destino grupal (no colectivo): la familia.

La familia como objeto constitucionalmente protegido (C.P. art. 42) requiere un espacio determinado en el cual se desarrolla y se realizan los procesos propios de este fenómeno social. Dicho espacio corresponde a la vivienda y las condiciones antes indicadas, que cualifican su dignidad y benefician a cada uno de sus integrantes, así como a la familia. Sin la mencionada protección a los individuos integrantes de la familia, ésta se ve desprotegida y se enfrenta a su disolución.

Lo anterior indica que, por otro lado, no se pueda considerar a la familia exclusivamente como unión de un hombre y una mujer, sino en un sentido social, de suerte que abarque a la “familia unipersonal” y diversas formas de unión grupal que convivan juntos⁵. Lo anterior, en la medida en que la vivienda digna comprenda la idea de habitación. Se protege el lugar destinado para habitar, sin considerar cómo se integre el núcleo familiar. Así, es objeto de la disposición constitucional la vivienda familiar⁶.

De conformidad con lo anterior, no existe obligación constitucional alguna de que la financiación de viviendas que no estén destinadas a la vivienda (habitación) familiar del tenedor (tenedor, poseedor o propietario), adopte modalidades especiales. Suponer una obligación constitucional en sentido contrario, implicaría extender la satisfacción de derechos constitucionales

5 La Corte ya ha avanzado sobre este punto en la sentencia T-163 de 2003.

6 En sentencia C-560 de 2002 la Corte consideró una de las modalidades de la vivienda familiar y su protección.

hacia ámbitos meramente lucrativos y mercantiles. Tal no es el propósito de la norma constitucional.

32. Lo anterior obliga a una consideración adicional. El acceso a la vivienda se logra, salvo que el Estado lo otorgue directamente, bajo modalidades contractuales privadas, donde en algunos casos impera la autonomía de la voluntad. Al distinguirse entre la vivienda familiar (aquella destinada a la habitación del tenedor) y aquella que entra en el mercado inmobiliario, se hace evidente que en el primer ámbito opera una limitación a la autonomía contractual.

En una democracia constitucional los derechos constitucionales operan, no sólo como límites a la actuación estatal, sino también como definidores del espectro de libertad de los particulares. Estos tienen que adecuar sus comportamientos, y coadyuvar, a la realización de los fines constitucionales. Esto, claro está, dentro de un esquema en el que el balance entre los derechos constitucionales no conduzca al sacrificio de la autonomía privada.

Si el legislador considera necesario, o las circunstancias fácticas lo tornan demandable, la existencia de un sistema especial de financiación de la tenencia de vivienda familiar, la actividad privada se encontrará sujeta, en lo que a la autonomía respecta, a los parámetros constitucionales y estatales de actuación. [...]

El derecho a la vivienda digna, el principio de progresividad y la póliza de estabilidad y calidad de la vivienda de interés social

Corte Constitucional

Sentencia C-444/09

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Bogotá, julio 8 de 2009

[...] 1. La demanda

1.1. *Norma demandada*

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial N° 39631, del 16 de enero de 1991:

“LEY 03 DE 1991

(enero 15)

“Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones.

“EL CONGRESO DE COLOMBIA,

“DECRETA: ...

“ARTÍCULO 40. El artículo 64 de la Ley 9a. de 1989, quedará así:

“El Gobierno Nacional reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda.”

[...] 1.2. *Consideraciones de la Corte y fundamentos de la decisión*

1.1.3 El problema jurídico propuesto por la demanda

1.1.3.1. Como se expuso en el acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, los ciudadanos demandantes consideran que el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991, al modificar el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, excluyó la obli-

gación de constituir una póliza para garantizar la estabilidad y calidad de la vivienda nueva, otorgando un beneficio desproporcionado a los constructores irresponsables en detrimento de los compradores de ese tipo de vivienda, con lo cual contravino varias normas constitucionales, en especial las que recogen los principios de solidaridad y de primacía del interés general, los derechos a la igualdad, a la propiedad privada, a la vivienda digna y la protección especial a la familia, así como el artículo 78 superior conforme al cual *“(s)erán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”*

En síntesis, para los ciudadanos demandantes la derogatoria de la obligación legal de constituir la mencionada póliza desprotege a los compradores de vivienda nueva, lo que origina la referida violación constitucional. [...]

2.5.7. El derecho a la vivienda digna.

Naturaleza jurídica y contenido de este derecho

2.5.7.1. De conformidad con lo prescrito el artículo 51 de la Carta:

“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.”(Resaltado fuera del original).

La ubicación de esta norma superior en el Capítulo 2 del Título I de la Constitución, relativo a los “derechos sociales, económicos y culturales”, no deja duda acerca de la naturaleza del derecho en cuestión. En cuanto a su contenido, la misma norma constitucional prescribe que el Estado tiene ciertas obligaciones en la materia, como fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo, promover planes de vivienda de interés social y sistemas adecuados de financiación a largo plazo, así como formas asociativas de ejecución de los mismos. No obstante, la jurisprudencia ha indicado que estas obligaciones a cargo del Estado, expresamente señaladas por el artículo 51 superior, no agotan el contenido del derecho.

Ciertamente, para precisar el contenido del derecho a la vivienda digna, la Corte, tomando pie en lo prescrito por el artículo 93 de la Constitución Política*¹, ha acudido a los tratados internacionales de derechos humanos

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Conforme a esta norma superior, *“(l)os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

suscritos y ratificados por el Estado colombiano relacionados con la materia, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y a las interpretaciones que de éste ha hecho su órgano autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.²

2.5.7.2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en su artículo 11 indica que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. (Resaltado fuera del original).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 4, indicó que para que una vivienda pueda considerarse “*adecuada*” en los términos del PIDESC, es necesario lo siguiente:

“7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivien-

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

2 Así lo hizo especialmente en la Sentencia C-936 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. En esta sentencia la Corte sostuvo que la Observación general 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas establece criterios para determinar el contenido del artículo 51 constitucional, especialmente en su parágrafo octavo, el cual fija algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta a la interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de vivienda y seguridad del goce de vivienda.

da adecuada”... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

“8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

- a) *Seguridad jurídica de la tenencia.* La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
- b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.* Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- c) *Gastos soportables.* Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados

Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

- d) *Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.* El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.
- e) *Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos* como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- f) *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.
- g) *Adecuación cultural.* La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones

culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”(Resaltado fuera del original)

2.5.7.3 De los apartes transcritos de la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Corte destaca los siguientes que resultan importantes para efectos de resolver el problema jurídico que plantea el presente proceso:

- a) El contenido del derecho a la vivienda digna abarca las condiciones de habitabilidad de la vivienda, que consisten en que ella pueda “ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de *protegerlos* del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras *amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes.*”³ (Resaltado fuera el original)
- b) *En relación con la habitabilidad* de la vivienda digna, los Estados miembros del PIDESC tienen la obligación de adoptar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho”, de conformidad con lo que al respecto indica el artículo 11 de dicho Pacto.⁴
- c) La garantía de asequibilidad de la vivienda digna exige que se conceda “a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos”.⁵ (Resaltado fuera del original).

2.5.7.4. De otro lado, debe recordarse que en distintas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido a la naturaleza y al alcance del derecho a la vivienda digna. Al respecto, aunque ha reconocido que conforme a la Constitución, *prima facie*, se trata de un derecho económico y social, por ende de naturaleza prestacional y progresiva, cuyo contenido debe ser definido legalmente según políticas públicas democráticamente adoptadas, ha señalado que en ciertos casos algunas facetas de la vivienda digna alcanzan la categoría de derechos fundamentales subjetivos. Tal sucede, por ejemplo, en aquellos casos concretos “*en los cuales las autoridades estatales han incumplido sus obligaciones de respeto y garantía y han afectado el*

3 Observación General N° 4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

4 Recuérdese que el texto del artículo 11 del PIDESC es el siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. *Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho*, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

5 Observación General N° 4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

derecho a la vivienda digna, el cual en estos casos adquiere la configuración de un derecho de defensa frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de particulares.^{6,7} Así mismo, ha sostenido la Corte que respecto de la población desplazada el derecho a la vivienda digna adquiere un carácter fundamental y no solamente prestacional, *“en tanto ha tenido que abandonar sus viviendas y propiedades en su lugar de origen, y se enfrenta a la imposibilidad de acceder a viviendas adecuadas en los lugares de arribo, por carecer de recursos económicos, empleos estables, entre otros factores, requieren la satisfacción de este derecho a fin de lograr la realización de otros derechos como la salud, la integridad física, el mínimo vital, etc.”*⁸ Así,

6 Algunos casos examinados por esta Corporación en sede de revisión de tutela entran dentro de esta concepción del derecho a la vivienda digna como derecho de defensa frente a ingerencias estatales, tales como el examinado sentencia T-308 de 1993, en el cual se discutía la afectación del derecho a la vivienda digna de los habitantes de un proyecto de vivienda de interés social que resultaban afectados por la cercanía de un polígono militar, o el resuelto por medio de la sentencia T-309 de 1995, en el cual el inmueble propiedad de los actores había sido demolido por las autoridades municipales porque amenazaba ruina sin que éstas posteriormente hubieran cumplido con el compromiso adquirido de reconstruir su lugar de habitación. Respecto a injerencias al derecho a la vivienda digna provenientes de particulares es emblemático el caso de la sentencia T-494 del 2005, en el cual esta Corporación amparó a unos menores que habían sido desalojados de su lugar de habitación por su propio padre. También podría incluirse dentro de esta faceta de defensa del derecho a la vivienda digna la prohibición de desalojos forzados, materia debatida en la sentencia T-316 de 1995.

7 Sentencia T-1318 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

8 Sentencia T-586 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia la Corte recordó que la jurisprudencia ha reconocido que *“el derecho a una vivienda digna es un derecho fundamental de las personas desplazadas por la violencia susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela, y que es una obligación de las autoridades (i) reubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento temporal en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda, tomar en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.–; y (v) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado, entre otras.”* En similar sentido pueden consultarse las sentencias SU-1150 de 2000 y T-025 de 2004, entre otras. En cuanto a la vivienda digna en cabeza de sujetos de especial protección, cabe recordar la Sentencia T-894 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentarías, que estudió la tutela interpuesta por un ciudadano en nombre propio y de sus menores hijos, quienes residían en un área de alto riesgo del municipio de Neiva, razón por la cual solicitaban ser reubicados por intermedio de uno de los programas que para el efecto adelanta la entidad territorial, o facilitarles el acceso a la adquisición de una vivienda de interés social. La Corte concedió el amparo porque estimó que, en efecto, la familia se encontraba alojada en una zona de alto riesgo, lo que los exponía a un peligro inminente de seguir habitándola, máxime cuando el grupo familiar estaba conformado por 5 menores de edad, de los cuales uno sufría síndrome de down. Además, precisó que según la normativa vigente, no le era exigible un ahorro previo y que por su situación merecían un trato prioritario en materia de asignación del subsidio familiar de vivienda. En consecuencia, ordenó a la Alcaldía de Neiva reubicar a la familia de inmediato, de conformidad con las normas aplicables al respecto.

tratando de concretar los casos en los cuales el derecho a la vivienda digna podría ser considerado como derecho fundamental, en la Sentencia T-1318 de 2005⁹, la Corte sostuvo que podía ser protegido mediante tutela cuando operara el factor de conexidad¹⁰ o se afectara el mínimo vital¹¹.

En el mismo orden de ideas, la Corte ha estimado que una vez han sido definidas las políticas públicas relativas a la vivienda digna, las garantías jurídicamente reconocidas adquieren un carácter *ius* fundamental. En este sentido ha explicado que “una vez definidas tales políticas públicas por los órganos con competencia en esta esfera, trátase del poder legislativo o de la administración en sus distintos niveles territoriales, *se pueden constituir derechos subjetivos de carácter iusfundamental susceptibles de protección por intermedio de la acción de tutela*. Se trata de las obligaciones que el citado precepto constitucional (Art. 51 C.P.) radica en cabeza del Estado colombiano in genere, que para hacerse efectivas requieren el concurso de los distintos poderes públicos, tales como fijar condiciones para hacer realidad el derecho; la promoción de planes para atender a la población más pobre; el diseño de sistemas de financiación adecuados; la promoción de ciertas formas de ejecución de los planes de vivienda.”¹² (Paréntesis y resaltado fuera del original).

En conclusión, de la jurisprudencia constitucional concerniente a la naturaleza y contenido del derecho a la vivienda digna se desprende que aunque en principio se trata de un derecho prestacional de desarrollo progresivo, en

9 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

10 Sentencia T-617 de 1995

11 Aspecto que se infiere de la sentencia C-217 de 1999

12 Sentencia T-586 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En este mismo sentido jurisprudencia, es decir, entendiendo que una vez han sido definidas las políticas públicas relativas a la vivienda digna, las garantías jurídicamente reconocidas adquieren un carácter *ius* fundamental, cabe recordar la Sentencia T.403 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual la Corte se ocupó del caso de tres peticionarias del subsidio nacional de vivienda otorgado por el INURBE, a quienes, luego de suscribir el contrato de compraventa de las respectivas viviendas, les fue congelado el subsidio bajo el argumento de que las viviendas no eran nuevas. Por su parte, las accionantes alegaban que las viviendas les habían sido entregadas nuevas y que ellas habían sido las únicas habitantes de las mismas. Debido a la congelación, la fundación promotora del proyecto de vivienda las había anunciado que retrotraería la negociación y que debían devolver las viviendas. La Corte concedió el amparo porque estimó (i) que el trámite adelantado por las accionantes se había ajustado a la normativa vigente, (ii) que el hecho de que el INURBE estuviera en liquidación no justificaba su negativa a autorizar el monto de subsidio consignado en las cuentas de ahorro programado de las actoras, pues la normativa vigente autorizaba al liquidador para el efecto, (iii) que el material probatorio demostraba que, en efecto, las tutelantes habían adquirido las viviendas nuevas y que habían sido sus únicas habitantes, (iv) que la conducta de la demandada además vulneraba su derecho al debido proceso, pues la decisión de movilización de los dineros no les había sido notificada, y (v) que vulneraba también su buena fe y el principio de confianza legítima.

ciertas circunstancias puede adquirir el carácter de derecho fundamental, como sucede en el caso de la población desplazada. En otros casos, las garantías jurídicamente definidas a través de la adopción de políticas públicas en materia de vivienda digna también pueden erigirse en derechos subjetivos de carácter fundamental.

2.5.8. El principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos

2.5.8.1. Esta Corporación ha desarrollado una clara línea jurisprudencial relativa al deber estatal de desarrollo progresivo de los derechos sociales y a la prohibición *prima facie* de retrocesos en esta materia. Esta doctrina fue expuesta con claridad en la Sentencia C-038 de 2004¹³, en donde, refiriéndose a las garantías mínimas en materia laboral, la Corte sostuvo que los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no eran los únicos que limitaban la libertad de configuración del legislador cuando adelantaba una reforma laboral, pues existía la obligación del Estado de garantizar no sólo esos mínimos constitucionales, sino también de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Explicó el fallo que en cuanto el trabajo era no sólo un derecho fundamental, sino también uno de carácter social, que como tal tenía unos contenidos legales mínimos, era un derecho de desarrollo progresivo al cual le eran aplicables el PIDESC y el Protocolo de San Salvador¹⁴, que prescribían el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad.

Sostuvo además la Corte en esta ocasión, que el mandato de progresividad implicaba que *“una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser*

13 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Ya anteriormente se había delineado esta doctrina en las sentencias C-251 de 1997, SU-225 de 1998, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

14 Este Tratado contiene el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social...”.

2.5.8.2. Más adelante, en la Sentencia T-1318 de 2005¹⁵ –antes citada y referente concretamente al derecho a la vivienda digna–, la Corte se refirió a las fuentes normativas relativas al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto señaló que de conformidad con los mandatos constitucionales y con los compromisos internacionales del Estado colombiano, éste tenía la obligación efectiva de adoptar medidas para satisfacer los derechos de esta naturaleza. Al respecto recordó que de conformidad con la Observación General No. 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones contraídas por los Estados partes del PIDESC se dividen en obligaciones de comportamiento y en obligaciones de resultado, y que dentro de estas últimas se incluye la obligación de adoptar medidas para la progresiva satisfacción de los derechos contemplados en el Pacto, es decir, el mandato de progresividad y la prohibición de medidas regresivas en la materia. Recordó también que así había sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales al precisar el alcance del artículo 2.1. del Pacto, cuando había dicho lo siguiente:

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la

15 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (Resaltado fuera del texto original)¹⁶.

2.5.8.3. Recientemente, en la Sentencia C-507 de 2008¹⁷, la Corte hizo un recuento de la posición jurisprudencial relativa al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos, y al respecto recordó que la prohibición de regresividad ha sido explicada en múltiples decisiones de esta Corporación, así: *“En algunas de ellas la Corte se ha referido a la prohibición de regresividad por la disminución del radio de protección de un derecho social. En otras, se ha referido a la violación de esta garantía constitucional, por la disminución de los recursos públicos invertidos en la satisfacción de un derecho social¹⁸ o el aumento significativo del costo para la persona de escasos recursos que esta en proceso de acceder al derecho¹⁹. En otro tipo de decisiones la Corte ha reiterado la aplicación del principio de progresividad y la prohibición de regresividad cuando se está frente a sectores especialmente vulnerables de la población²⁰”*.

“Como lo ha señalado la Corte, cuando una norma retrocede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional. Sin embargo, esta presunción admite, prueba en contrario. En este sentido la Corte ha señalado que la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta²¹. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la

16 Observación General No 3 del Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, figura en el documento E/1991/23.

17 M.P. Jaime Córdoba Triviño

18 Sentencia C-1165 de 2000.

19 Cf. Sentencia T-1318 de 2005.

20 Así por ejemplo, en la sentencia T-025 de 2004, sobre los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado por la violencia, la Corte indicó que los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Constitución imponían al Estado, el “deber de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos”.

21 En este sentido Cfr. sentencias C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005, entre otras.

decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad.” (Resaltado fuera del original)

Con base en los anteriores lineamientos jurisprudenciales, pasa la Corte ha estudiar el problema jurídico propuesto en la presente demanda de inconstitucionalidad, relativo a si la derogación de la obligación de los vendedores de vivienda nueva de constituir la póliza de estabilidad y calidad significa un “*retroceso*” en materia de protección del derecho a la vivienda digna, que implica la inconstitucionalidad de la disposición por vulneración de los artículos 51, 58 y 78 de la Constitución Política.

2.5.9. La póliza de estabilidad y calidad de la vivienda de interés social como un progreso en el ámbito de garantía del derecho a la vivienda digna. Regresividad de la norma derogatoria

2.5.9.1 Como se dijo anteriormente, la obligación de constituir la póliza de estabilidad y calidad de la vivienda nueva fue consagrada en el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989 en los siguientes términos:

“Artículo 64º. *Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a constituir una póliza para garantizar la estabilidad y la buena calidad de la vivienda.* El notario público ante quien se efectúe la venta exigirá la protocolización de una copia de la póliza en la escritura correspondiente.” (Resaltado fuera del original)

Posteriormente el Congreso Nacional expidió la Ley 3ª de 1991, cuyo artículo 40, aquí acusado, subrogó la anterior disposición, es decir la reemplazó por otra nueva, que al no contener la misma prescripción, implicó la derogatoria de la referida obligación de constituir tal garantía.

Ahora bien, a juicio de la Corte, la obligación de los vendedores de constituir la póliza de calidad y estabilidad de la vivienda nueva se erigía en una medida legal que sin duda ampliaba el espectro de protección del derecho a la vivienda digna, especialmente en lo que se refiere a las condiciones de habitabilidad de la misma. Estas condiciones, como ha sido definido por el Comité del PIDESC, y según antes se estudió, entre otras cosas consisten en que la vivienda pueda proteger contra las “*amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.*”²² Además, la vivienda digna

22 Observación General N° 4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

debe “*garantizar también la seguridad física de los ocupantes.*”²³ Y según también se explicó, los Estados miembros del PIDESC tienen la obligación de adoptar “*medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho*”, de conformidad con lo que al respecto indica el artículo 11 de dicho Pacto.

Ahora bien, la norma contenida en el antiguo artículo 64 de la Ley 9^a de 1989 constituía una medida apropiada para proteger el derecho de los adquirentes de vivienda nueva a que ésta fuera apta para proteger su seguridad física y su salud frente a las amenazas estructurales del inmueble. Ciertamente, la posibilidad de demandar a la compañía de seguros emisora de la póliza, y no exclusivamente a los vendedores de la vivienda nueva, significaba una seguridad adicional en cuanto a la efectividad de este derecho en caso de afectación estructural o de deficiencias de calidad del inmueble, porque las compañías de seguros están sujetas a una reglamentación dirigida a garantizar márgenes de solidez y de solvencia que les permiten responder por sus obligaciones frente a los asegurados ante la verificación de los riesgos que amparan, lo que aumenta considerablemente las posibilidades de lograr la reparación del daño que se ocasiona por la mencionada afectación de la vivienda nueva, cuando ella se presenta. Además, la legislación contempla acciones judiciales expeditas que favorecen al beneficiario de la póliza, permitiéndole en ciertas circunstancias demandar por la vía ejecutiva el pago de la indemnización, cuando ella no es reconocida al momento de presentar la respectiva reclamación²⁴. Todo lo anterior representaba una ventaja comparativa frente a las acciones ordinarias previstas para reclamar la responsabilidad civil contractual de los vendedores de vivienda nueva, que se traducían en una mayor protección de los derechos de los adquirentes de esta clase de inmuebles.

Así, aunque el legislador ha previsto otras formas de garantía para los adquirentes de vivienda nueva, la obligación de constituir la mencionada póliza implicaba un seguro adicional de enorme importancia, que le permitía al afectado por los daños estructurales lograr la reparación pronta de los mismos, para lo cual podía hacer efectiva dicha garantía, directamente ante la

23 *Ibidem.*

24 Código de Comercio, Art. 1053: “*Mérito ejecutivo de la póliza de seguro. La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos: ...*

3. *Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda.*”

compañía de seguros mediante la reclamación, o posteriormente a través de las acciones judiciales especialmente diseñadas para esos efectos.

Ciertamente, existen en el ordenamiento otros mecanismos previstos para hacer efectiva la responsabilidad de los vendedores de vivienda nueva frente a los adquirentes de la misma. En este sentido los mismos demandantes citan las disposiciones del Código Civil que exigen a esos vendedores responder por los vicios ocultos o redhibitorios de los inmuebles que enajenan²⁵. Por otro lado, algunos de los intervinientes recuerdan que existen otras disposiciones legales con el mismo propósito de proteger a los compradores de vivienda nueva, como por ejemplo la Ley 400 de 1997, por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo-resistentes. También mencionan las normas generales del Código Civil referentes a la responsabilidad de los constructores de inmuebles²⁶, las del Código de Comercio concernientes a los vicios ocultos²⁷, y las que regulan la idoneidad para el ejercicio de la

25 CÓDIGO CIVIL. ART. 1914. “Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.”

26 CÓDIGO CIVIL. ART. 2060. “Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.
2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.
3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final.
4. El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.
5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.

27 CÓDIGO DE COMERCIO. ART. 934. “Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega, vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución deberá restituir la cosa al vendedor.

En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida.”

profesión de ingeniero²⁸ o arquitecto²⁹. De manera especial, algunos de los ciudadanos que intervienen dentro del proceso, como también el señor Procurador, destacan que a los distritos y municipios les son reconocidas por la misma Constitución Políticas competencias de vigilancia y control sobre la actividad de construcción de inmuebles³⁰, a fin de que la misma se ajuste a la ley y a las demás normas que la rijan. Así mismo, observa la Corte que los municipios y distritos tienen competencias para otorgar licencias para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación y demolición de edificaciones³¹. Finalmente, también encuentra la Corte que para aquellos casos que inquietan de manera especial a los demandantes, en los cuales los vendedores de vivienda nueva acuden a argucias como disolver y liquidar la sociedad que enajenó el inmueble para evadir su responsabilidad contractual, el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, independientemente del contenido del contrato social de que se trate, hace responsables a los socios que incurran en violación de la ley por la comisión de “*actos de defraudación*” frente a terceros³².

No obstante, todos los anteriores mecanismos se veían reforzados por la disposición anteriormente contenida en el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, que prescribía la obligación de constituir la póliza de calidad y estabilidad de la vivienda nueva. De esta manera la obligación de otorgar la póliza constituía un recurso más, destinado a salvaguardar la efectividad del derecho a la vivienda digna, y en tal medida era un avance o progresión en el nivel de protección legal de este derecho económico y social.

2.5.9.2 Ahora bien, las obligaciones estatales en materia de protección progresiva de los derechos económicos sociales y culturales, como lo es el derecho a la vivienda digna, adquieren una relevancia especial cuando la titularidad de los mismos está en cabeza de sujetos de especial protección. En tal virtud, en

28 Cf. Ley 842 de 2003.

29 Cf. Ley 435 de 1998.

30 CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 313: “*Corresponde a los concejos: “...*

“7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.”

31 CF. Ley 388 de 1997. Artículo 99.

32 En efecto, dicha norma reza así: “Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.

relación con la calidad y la estabilidad de la vivienda nueva de interés social, el cometido estatal de salvaguardar este derecho cada vez de mejor forma, y de evitar retrocesos en los estándares alcanzados de reconocimiento y protección, se hace aun mayor. En efecto, como se vio, sobre este asunto el Comité del PIDESC ha estimado que “debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos”.³³ Ha añadido que a los Estados corresponde asegurar “a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda.” Así pues, cuando el Congreso Nacional subrogó el antiguo artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, que prescribía la obligación de constituir la póliza de calidad y estabilidad de toda clase de vivienda nueva, y lo reemplazó por el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991, aquí demandado, que simplemente dispone que “(e)l Gobierno Nacional reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda”, produjo una modificación en materia de protección del derecho a la vivienda digna que resulta especialmente regresiva en lo referente a la vivienda de interés social. Ciertamente, para los estratos sociales económicamente débiles resulta más importante contar con mecanismos que aseguren la habitabilidad de sus viviendas, como aquel que consistía en la obligatoriedad para el vendedor de constituir la póliza de estabilidad y calidad. Lo anterior por cuanto presumiblemente estos estratos sociales no tendrán capacidad para asegurar por cuenta propia los riesgos estructurales y de calidad de su vivienda nueva, ni facilidades para hacer efectiva judicialmente la responsabilidad contractual de los vendedores de la misma.

2.5.9.3 En estas circunstancias, la Corte encuentra que, en principio, la norma demandada debe considerarse inconstitucional por desconocer el principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía de no regresividad de los mismos. En efecto, la jurisprudencia ha explicado que una medida se entiende regresiva, al menos, en los siguientes casos: “(1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho³⁴; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho³⁵; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.”³⁶ En la presente oportunidad, a juicio de la Corporación se configura el primero de los anteriores eventos, en cuando la póliza se erigía como un mecanismo legal que ampliaba el espectro sustancial y procesal de protección del derecho a la vivienda digna, de especial relevancia en el caso de la de interés social. Además, la Corte ha dicho que “cuando una norma retro-

33 Observación General N° 4. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

34 Cfr. entre otras, C-038 de 2004.

35 En este sentido Cfr. la sentencia C-789 de 2002, a través de la cual la Corte aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

36 Sentencia C-507 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

cede, por cualquier vía, el nivel de satisfacción de un derecho social, inmediatamente debe presumirse inconstitucional”.³⁷ En estas condiciones, prima facie debe presumirse la inconstitucionalidad de la disposición bajo examen.

2.5.9.4 No obstante, como se explicó anteriormente, la jurisprudencia ha estimado que la anterior presunción admite prueba en contrario y que la prohibición de regresividad es tan solo una prohibición prima facie, mas no absoluta³⁸. Lo anterior significa, ha dicho la Corte siguiendo al Comité del PIDESC, “que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad.”³⁹ Así pues, la Corte debe verificar si la medida legislativa que tuvo el alcance de derogar la obligación de los vendedores de vivienda nueva de constituir la póliza de calidad y estabilidad de la vivienda nueva estuvo acompañada de una justificación tendiente a desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que, prima facie, recaía sobre la medida.

2.5.9.5 La Corte ha explicado profusamente cuáles serían las circunstancias que desvirtuarían la presunción de inconstitucionalidad que recae sobre una norma que contiene una medida regresiva en materia de protección de los derechos económicos sociales y culturales, como la vivienda digna. Al respecto ha señalado que las autoridades que establecen el retroceso tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.⁴⁰ También ha señalado que “cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece”.^{41,42} En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto “cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad.”^{43,44}

37 Sentencia C-507 de 2008, M.P., Jaime Córdoba Treviño.

38 En este sentido cfr. sentencias C-671 de 2002, C-789 de 2002, C-931 de 2004, T-1318 de 2005 y C-507 de 2008, entre otras.

39 Sentencia C-507 de 2008, M.P., Jaime Córdoba Triviño.

40 Sentencia C-671 de 2002.

41 Cfr. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004.

42 Sentencia C-507 de 2008, M.P., Jaime Córdoba Triviño.

43 Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido T-025 de 2004.

44 Sentencia C-507 de 2008, M.P., Jaime Córdoba Triviño

2.5.9.6 A fin de verificar si el Congreso Nacional cumplió con la carga que tenía de demostrar que existían imperiosas razones que hacían necesario derogar la obligación de constituir la póliza tantas veces mencionada, a pesar de que esa derogatoria constituía un paso regresivo en el desarrollo del derecho a la vivienda digna, la Corte se remite ahora a los antecedentes legislativos de la disposición. Al respecto encuentra lo siguiente: el proyecto que devino en la Ley 3ª de 1991, cuyo artículo 40 aquí se demanda, fue presentado ante el Congreso de la República por el Gobierno Nacional a través de los entonces ministros de Desarrollo Económico y de Hacienda y Crédito Público. Dicho proyecto gubernamental no contemplaba la norma hoy contenida en la disposición acusada dentro de este proceso. Por consiguiente, en la exposición de motivos no se hizo ninguna referencia explícita y concreta a ella; en cambio se explicaron los objetivos generales de la política nacional que se proponían en el proyecto de ley en materia de vivienda de interés social, aspecto sobre el cual se destacó que dichos objetivos consistían en: “a. Una reorganización institucional del sistema de provisión de vivienda de interés social. b. Un acentuamiento del énfasis municipal en la política de desarrollo urbano y vivienda; c. una respuesta integral que permita la implantación de las normas contenidas en la Ley de Reforma Urbana”⁴⁵. Además, la exposición de motivos puso énfasis en que el proyecto buscaba que se reglamentaran las normas vigentes contenidas en la Ley de Reforma Urbana, porque “si algún problema ha encontrado en su corta vigencia esta norma, es que no se han reglamentado suficientemente las ambiciosas figuras normativas que allí están contenidas.”⁴⁶ Por esta razón, alguna de las entidades intervinientes dentro del presente proceso observa que el propósito de la nueva ley fue ampliar la potestad reglamentaria del Ejecutivo en materia de calidad de la vivienda de interés social⁴⁷.

La disposición que vino a ser el actual artículo 40 de la Ley 3ª de 1991 fue introducida dentro del proyecto de ley durante el primer debate parlamentario, que se surtió de manera conjunta por las comisiones quintas del Senado de la República y la Cámara de Representantes, en virtud del mensaje de urgencia enviado al Congreso por el Gobierno Nacional. En efecto, el proyecto aprobado por las mencionadas comisiones conjuntas en su artículo 39 incluía con idéntico tenor la disposición hoy contenida en dicho artículo 40, aquí acusado. En la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, se explicó así la inclusión de la disposición: “*Las Comisiones Quintas precisaron aún más el concepto de solución de vivienda, desarro-*

45 Ernesto Samper Pizano y Luis Fernando Ramírez Acuña. Exposición de motivos al proyecto de ley N° 101 de 1990 Cámara. Senado de la República. Historia de la Leyes. Legislatura de 1991. Págs. 241 y siguientes.

46 *Ibidem*, pág. 248.

47 Intervención del Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dentro del presente proceso.

llando en primer lugar la noción de “condiciones mínimas” de la vivienda del proyecto original del Gobierno como “condiciones sanitarias de espacio, servicios públicos y calidad de estructura satisfactorias”⁴⁸. Idéntica explicación se dio en la ponencia para segundo debate en el Senado de la República⁴⁹.

Ahora bien, del examen de dichos antecedentes no se extrae que ni el Gobierno, que propuso el proyecto, ni posteriormente el Congreso de la República, que lo aprobó, hubieran vertido las explicaciones relativas a por qué la derogatoria de la obligación de constituir la póliza de garantía de estabilidad y calidad de la vivienda nueva, en especial la de interés social, constituía una medida que buscaba satisfacer una finalidad constitucionalmente imperiosa, resultaba adecuada y necesaria para ello sin desconocer el núcleo esencial del derecho a la vivienda digna, y era estrictamente proporcional en términos de costo– beneficio, vista la restricción en materia de protección que aparejaba, frente al supuesto beneficio social que la medida produciría. De esta manera, ante la falta de dicha explicación, la Corte debe aplicar la presunción de inconstitucionalidad de la medida derogatoria, en cuanto significa una restricción del ámbito de protección sustancial y procesal de un derecho económico y social, cual es el derecho a la vivienda digna de interés social. Lo anterior, en la medida en que dicha presunción no ha sido desvirtuada.

2.5.10 La constitucionalidad condicionada de la norma acusada

2.5.10.1 La Corte ha concluido que el artículo 40 de la Ley 3ª de 1991 es inconstitucional porque, al derogar la obligación de constituir la póliza tantas veces mencionada, produjo un vacío legislativo que significa una medida regresiva en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social. Así las cosas, la disposición acusada ha sido hallada inconstitucional no por lo que su tenor literal ahora expresa, asunto sobre el cual nada dice la demanda ni la Corte ha hecho consideración alguna en esta Sentencia, sino porque no contiene un mandato que sí estaba recogido en la norma anterior, esto el artículo 64 de la Ley 9ª de 1989, subrogado por ella. Además, la Corte ha encontrado que el legislador tenía la obligación de mantener la exigencia de la póliza, pues se trataba de una medida que ampliaba el espectro de protección de un derecho económico y social, por lo cual el principio de progresividad y la subsiguiente garantía de no regresividad de esta clase de derechos le impedía derogar dicha

48 Ponencia para segundo debate en la Cámara al proyecto de ley N° 101 de 1990 Cámara. Senado de la República. Historia de la Leyes. Legislatura de 1991. Págs. 268 y siguientes.

49 Ponencia para segundo debate en el Senado al proyecto de ley N° 144 de 1990 Senado. Senado de la República. Historia de la Leyes. Legislatura de 1991. Págs. 282 y siguientes.

póliza, a menos que demostrara que se trataba de una medida imperiosa desde la perspectiva constitucional, cosa que no hizo. Así las cosas, concluye la Sala que está en presencia de una omisión legislativa relativa, pues la disposición demandada no contiene un elemento normativo que el legislador debía mantener en el ordenamiento.

Si bien las anteriores consideraciones conducirían a la declaratoria de inexequibilidad de la disposición acusada, lo cierto es que, como se acaba de decir, de un lado la inconstitucionalidad detectada no se debe a lo que dicha disposición ahora prescribe, sino a que con ella se produjo la subrogación de una norma, lo que originó un vacío legislativo que al legislador le estaba prohibido generar. De otro lado, el retiro del ordenamiento de la norma acusada llevaría a una situación de inconstitucionalidad más gravosa, por lo que se hace necesario acudir a una modalidad de sentencia integradora. En efecto, se generaría una desprotección frente a las condiciones mínimas de vivienda adecuada para sujetos de especial protección (de interés social) que hace necesario preservar la norma en el ordenamiento jurídico pero condicionada a que se mantenga la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una póliza o garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan. Ello bajo el principio de interpretación conforme a la Constitución.

2.5.10.2 Visto lo anterior, la Sala considera que debe declarar la constitucionalidad de la norma acusada, en el entendido de que continúa vigente la obligación de los vendedores de vivienda de interés social de otorgar una garantía de calidad y estabilidad de los inmuebles que enajenan. A esta conclusión llega después de exponer que de la Constitución Política y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano se deriva directamente la obligación de no retroceso en materia de protección del derecho a la vivienda digna de interés social.

Ahora bien, aunque el antiguo artículo 64 de la Ley 9ª de 1989 prescribía la obligación de otorgar la póliza de estabilidad y calidad de todo tipo de vivienda nueva, en cuanto la nueva Ley 3ª de 1991, a la cual pertenece la norma aquí acusada, tiene por objeto regular únicamente la vivienda de interés social, y en este ámbito es donde adquiere especial relevancia jurídica el principio de progresividad y la garantía subsiguiente de no regresividad de los derechos económicos y sociales, la Corte limitará el condicionamiento a la constitucionalidad del artículo acusado, en el sentido de que la obligación de otorgar la póliza se restringe a la vivienda de interés social. [...]

El derecho a la vivienda digna de los desplazados forzados

Corte Constitucional

Sentencia T-742/09

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, octubre 19 de 2009

[...] II. Consideraciones y fundamentos

[...] 4. El derecho de la población desplazada a una vivienda digna. Marco constitucional y legal

4.1 El artículo 51 de la Constitución Política consagra el acceso a una vivienda digna como un derecho de todas las personas, y asigna al Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo a través de la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas para la ejecución de dichos programas. Este deber se encuentra desarrollado en la legislación que se reseña a continuación.

La Ley 3 de 1991^{*1}, crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, y señala que hacen parte de él las entidades públicas y privadas que propenden por la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación y legalización de títulos de vivienda de interés social. La ley indica que el sistema tiene por finalidad la coordinación, planeación y ejecución de las actividades que tales entidades realizan para lograr racionalidad y eficiencia en los recursos. También crea el Subsidio Familiar de Vivienda, destinado a hogares que carezcan de recursos para obtener o mejorar una vivienda.

Este Subsidio Familiar de Vivienda en el orden nacional ha sido regulado parcialmente por el Decreto 951 de 2001², y el artículo sexto de la Ley 3 de 1991. De acuerdo con estas normas, el subsidio es un aporte estatal en dinero o en especie que se otorga por una sola vez al beneficiario, con el objeto de

* La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones”.

2 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada”.

facilitarle acceder a una vivienda de interés social sin cargo de restitución. Como lo ha indicado esta Corporación, en términos generales, el subsidio familiar de vivienda es una de las herramientas con las que cuenta el Estado para lograr que los ciudadanos de más bajos recursos puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas.³

Cabe destacar que el artículo 2 del Decreto 951 de 2001 consagraba que la asignación de los subsidios referidos en áreas rurales correspondía de manera exclusiva al Banco Agrario, y en áreas urbanas al INURBE. No obstante, dado que este último entró en liquidación por disposición del Decreto 554 de 2003,⁴ el Decreto Ley 555 del mismo año⁵ ordenó que sus funciones en materia de vivienda fueron asumidas por Fonvivienda, fondo con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía presupuestal y financiera adscrito al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Debido a esto, el artículo quinto del Decreto 2190 de 2009⁶ precisa que el subsidio familiar de vivienda de interés social será otorgado por Fonvivienda con cargo a los recursos del Decreto Ley 555 de 2003 y por las cajas de compensación familiar, con cargo a las contribuciones parafiscales que administran.

4.2 Por su parte, en lo que tiene que ver con la política pública de vivienda para la población desplazada se encuentra la Ley 387 de 1997⁷, que adopta medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, y que en su artículo 19 determina que la Red de Solidaridad Social – hoy Acción Social –, dará prioridad a las necesidades de las comunidades desplazadas y atenderá a las víctimas del desplazamiento, vinculándolas a sus programas.

Dicha disposición encuentra desarrollo en el artículo 12 del Decreto 4429 de 2005⁸, que señala que para la asignación de subsidios de vivienda de orden

3 Ver al respecto la sentencia T-791 de 2004.

4 *“Por el cual se suprime el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, y se ordena su liquidación.”*

5 *“Por el cual se crea el Fondo Nacional de Vivienda Fonvivienda”.*

6 El Decreto 2190 de 2009 *“Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas”*, derogó el Decreto 975 de 2004.

7 *“Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.*

8 El artículo 12 del Decreto 4429 de 2005 *“Por el cual se modifican los Decretos 975 de 2004, 3169 de 2004, 3111 de 2004, y 1526 de 2005, y se establecen los criterios especiales a los que se sujetará el otorgamiento de subsidios familiares de vivienda de interés social con cargo a los recursos de la Bolsa Única Nacional, y se dictan otras disposiciones”.*

nacional se dará prioridad, entre otros grupos, a la población desplazada por la violencia; y en los artículos 9 y 10 del Decreto 2675 de 2005⁹ que, en concordancia con el Decreto 973 del mismo año¹⁰, indican que los subsidios para vivienda en áreas rurales para población desplazada serán otorgados por el Banco Agrario con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación que se destinen para el efecto y los que se obtengan de otras fuentes.

Asimismo, la legislación vigente dispone que los programas de vivienda para población desplazada solo serán presentados por los municipios, distritos o departamentos quienes deben contribuir con recursos económicos, logísticos y físicos para ejecutar la política habitacional, o una organización no gubernamental o popular de vivienda que tenga el aval del municipio o distrito.

Para acceder a un subsidio de esta naturaleza, el artículo 3 del Decreto 951 de 2001 establece que la familia debe cumplir dos condiciones: i) el hogar debe estar conformado por personas que ostenten la condición de desplazados y cumplir los requisitos señalados en el artículo 32 de la Ley 387 de 1997, esto es que hayan declarado los hechos ante las autoridades correspondientes, y hayan solicitado la remisión para su inscripción a la Dirección General para Derechos Humanos del Ministerio del Interior y de Justicia; y ii) deben encontrarse registrados en el RUPD. Reunidas estas, el hogar desplazado debe presentar postulación ante la entidad otorgante del subsidio, esto es, ante el Fondo Nacional de Vivienda, dentro de las fechas en las que la entidad tenga abierta la convocatoria. A su turno, la entidad asignará los subsidios con criterios objetivos de postulación y puntajes, de acuerdo con la disponibilidad presupuestal de la convocatoria.

4.3 Cuando se trata de la población desplazada, la Corte ha afirmado que el derecho a la vivienda digna tiene un carácter fundamental en dos sentidos. Primero, respecto de un contenido mínimo de acuerdo con el cual el Estado tiene la obligación de proveer vivienda y alojamiento básicos a las personas que han sufrido un desplazamiento forzado¹¹. Y, segundo, en todos los casos en que se verifica la estrecha relación que la satisfacción del derecho a la vivienda guarda con otros derechos cuyo carácter fundamental tiene un amplio consenso, tales como el derecho a la igualdad o el derecho al debido proceso¹².

9 “Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 951 de 2001 en lo relacionado con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural para la Población Desplazada por la Violencia.”

10 “Por medio del cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3ª de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en lo relacionado con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social Rural.”

11 Sentencia T-025/04 y Principios Rectores del Desplazamiento Forzado No. 18 y 21

12 Ver entre otras la sentencia T-585 de 2006.

La población desplazada ha tenido que abandonar sus viviendas, tierras y propiedades en su lugar de origen, vale decir, sin que en ello medie su voluntad. Posteriormente, cuando llega a nuevas poblaciones, se enfrenta a la imposibilidad de acceder a viviendas adecuadas que les provean resguardo y condiciones dignas de subsistencia, por cuanto carecen de recursos económicos suficientes y empleos estables, entre otros factores. Es en este escenario que se ha entendido que la satisfacción del derecho a la vivienda digna es indispensable, pues sin ella, no es posible realizar otros derechos como la salud, la integridad física, y el mínimo vital¹³.

Por esta razón, en las sentencias T-966 de 2007, T-704 A de 2007, T-919 de 2006, T-754 de 2006, T-025 de 2004, T-602 de 2003, T-1346 de 2001, y SU-1150 de 2000, entre otras, la Corte ha abordado el problema de la garantía de la protección del derecho a una vivienda digna para la población desplazada. En estas providencias, la Corporación ha concedido el amparo del derecho y ha dictado las siguientes órdenes:

“(i) reubicar a las personas desplazadas que, debido al desplazamiento, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; (ii) brindar a estas personas soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente. En este sentido, la Corporación ha precisado que no basta con ofrecer soluciones de vivienda a largo plazo si mientras tanto no se provee a los desplazados alojamiento temporal en condiciones dignas; (iii) proporcionar asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas; (iv) en el diseño de los planes y programas de vivienda, tomar en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.–; y (v) eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado, entre otras”.¹⁴ [...]]

13 Ver sentencias T-216 A de 2008 y T-585 de 2006, SU-1150 de 2000 y T-025 de 2004.

14 Ver sentencia T-585 de 2006.

La protección al derecho a la vivienda digna y al territorio colectivo y el derecho a la prevención y atención de desastres

Corte Constitucional

Sentencia T-235/11

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Bogotá, marzo 31 de 2011

[...] II. Fundamentos de la decisión [...]

Las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional y titulares de derechos fundamentales. Reiteración de jurisprudencia [...]*

3. Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter *imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio*; y la consideración de la ancestralidad como “*título*” de propiedad**¹. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de *ámbito cultural* de la comunidad: al respecto, en sentencia T-617 de 2010, explicó la Sala Novena:

“(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo ex-

* Los puntos 1 y 2 de esta jurisprudencia transcriben de manera literal, los mismos puntos que bajo igual título aparecen en la sentencia T - 282 de 2011 y que aparecen en la presente publicación.

** La numeración de las notas de pie de página no corresponde al texto completo de la sentencia.

1 Se utiliza el término “*título*” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese *continuum* entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

presa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura².

(...) es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales^{4,5}.

4. Para el problema jurídico que ocupa a la Sala, el artículo 16 del Convenio 169 adquiere especial relevancia pues establece las condiciones que deben tenerse en cuenta cuando resulte imprescindible la reubicación de una comunidad indígena:

Convenio 169 de 1989 (OIT). “Artículo 16: 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. || 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. || 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y su reubicación. || 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a

2 Sentencia T-634 de 1999.

3 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-703 de 2008, T-955 de 2003, T-013 de 2009, T-514 de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Comunidad Indígena Yákye Axa. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125*, y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001*, entre otros.

4 Sobre el tema, es también relevante la sentencia T-945 de 2007, en el que la Corte aclaró que la jurisdicción especial indígena podría conocer casos en los que se encuentren involucradas instituciones de la comunidad, aunque su sede se encuentre por fuera de los linderos del territorio colectivo.

5 Cfr. Sentencia T-617 de 2010 y T-514 de 2009.

los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérsele dicha indemnización con las garantías apropiadas. || 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento”.

5. Del aparte normativo transcrito deben destacarse los siguientes elementos: (i) el traslado de una comunidad indígena es una medida excepcional que solo procede en casos de absoluta necesidad, que (ii) requiere un consentimiento informado por parte de la comunidad; (iii) debe preservarse al máximo el derecho al retorno y cuando este no sea posible (iv) el Estado debe otorgar al grupo indígena tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico que garanticen el desarrollo y supervivencia de la comunidad. (v) En tales eventos, la comunidad podrá optar entre las tierras y una indemnización adecuada. Y (vi) procede la indemnización plena por cualquier daño que sufra una persona por causa de traslado y reubicación.

El derecho a la vivienda digna en la jurisprudencia constitucional. Protección al derecho a la vivienda digna frente a amenaza de desastres

6. El derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Carta Política y en el artículo 11, párrafo 1, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶, bajo la denominación de *derecho a la vivienda adecuada*.

Para una exposición sobre su alcance y contenido, la Sala tomará como marco la doctrina constitucional más reciente en materia de derechos fundamentales; reiterará el fallo T-585 de 2008 en el que se refleja esa doctrina en el caso específico de la vivienda digna;⁷ y, finalmente, se referirá a los

6 Constitución Política. Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá los planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas de ejecución de estos programas de vivienda.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 11.1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

7 Cfr. T-657 de 2010, T-199 de 2010, T-895 de 2008, entre otras. La Sala reiterará, en relación con la fundamentación del derecho, la reciente sentencia T-585 de 2008, considerando que reflejan la perspectiva más actualizada de la Corporación frente a los derechos sociales.

elementos estructurales del derecho a la vivienda, siguiendo –como lo viene haciendo esta Corporación en jurisprudencia reiterada– la sentencia C-936 de 2003 y la Observación General Nro. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. (En adelante, OG. 4 del Comité DESC).

6.1. Del concepto de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

6.1.1 Desde una aproximación tradicional a los derechos fundamentales, acogida por la Corte en buena parte de su jurisprudencia temprana, se consideraba que entre los derechos fundamentales y los derechos sociales existía una diferencia esencial: los primeros eran (exclusivamente) derechos de defensa y los segundos, en cambio, derechos prestacionales.

En consecuencia, las obligaciones del Estado frente a cada grupo de derechos resultaban plenamente diferenciables: en el primer caso consistían en abstenerse de perturbar su goce efectivo y, como ello no implica la movilización de recursos, se entendía que tales deberes eran susceptibles de aplicación inmediata y exigibilidad judicial. En el segundo caso, las obligaciones se concretaban en otorgar servicios o prestaciones a las personas, lo que supone la movilización de recursos y una infraestructura institucional que debe establecerse en el proceso democrático de la nación⁸, por lo que se caracterizaban como obligaciones programáticas antes que mandatos concretos, que establecían rutas de acción a la política estatal y no eran exigibles judicialmente.

8 El fallo en el que con más rigor acogió esta postura la Corporación es la sentencia SU-111 de 1998, providencia en la que –en lo pertinente– se sostuvo: “11. *La actualización concreta del Estado social de derecho, corresponde a una exigencia que se impone constitucionalmente a los titulares de las distintas funciones del Estado y que abarca un conjunto significativo de procesos sociales, políticos y jurídicos. Un papel destacado, sin duda, se reserva a la ley. No se ve cómo pueda dejar de acudir a ella para organizar los servicios públicos, asumir las prestaciones a cargo del Estado, determinar las partidas presupuestales necesarias para el efecto y, en fin, diseñar un plan ordenado que establezca prioridades y recursos. La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado social de derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa. No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. A lo anterior se agrega la necesidad y la conveniencia de que los miembros de la comunidad, gracias a sus derechos de participación y fiscalización directas, intervengan en la gestión y control del aparato público al cual se encomienda el papel de suministrar servicios y prestaciones”.*

6.1.2. Con el tiempo, esa distinción comenzó a mostrarse inadecuada por razones de índole teórica y dogmática⁹. Desde el primer plano, la Corte precisó que los derechos fundamentales poseen una estructura compleja o una multiplicidad de facetas, por lo que su satisfacción acarrea el cumplimiento de un haz de obligaciones tanto positivas como negativas para el Estado. En ese sentido, en el fallo T-760 de 2008¹⁰ sentenció la Corporación que atribuir la cualidad de *prestacional* a un derecho es un error categorial, pues esa característica se predica de algunas de sus facetas y no del derecho considerado *como un todo*.

En el plano dogmático, en sentencia T-016 de 2007 explicó la Corte que en el marco del DIDH se ha construido un consenso generalizado sobre las propiedades de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos¹¹, las cuales destacan que existe una relación intrínseca entre todos los derechos en tanto su fundamento y finalidad es la eficacia de la dignidad humana, constatación que –siguiendo el fallo mencionado– hace en alguna medida *artificial* el criterio de *conexidad*¹².

6.1.3. Esas consideraciones llevaron a la Corte a establecer en la sentencia T-227 de 2003 que los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.¹³

La posibilidad de “*traducción*” en derechos subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la

9 Lo que aquí se presenta, en breve síntesis, constituye un proceso que va de los años 2002 a 2008, en el que resultan de especial relevancia las sentencias T-595 de 2002, T-227 de 2003, T-859 de 2003, T-860 de 2003, T-016 de 2007 y T-760 de 2008.

10 En ese aparte la sentencia se fundó a su vez, en la providencia T-595 de 2002, de esta Corporación.

11 Al respecto, *cf.* la Declaración y programa de acción de Viena de 1993; principios de Limburgo sobre la interpretación y aplicación del PIDESC; principio 3: “*en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar* y sentencia T-016 de 2007.

12 Hoy se muestra artificialmente predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos –unos más que otros– una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental.

13 En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter *iusfundamental* en el evento enjuiciado o de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos.

6.1.4. Los criterios teóricos y dogmáticos incorporados al problema de la fundamentación de los derechos fundamentales se vieron, además, reflejados en los criterios de justiciabilidad (posibilidad de exigencia judicial) de los derechos constitucionales.

Así, la posición sostenida por la Corporación en sus primeros fallos, de acuerdo con la cual la tutela no sería procedente para lograr la eficacia de los “derechos sociales”, sucesivamente se pasó a la eficacia excepcional bajo el criterio de excepcionalidad; a la *transmutación* de los derechos sociales en derechos fundamentales, una vez su contenido recibe concreción legislativa, y a la postura actual, según la cual es posible distinguir entre el carácter fundamental de un derecho y la procedencia de la tutela para su protección, enfoque bajo el cual se asume que son derechos fundamentales todos aquellos que cumplen los parámetros indicados previamente, y corresponde al juez determinar en cada caso si la tutela es procedente para hacer efectiva la faceta específica del derecho comprometido en el asunto sometido a su examen.¹⁴

En esos términos, la procedibilidad de la tutela para la protección de esferas positivas de los derechos está condicionada a (i) que la esfera prestacional requerida no comprometa un alto esfuerzo económico, como cuando se solicita información adecuada en un puesto de servicio al público; (ii) que se solicite el cumplimiento de obligaciones que hayan recibido concreción política, o (iii) que sean prestaciones imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación o el DIDH¹⁵.

14 Es importante indicar que esa evolución de los criterios de fundamentación y exigibilidad de los derechos constitucionales es solo esquemática, pues como es natural, en el seno de la Corte la discusión sobre esos aspectos no debe considerarse como un asunto de desarrollo lineal sino también de construcción de consensos en distintos momentos históricos. Cabe indicar, por ejemplo, que ya en el fallo T-427 de 1992, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, se explicaba: “Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del capítulo 2, título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad –derechos civiles y políticos fundamentales– pueden contener un elemento prestacional. En términos generales, el carácter prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y, en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar derivada del mismo texto constitucional”. La cercanía a la posición construida entre los años 2003 y 2008 como puede verse, es evidente.

15 Al respecto, Cfr. T-760 de 2008.

El juez constitucional debe tener presente, al evaluar la procedencia de la acción de tutela frente a facetas positivas de un derecho constitucional, que la inacción estatal no es constitucionalmente legítima en virtud del principio de progresividad, que ordena dar “*pasos hacia delante*” y prohíbe los pasos regresivos en la cobertura y eficacia de los derechos constitucionales¹⁶.

7. El recorrido jurisprudencial recién expuesto, encontró eco en la comprensión del derecho a la vivienda digna a partir de la sentencia T-585 de 2008¹⁷, pronunciamiento en que la Corte, además de reiterar las consideraciones previamente expuestas, explicó que la igualdad material es presupuesto para el ejercicio de la libertad y concluyó que, bajo esa óptica, la vivienda digna debe considerarse un derecho fundamental pues su relación con la dignidad humana es evidente, especialmente en lo atinente a la realización de un plan de vida y el goce de elementos materiales mínimos para un adecuado ejercicio de la libertad¹⁸. Expresó la Corte en ese sentido:

16 En la sentencia T-994 de 2010, señaló la Corte: “*En relación con el carácter progresivo del derecho, la jurisprudencia constitucional ha construido un amplio marco de análisis sobre la legitimidad de las medidas adoptadas por las autoridades públicas en relación con las esferas positivas o prestacionales de determinados derechos. La configuración del mandato de progresividad en el ámbito interno toma en consideración tanto los elementos previstos en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como elementos propios de la jurisprudencia nacional.*”

En esos términos, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el mandato de progresividad impone al Estado (i) la obligación inmediata de adoptar medidas positivas (deliberadas y en un plazo razonable) para lograr una mayor realización del derecho en cuestión, de manera que la simple actitud pasiva del Estado se oponga al principio en mención; (ii) la prohibición de discriminación y/o la obligación de no imponer barreras injustificadas sobre determinados grupos vulnerables; y (iii) la prohibición de adoptar medidas regresivas para la eficacia del derecho concernido. Esta prohibición de regresividad o de retroceso se erige en una presunción de inconstitucionalidad de la medida legislativa o administrativa a evaluar. En ese sentido, es pertinente reiterar lo expresado por la sentencia T-043 de 2007:

(i) Como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad prima facie, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas. (T-043/07)”.

17 Reiterada, entre otros, en los fallos T-657 de 2010, T-573 de 2010 (en relación con la población desplazada el carácter fundamental del derecho ha sido reconocido desde el fallo T-585 de 2006), T-199 de 2010, T-036 de 2010.

18 Sobre las distintas facetas normativas del principio, derecho y valor a la dignidad humana, remite la Sala al fallo T-881 de 2002.

“(…) [E]n el caso preciso del derecho a la vivienda digna, consagrado en el artículo 51 superior y reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁹, en el artículo 11 numeral 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰, así como es otros instrumentos internacionales²¹, la relación existente entre su garantía efectiva y la dignidad humana es prácticamente evidente. Así, no es necesario desplegar un ejercicio argumentativo exhaustivo para concluir que entre las necesidades básicas que deben ser satisfechas para permitir a un individuo desarrollar en condiciones dignas su proyecto de vida, se encuentra aquella relacionada con proveerle –por medios que no necesariamente implican la inversión pública– un lugar de habitación adecuado”.

8. A partir de la distinción entre *fundamentalidad* y *justiciabilidad*, y del carácter multifacético de los derechos, la Corte efectuó las siguientes consideraciones sobre el alcance de la tutela como medio de protección para el derecho a la vivienda digna:

8.1. La faceta (o facetas) negativa(s) del derecho a la vivienda digna, es decir, la obligación estatal de no perturbar el goce del derecho injustificadamente, y de proteger a las personas contra injerencias indebidas de terceros en el goce del derecho a la vivienda, es exigible ante el juez de tutela de forma inmediata.²²

8.2. En relación con las obligaciones o facetas positivas del derecho, su exigibilidad se encuentra condicionada, en principio, a la definición de derechos

19 “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

20 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”

21 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (párrafo 2 del artículo 14), Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 3 del artículo 27), Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (artículo 10), Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (párrafo 8 de la sección III), Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (párrafo 1 del artículo 8) y Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores .

22 En ese sentido, siguiendo el fallo T–1318 de 2005, se refirió la Corte a “*un derecho de defensa frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de particulares*” La existencia de esta faceta de abstención había sido advertida también en la sentencia T–958 de 2001, y en el mismo sentido, cabe examinar las sentencias T–308 de 1993, T–309 de 1995, T–494 del 2005, T–316 de 1995, T–347 de 1998 y T–373 de 2003.

subjetivos “*que traduzcan prestaciones concretas a favor de las personas que alegan su vulneración*” mediante el diseño de políticas públicas por parte de los órganos democráticamente elegidos, decisiones que involucran la distribución y asignación de bienes escasos.

Sin embargo, explicó la Sala Octava²³, el juez de tutela no es ajeno a la eficacia de este derecho fundamental en virtud del carácter normativo de la Constitución Política y el principio de eficacia de los derechos fundamentales.

Al respecto, es posible distinguir dos escenarios en los que el juez constitucional debe desplegar una actuación positiva para preservar la eficacia de los derechos fundamentales. Primero, corresponde al juez de tutela asegurar la protección del derecho cuando existen posiciones subjetivas derivadas de la concreción legislativa y reglamentaria del derecho que carecen de garantías idóneas; segundo, atañe al funcionario coadyuvar en la configuración de las posiciones jurídicas que (i) se infieran de una interpretación sistemática de la Carta Política y de las obligaciones del Estado en el marco del DIDH y (ii) no hayan sido definidas aún por los órganos políticos.

En ese evento –precisó la Sala Octava–, el juez constitucional debe suplir esos vacíos, no mediante la definición de políticas públicas de carácter general sino “*bajo la idea de superar o suplir las falencias que advierta en la definición de éstas*”²⁴, particularmente cuando se trate de conjurar desigualdades materiales en aplicación de los contenidos normativos de los incisos 2º y 3º del artículo 13 Superior y las demás cláusulas constitucionales de especial protección a grupos vulnerables²⁵. In extenso, expresó la Corporación:

“(...) el amparo constitucional sólo será procedente en esta materia cuando se trate de (i) hipótesis referidas a la faceta de abstención o derecho de defensa de la vivienda digna, (ii) pretensiones relativas al respeto de derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios que conlleven a superar la indeterminación inicial en cuanto al contenido normativo propio del derecho a la vivienda digna y (iii) eventos en los cuales las circunstancias de de-

23 Sigue de cerca la Sala lo expresado en el fallo T-585 de 2008.

24 *Ibidem*.

25 “*A este respecto, la Sala considera pertinente recalcar que en desarrollo de la función que la Constitución le ha asignado, el juez de amparo está llamado a intervenir ante la inexistencia o la deficiencia del desarrollo legal o reglamentario en la materia, con el propósito no de definir en forma general políticas públicas tendentes a la satisfacción del derecho a la vivienda digna para todos los asociados, pero sí bajo la idea de superar o suplir las falencias que advierta en la definición de éstas. Particularmente en aquellas hipótesis en las cuales de conformidad con el mandato contenido en el artículo 13 superior, se requiera la adopción de medidas que tornen posible una igualdad real y efectiva, en especial cuando la protección se torne imperiosa en atención a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentren las personas como consecuencia de su condición económica, física o mental. (...)*”. T-585 de 2008.

bilidad manifiesta en los que se encuentran los sujetos considerados de especial protección constitucional, a la luz de las normas superiores y de la jurisprudencia de esta Corporación, tornan imperiosa la intervención del juez de tutela con miras a la adopción de medidas que permitan poner a estas personas en condiciones de igualdad material haciendo efectiva, en el caso concreto, la vigencia de la cláusula del Estado Social de Derecho (artículo 1º superior).²⁶

9. En cuanto al contenido del derecho, esta Corporación ha efectuado una lectura armónica de las disposiciones constitucionales relevantes con aquellas contenidas en el PIDESC, bajo la interpretación autorizada del Instrumento, realizada por el Comité DESC en su OG. 4. El párrafo 8º de la Observación es de particular importancia por cuanto define como parámetros de adecuación de la vivienda, los siguientes: *a) seguridad jurídica de la tenencia, b) disponibilidad, c) gastos soportables, d) habitabilidad, e) asequibilidad, f) lugar, y g) adecuación cultural*, los cuales pueden agruparse en dos grandes materias: *condiciones de la vivienda y seguridad de la vivienda*.²⁷

9.1. Sobre el primer aspecto (“*condiciones de vivienda*”), indicó la Corporación –siguiendo la OG. 4– que la vivienda adecuada no es equiparable a la existencia de un techo o cobijo sino que debe tratarse de un lugar que ofrezca “*seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad*”.²⁸

Para conseguir ese propósito, la vivienda debe reunir elementos que aseguren su *habitabilidad* es decir, cumplir con requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.²⁹

26 Continué la Corte: “*Como corolario de lo anterior, cuando la protección del derecho a la vivienda digna sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto– si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria de cara a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado*”. *Ibidem*.

27 *Cfr.* C-936 de 2003.

28 Consideración que hace referencia al concepto de vivienda digna, antes que a los elementos que lo componen; *cfr.* OG. Nro. 4, Comité DESC. Párrafo 7.

29 Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4º se lee: “(Parágrafo 8) *d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también*

Debe tener *acceso* a servicios públicos, de seguridad y de emergencia, de manera que los planes de desarrollo urbano deben “*asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas*”.

De acuerdo con los literales b, f y g del párrafo 8 de la OG 4 debe garantizarse la “*disponibilidad de servicios materiales, facilidades e infraestructura*”; la vivienda debe “*estar ubicada en un lugar que permita el acceso a servicios de atención en salud, centros para niños, escuelas, entre otros; y debe cumplir con el estándar de adecuación cultural, de manera que permita la expresión de la identidad cultural y la diversidad en la vivienda.*^{30 31}”.

la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

- 30 En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados: || “b) Disponibilidad de servicios, materiales, *facilidades e infraestructura*. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”. || “f) *Lugar*. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes. || g) *Adecuación cultural*. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”
- 31 “*La Corte entiende, a partir de lo anterior, que el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de estos servicios al considerar las dificultades derivadas de la ineficiente prestación del servicio de energía eléctrica en zonas urbanas*”. [Refiriéndose a su vez a la sentencia T-881 de 2002].

9.2. El segundo grupo de elementos, relativos a la seguridad de la vivienda, se compone de tres factores: *asequibilidad*, *seguridad jurídica de la tenencia* y *gastos soportables*.

La *asequibilidad* “consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda, así como el acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia de la vivienda”. El comité DESC ha enfatizado, así mismo, la obligación jurídica y política del Estado de conceder prioridad en la asignación de recursos para vivienda a grupos vulnerables (incluidas las víctimas de desastres naturales).³² El concepto de *gastos soportables* involucra la obligación de asegurar “sistemas adecuados para costear la vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable y acorde con el nivel de ingresos, de los alquileres, entre otras medidas.”³³ “[L]a seguridad de la tenencia”, finalmente, “apunta a que las distintas formas de tenencia de la vivienda –propiedad individual, propiedad colectiva, arriendo, leasing, usufructo, etc.– estén protegidas jurídicamente, principalmente contra desahucio, hostigamiento, etc.”³⁴

32 “e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

33 “c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.”

34 “a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.”

10. Es importante indicar que “*vivienda digna*” y “*vivienda adecuada*”³⁵ no son conceptos idénticos. En efecto, podría discutirse si el estándar de *dignidad* es menos exigente que el estándar de *adecuación* y viceversa. Esa discusión, empero, resulta infructuosa pues en materia de derechos humanos rige el principio *pro hómine*, de manera que el juez constitucional debe escoger los estándares más amplios de protección. Dicho de otra forma, si los estándares del derecho interno que establecen los factores a tener en cuenta para que la vivienda sea digna y los del DIDH para calificar la adecuación de la vivienda son complementarios, debe asumirse que todos hacen parte del contenido esencial del derecho; en caso de incompatibilidad, por supuesto, debe escogerse el estándar que favorezca en mayor medida el ejercicio y goce del derecho analizado³⁶.

11. Para el problema que debe abordar la Sala, resulta importante señalar que esta Corte ha establecido que el elemento de *habitabilidad* del derecho a la vivienda digna comporta un derecho subjetivo a la protección de la vivienda frente a amenazas de desastres. Al respecto, en sentencia T-199 de 2010 consideró³⁷ la Sala Octava:

“(…) [Esta] Corporación ha identificado, a su vez, dos elementos que configuran la habitabilidad: (i) la prevención de riesgos estructurales y (ii) la garantía de la seguridad física de los ocupantes, pero también ha señalado que esta dimensión de derecho a la vivienda digna “no es la única que se refiere o remite, directa o indirectamente, a la estabilidad y solidez de la estructura en la que se materializa el lugar de habitación. Todas, en conjunto, terminan por asegurar que a través de

Es pertinente recordar, además, que en amplio número de fallos se ha considerado que el derecho a la vivienda digna adquiere el carácter de fundamental autónomo frente a personas en situación de desplazamiento forzado; que la acción de tutela procede para su protección y que el Estado tiene, frente a la población desplazada, las siguientes obligaciones especiales en materia de vivienda: “*proporcionar y dar auxilios para alojamiento transitorio. || Otorgar con prioridad subsidios familiares de vivienda rural o urbana a las familias desplazadas. || Promover planes de vivienda destinados a la población desplazada por la violencia. || Promover créditos de vivienda a largo plazo con condiciones favorables para esta población. || Promover un tipo de solución de vivienda adecuada para las necesidades de cada hogar*”. (Cfr. T-585 de 2006).

35 Es decir, la denominación que adquiere el derecho a la vivienda en el orden interno y en el orden internacional. (Cfr. CP artículo 51; PIDESEC, párrafo 11).

36 En ese sentido es importante destacar que el inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política incorpora al orden interno aquellos derechos contenidos en tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, que no admitan suspensión en estados de excepción; y que el inciso segundo, ídem, dispone que la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto por los tratados de derechos humanos. En la materia, estima la Sala, es el inciso segundo el que permite armonizar de mejor manera el contenido de las obligaciones estatales y lo dispuesto por el artículo 51 de la Constitución Política, siempre que se mantenga presente la obligación de utilizar la cláusula *pro hómine* en la interpretación y aplicación del derecho.

37 Sentencia T-473 de 2008 F. J. 4.2.

una forma particular de refugio será posible ejercer los demás derechos y atribuciones fundamentales”³⁸.

Igualmente existe una reiterada línea jurisprudencial en materia de la protección de este componente del derecho a la vivienda digna mediante la acción de tutela, precisamente porque en los casos en los cuales está comprometida también resultan afectados otros derechos fundamentales tales como el derecho a la vida o a la seguridad personal. Esta múltiple afectación y la necesidad de adoptar medidas urgentes hacen que la acción de tutela desplace en estos casos los medios judiciales ordinarios”.

Siguiendo entonces los fallos T-190 de 1999 y T-626 de 2000, relativos a la protección de la vivienda digna frente a la indebida ejecución de una obra pública que trajo consigo agrietamientos, fisuras y vertimiento de aguas negras en los hogares de los peticionarios, explicó la Sala Octava que, si bien existían acciones idóneas para obtener una indemnización por los perjuicios causados ante otras jurisdicciones, estas resultaban inadecuadas para la protección de derechos como la vida o –agrega esta Sala– la integridad física de los accionantes³⁹.

38 Sentencia T-473 de 2008 F. J. 4.2.

39 En la sentencia T-199 de 2010 se reiteraron diversas sentencias en las que la tutela ha sido considerada procedente para la protección de la vivienda digna, cuando su lesión acarrea un peligro para la vida o la integridad física y no se persiguen fines indemnizatorios. Así, en sentencia T-190 de 1999, expresó la Corte: “(...) si bien es cierto, que las acciones civiles de responsabilidad extracontractual o inclusive la eventual acción contencioso administrativa de reparación directa, pueden resultar idóneas para resolver parcialmente el caso sub examine, ellas apenas poseen una finalidad estrictamente reparadora o indemnizatoria de los daños (...) cuando el mecanismo a utilizar sea la acción civil, o eventualmente, para que solidariamente responda la administración y el contratista, por la mala ejecución de la obra cuando se esté en presencia de la acción contencioso administrativa de reparación, pero a no dudarlos (...) resultan ineficaces para tutelar derechos de carácter fundamental como la vida, derecho que para el caso concreto se encuentra en peligro y que es el fin último que se pretende proteger con esta acción de tutela. || (...) el interés de la actora no encaja en lo anteriormente planteado, vale decir obtener una simple indemnización, ya que su intención no es obstaculizar el desarrollo de la obra pública de el manejo de la quebrada de La Chanflanita”, sino que se “tomen por parte de la administración y del contratista las disposiciones conducentes a evitar el continuo debilitamiento de las estructuras de las paredes y pisos de su vivienda, los cuales ponen en peligro el derecho a su vida y al de sus familiares (...)” en la sentencia T-325 de 2002, se decidió el amparo impetrado por varias personas que habían adquirido unas soluciones habitacionales de interés social que presentaban fallas estructurales, grietas, hundimientos y humedad; “en la sentencia T-1216 de 2004, en un caso en el cual se acudió al amparo debido a que la construcción de una carretera estaba generando riesgo de deslizamiento a una vivienda contigua, la Sala Tercera de Revisión empezó por destacar que el amparo era procedente, atendiendo que la pretensión de la actora se dirigía a precaver el derrumbe de su casa y no a calcular los perjuicios o indemnizaciones que se hubieren generado por la obra. Enseguida concluyó que en orden a proteger los derechos invocados era necesario establecer, a través de los estudios geológicos pertinentes, la certidumbre o el grado de riesgo que el levantamiento de la carretera había producido sobre la vivienda (...) en la sentencia T-473 de 2008 se revisaron los fallos proferidos con ocasión de una tutela impetrada por la vulneración de los derechos fundamentales de petición y vivienda digna. La actora alegaba que su conjunto

Conclusión

12. En conclusión, el derecho a la vivienda digna es un derecho fundamental que presenta una estructura compleja, representada en los elementos de seguridad jurídica de la tenencia, disponibilidad, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural.

La procedencia de la acción de tutela para su protección depende de una evaluación que debe realizar el juez, en cada caso, con el fin de determinar si lo que está en juego es una faceta positiva o negativa del derecho constitucional estudiado, manteniendo presente que: (i) las esferas negativas del derecho son susceptibles de protección directa por vía de tutela; (ii) las esferas positivas que hayan recibido concreción legislativa o reglamentaria deben ser exigibles mediante las garantías idóneas establecidas por el legislador; (iii) si esas garantías no existen o son insuficientes, la tutela procede para su protección.

Finalmente, (iv) el juez de tutela puede suplir las falencias legislativas y reglamentarias en el aseguramiento de posiciones jurídicas subjetivas del derecho fundamental, manteniendo presente que el diseño de la política general de vivienda corresponde a los órganos democráticamente elegidos.

En relación con el papel del juez constitucional frente a las obligaciones prescricionales requeridas para la eficacia de los derechos constitucionales, debe recordarse que la Constitución Política tiene carácter normativo, por lo que no es legítimo que los distintos órganos del poder público se limiten a constatar la ausencia de una garantía de derecho fundamental en un caso o escenario constitucional determinado, sino que su tarea consiste en colmar esos vacíos mediante el diseño de garantías idóneas y adecuadas que, en el marco de su competencia le permitan contribuir en la eficacia de los derechos fundamentales, deber que –en el caso específico del juez de tutela– encuentra sustento normativo en los principios de *normatividad* de la Constitución y *eficacia de los derechos fundamentales* (artículos 2º, 4º y 5º, C.P.). [...]

residencial y su apartamento presentaban fisuras y agrietamientos causados por la inestabilidad de los terrenos en donde fue construido el inmueble, situación que había creado en ella y sus hijos menores un sentimiento constante de zozobra (...) Sobre la procedencia de la acción de tutela la Sala Novena (...) sostuvo: “resalta la Sala (...) es que [la acción de tutela] no se interpone con el objetivo de perseguir una indemnización, la declaración de los vicios que podrían afectar su vivienda o la determinación de (...) responsabilidad civil o administrativa, contractual o extracontractual. No. De entrada se evidencia que la tutela de los derechos fundamentales se dirige estrictamente a solicitar la reubicación de ella y de su familia frente a lo que considera, es un peligro latente en contra de su integridad, la de su esposo e hijos, y una vulneración actual de su tranquilidad. || Lo anterior (...) justifica la procedencia del presente amparo constitucional.”

Del caso concreto

Para abordar el estudio del caso concreto, la Sala explicará, a manera de cuestión previa, cómo la pluralidad de intereses y derechos de stirpe individual y colectiva involucrados en este trámite exige asumir los problemas relacionados con las amenazas al derecho a la vivienda digna y la integridad física de los miembros de la comunidad del río pepitas, desde una perspectiva respetuosa de su identidad cultural y consciente de la obligación de preservar al máximo la seguridad de su territorio colectivo frente a los riesgos que se ciernen sobre el resguardo (*supra*, I. *Antecedentes, fundamentos 1 y 2*). Posteriormente, la Sala resolverá los problemas de *legitimación*, *procedibilidad* (formal) y *procedencia* (material) del asunto *sub exámine*.

Enfoque de estudio del caso concreto. (Cuestión previa)

En el asunto sometido a revisión se presenta una íntima relación entre algunos componentes de los derechos constitucionales a la seguridad e integridad personal, la vivienda digna, el territorio colectivo, y el derecho colectivo a la prevención y atención de desastres, que puede ser descrita de la siguiente manera: el riesgo a la integridad personal de los miembros del resguardo se deriva de problemas de seguridad del ámbito territorial que habitan; problemas que, a su turno, tienen origen en una amenaza natural cuyo manejo depende de un adecuado plan de atención y prevención de desastres que, en principio, corresponde adoptar al municipio de Dagua.

Sin embargo, la especial relación de los pueblos aborígenes con su territorio da lugar a deberes reforzados de protección por parte del Estado (principalmente aquellos contenidos en los artículos 13 a 19 del Convenio 169 de 1989); el Comité DESC de la ONU, en su OG 4 estableció que el Estado debe asegurar el derecho a la vivienda frente a todas las formas de propiedad⁴⁰; la dimensión de seguridad del territorio se refleja en la seguridad e integridad personal de los miembros del resguardo del río pepitas; y la seguridad del resguardo depende de un adecuado plan de prevención y atención de desastres que respete sus derechos étnicos y el mandato de especial protección derivado del artículo 13 constitucional (componente de atención diferencial), cuyas líneas generales debe trazar el nivel central del Sistema de atención y prevención de desastres.

Además, la Sala estima que algunos de los parámetros de “adecuación de la vivienda” sentados por el Comité DESC en su OG 4 son aplicables por analo-

40 Al respecto, ver *supra*, nota al pie de página número 13.

gía a la protección del territorio colectivo. Básicamente, la Sala se valdrá de los parámetros de *seguridad, habitabilidad y adecuación cultural*, que estima compatibles con el concepto de territorio colectivo como ámbito cultural en el que la comunidad indígena desarrolla su autonomía⁴¹.

Por lo tanto, la Sala estudiará el caso concreto atendiendo, de una parte, la profunda relación que todas las facetas del asunto estudiado presentan con el derecho fundamental al territorio colectivo, de manera que su protección se erige en el eje central de la decisión; y, de otra parte, la obligación de concurrencia entre los niveles territoriales, dado que las obligaciones frente a grupos indígenas trascienden el ámbito legal, y la obligación de todas las autoridades públicas de concurrir a la prevención y manejo de desastres, por mandato del decreto 093 de 1998.

Ese enfoque obedece a una concepción de la función del juez de tutela como órgano encargado de conjurar amenazas y lesiones efectivas a los derechos fundamentales, antes que declarar responsabilidades y ordenar el pago por perjuicios materiales. Bajo esos lineamientos, el juez de tutela goza de un margen importante de acción para determinar las medidas que maximicen el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, contribuyendo de esa manera al diseño de garantías adecuadas para los derechos constitucionales cuando el diseño legislativo es insuficiente para ello, desde un estándar probatorio más flexible que el utilizado en procesos contenciosos⁴².

En síntesis, la Sala privilegiará el enfoque de prevención sobre el de atención de desastres; perseguirá la protección sobre la indemnización o restitución; mantendrá presente la calidad de sujeto de especial protección constitucional del grupo humano que interpone la acción de tutela; utilizará los parámetros de adecuación de la vivienda digna compatibles con la protección del territorio colectivo; y propugnará, al dictar las órdenes, por incorporar los parámetros multiculturales y pluralistas al caso bajo estudio (principalmente, *participación de la comunidad, adecuación cultural y maximización de la autonomía indígena*). [...]

41 Otros elementos de la vivienda adecuada resultan más difíciles de aplicar al territorio colectivo, como la *accesibilidad a determinados servicios que, aunque deseable puede ser difícil de lograr dada la ubicación de los resguardos; o la asequibilidad, prácticamente incompatible con el concepto de posesión ancestral. Algunas ameritarían el examen en casos concretos, como la seguridad jurídica de la tenencia.*

42 Ese estándar probatorio flexible encuentra concreción a nivel legislativo y constitucional, entre otros aspectos, en la informalidad de la acción de tutela, la buena fe, la presunción de veracidad y el principio pro hómīne que admiten acoger una interpretación finalista. (Cfr. DC 2591 de 1991: artículos 3º, 14, 18 y 20; sobre el principio pro hómīne, entre otras, C-148 de 2005, T-320 de 2009, T-191 de 2009).

2.3.1. *Procedencia de la tutela para la protección del territorio colectivo de la comunidad del cañón del río pepitas*: como se explicó en los fundamentos del fallo, las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales que pueden concebirse como condiciones necesarias para la supervivencia de los pueblos aborígenes, e identificarse por su relación con los principios de *diversidad, autonomía, participación y propiedad colectiva del territorio*⁴³. La protección de esos derechos –por regla general– es procedente por vía de tutela, como lo ha indicado la Corte en un amplio número de pronunciamientos, así que resulta legítimo abordar el fondo de la discusión frente a este derecho constitucional⁴⁴.

2.3.2. *Examen de subsidiariedad frente a los derechos a la vivienda digna y la integridad personal de los habitantes del resguardo*: los miembros de las comunidades indígenas, como personas colombianas, son titulares de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, así como del derecho al respeto por su identidad étnica y cultural y las prerrogativas que se deriven de esa condición en el marco de las políticas públicas basadas en el principio de igualdad promocional.

En relación con la procedencia de la tutela para la protección de esos derechos, deben seguirse (i) las reglas generales de procedibilidad de la acción de tutela, pero (ii) tomando en cuenta que las personas con identidad étnica indígena son sujetos de especial protección constitucional, de manera que el análisis de procedibilidad se torna más amplio que frente a otras personas. Además, (iii) cuando la vulneración o amenaza a los derechos de estas personas se imputa a las autoridades tradicionales indígenas (cabildos, gobernadores, etc.), o (iv) se evidencia un conflicto entre derechos fundamentales de la comunidad y derechos fundamentales individuales de sus miembros, la tutela es procedente por regla general pues la amplia autonomía jurisdiccional indígena comporta que, ordinariamente, la última instancia de decisión de esos conflictos sea la propia autoridad indígena, no existiendo medios judiciales ordinarios para discutir su constitucionalidad.

En ese orden de ideas, la Sala concluye que es procedente realizar el estudio de fondo en relación con los derechos fundamentales de carácter individual involucrados en este trámite: *vivienda digna, integridad personal y educación*. [...]

43 Este es un listado solo enunciativo que no pretende desconocer otras esferas del pluralismo jurídico y el multiculturalismo, sino solo ilustrar sobre la naturaleza de los derechos de los pueblos aborígenes.

44 Ver, por todas, T-606 de 2001, T-552 de 2003 y T-617 de 2010.

4. Alcance del amparo.[...]

Pasa la Sala a determinar las medidas materiales de protección.

4.1. Derecho a la vivienda digna

De acuerdo con los fundamentos del fallo, existe en el orden jurídico colombiano un derecho fundamental a la vivienda digna. Este derecho –como ocurre, en general, con todos los derechos constitucionales– posee una estructura compleja. Su contenido involucra diversas facetas y estas comportan obligaciones de diversa índole para el Estado. En el presente trámite, se encuentra acreditada la existencia de daños a mejoras de algunos miembros de la comunidad indígena del cañón del río pepitas. Cuando se presenta este tipo de afectación en la vivienda con ocasión de situaciones de desastre, la Corte ha considerado que los hechos se *subsumen* en un deterioro al elemento *habitabilidad* del derecho a la vivienda digna y adecuada.

En tales eventos, la Corte ha considerado, además, que la acción de tutela procede para la protección del derecho fundamental a la vivienda, ordenando a las entidades estatales (y en algunos eventos a particulares), proceder a subsanar el deterioro de las viviendas o la reubicación de los afectados, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

A partir de la información contenida en el expediente es posible inferir que la comunidad desea participar en la reparación de las viviendas, pues buena parte de sus solicitudes hacen referencia a la entrega de herramientas, y, en lo conocido (principalmente el informe del comandante del cuerpo de bomberos y la declaratoria de *zona de riesgo mitigable*), no existe actualmente un riesgo de tal entidad que amerite la evacuación de mejoras.

Con todo, la Sala es consciente de la continuidad de las lluvias en momentos previos a la adopción de esta decisión, por lo que ordenará a la Alcaldía de Dagua que, en el término de 15 días corrientes contados a partir de la notificación de esta providencia, efectúe un nuevo diagnóstico de los daños y de la posibilidad de reparación o la necesidad de evacuación de esas viviendas, si aún no lo hubiere hecho. En esa evaluación deben consignarse (i) el inventario de viviendas afectadas, (ii) la situación de los caminos, y (iii) los nombres de los indígenas cuyas mejoras han sufrido los efectos del invierno y/o del aumento de caudal del río pepitas.

En segundo lugar, las autoridades del Clopad deben reunirse con la comunidad para determinar la mejor forma de reparar las mejoras respetando el

concepto de *adecuación cultural* en un término de 30 días contados a partir de la notificación de esta providencia, y (iv) proceder a la reparación de las mejoras con el concurso de la comunidad del río pepitas en un término improrrogable de 3 meses contados a partir de la notificación de este fallo.

En caso de que algunas viviendas presenten pérdida absoluta o no puedan ser reparadas por motivos de seguridad, el municipio deberá (v) proceder a la reubicación de los afectados, solo en caso de que no exista otra alternativa para mantener su seguridad y con su consentimiento; y (vi) incluir a los afectados en los planes de vivienda de interés social desarrollados por el municipio, orden que se extiende al Departamento del Valle del Cauca. El término para el cumplimiento de lo dispuesto en estas líneas es de 30 días contados a partir de la notificación del fallo. [...]

4.4. *Derecho fundamental al territorio colectivo y derecho colectivo a la prevención y atención de desastres.*

4.4.1. Del análisis de la situación fáctica y el diagnóstico de las acciones estatales, se concluyó que las medidas concretas de atención al desastre (afectación del resguardo tutelante por la ola invernal de 2008) se ubicaron en la declaratoria y la ayuda de emergencia. En materia de prevención o mitigación del riesgo no se evidenció la existencia de medidas adoptadas por las autoridades públicas en los distintos sectores territoriales, en cuyas relaciones se percibió una profunda descoordinación. Así, la amenaza natural que afronta el resguardo del río pepitas se intensifica por la insuficiencia de las acciones de atención al desastre y la inexistencia de medidas de prevención del riesgo.

En ese marco, es importante recordar que existen dos tipos de medidas que debe adoptar el Estado para que los riesgos y amenazas naturales no se conviertan en desastres, para que la intensidad de estos sea menor, o para que sus consecuencias sean manejadas de manera eficiente y eficaz: medidas de atención al desastre, de corto plazo, basadas en un único evento, con responsabilidades específicas y centralizadas, con énfasis en la disponibilidad de recursos, equipo, maquinaria, etc., resultados inmediatos y manejo de información dinámico de fuentes primarias, no siempre armónicas. [...] Y medidas de reducción del riesgo, que se enfocan en el manejo de la vulnerabilidad, evalúan escenarios múltiples, determinan especificidades locales o regionales, involucran múltiples autoridades, intereses y actores; se proyectan –principalmente– en el mediano plazo y se nutren de información estratificada y acumulada en el tiempo. [...]

En otros términos, en el caso analizado, las acciones estatales se han centrado en la atención del desastre (siendo aún así insuficientes) y han dejado de

lado la prevención del desastre, lo que se evidencia en el hecho de que no existe un *plan de atención de desastres en Dagua, ni un plan específico para atender la situación invernal de 2008*.⁴⁵ Además, se evidencia que no existe ni un plan ni un componente de atención diferencial para comunidades indígenas en el municipio, ni para otros grupos vulnerables, situación que refleja una falencia transversal del Plan nacional de atención y prevención de desastres.

Como se explicó en los fundamentos de esta providencia, los grupos vulnerables sufren una especial afectación en situaciones de desastres y se encuentran, por lo general, separados del diseño de las políticas públicas, situación inaceptable desde los mandatos de los artículos 2º (participación) y 13 (igualdad) de la Constitución Política. Por ello, corresponde al Estado superar esa desigualdad y ese marginamiento tomando en cuenta las necesidades especiales de los grupos vulnerables en situaciones de desastres, y permitiendo su participación en el manejo de los distintos planes para la atención de tales eventos. [...]

45 Ello, a pesar de que el Plan nacional para la prevención y atención de desastres (DC. 093 de 1998) prevé, en su artículo 6º, como estrategias centrales para el manejo de situaciones de desastres (previamente citado), *el conocimiento sobre riesgos de origen natural y antrópico, la incorporación de la prevención y reducción de riesgos en la planificación, el fortalecimiento del desarrollo institucional, la socialización de la prevención y la mitigación de desastres*. Y su artículo 7º establece que en el programa para la incorporación de la prevención y reducción del riesgo deben incorporarse “[...] *criterios preventivos y de seguridad en los planes de desarrollo; se refiere al manejo y tratamiento de asentamientos humanos y de infraestructura localizados en zona; y a la articulación de la política ambiental y la de prevención de desastres*”.

EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

El derecho a una vivienda adecuada

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación general No. 4

(Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

Adoptada durante el 6º período de sesiones, 1991

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Reconocido de este modo, el derecho humano a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

2. El Comité ha podido acumular gran cantidad de información relativa a este derecho. Desde 1979, el Comité y sus predecesores han examinado 75 informes relativos al derecho a una vivienda adecuada. El Comité dedicó también un día de debate general a esa cuestión en sus períodos de sesiones tercero y cuarto (E/1989/22, párr. 312 y E/1990/23, párrs. 281 a 285). Además, el Comité tomó buena nota de la información obtenida en el Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar (1987) y de la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 42/191 de 11 de diciembre de 1987¹. El Comité también ha examinado informes pertinentes y otra documentación de la Comisión de

1 Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento Nº 8, adición (A/43/8/Add.1).

Derechos Humanos y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías².

3. Aun cuando existe una amplia variedad de instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada³ el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto es la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones pertinentes.

4. A pesar de que la comunidad internacional ha reafirmado con frecuencia la importancia del pleno respeto del derecho a una vivienda adecuada, sigue existiendo un abismo preocupante entre las normas fijadas en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y la situación reinante en muchas regiones del mundo. Aunque esos problemas suelen ser especialmente graves en algunos países en desarrollo que enfrentan limitaciones graves de recursos y de otra índole, el Comité observa que existen también considerables problemas de falta de vivienda y de viviendas inadecuadas en algunas de las sociedades más desarrolladas económicamente. Las Naciones Unidas calculan que hay más de 100 millones de personas sin hogar y más de 1.000 millones alojadas en viviendas inadecuadas en todo el mundo¹. No existe indicación de que estén disminuyendo esas cifras. Parece evidente que ningún Estado Parte está libre de problemas importantes de una clase u otra en relación con el derecho a la vivienda.

5. En algunos casos, los informes de los Estados Partes examinados por el Comité reconocen y describen las dificultades para asegurar el derecho a una vivienda adecuada. Pero, en su mayoría, la información proporcionada ha sido insuficiente para que el Comité pueda obtener un cuadro adecuado de la situación que prevalece en el Estado interesado. Esta observación general se orienta, pues, a determinar algunas de las principales cuestiones que el Comité considera importantes en relación con este derecho.

2 Resoluciones 1986/36 y 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos; informes del Sr. Danilo Türk, Relator Especial de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1990/19, párrs. 108 a 120; E/CN.4/Sub.2/1991/17, párrs. 137 a 139); véase también la resolución 1991/26 de la Subcomisión..

1 Véase la nota 18.

3 Véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el apartado iii) del párrafo e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 10 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, el párrafo 8 de la sección III de la Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, 1976 (Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.76.IV.7, y corrección), cap. I), el párrafo 1 del artículo 8 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y la recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores, 1961.

6. El derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos. Aun cuando la referencia “para sí y su familia” supone actitudes preconcebidas en cuanto al papel de los sexos y a las estructuras y actividad económica que eran de aceptación común cuando se adoptó el Pacto en 1966, esa frase no se puede considerar hoy en el sentido de que impone una limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de ese derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos. Así, el concepto de “familia” debe entenderse en un sentido lato. Además, tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la afiliación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En particular, el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, según el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, a ninguna forma de discriminación.

7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a la persona humana”, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de “vivienda adecuada”... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”

8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecoló-

gicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

- a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.
- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.
- d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío,

la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda² preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

- e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

2 Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1990.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.

9. Como se señaló anteriormente, el derecho a una vivienda adecuada no puede considerarse aisladamente de los demás derechos que figuran en los dos Pactos Internacionales y otros instrumentos internacionales aplicables. Ya se ha hecho referencia a este respecto al concepto de la dignidad humana y al principio de no discriminación. Además, el pleno disfrute de otros derechos tales como el derecho a la libertad de expresión y de asociación (como para los inquilinos y otros grupos basados en la comunidad), de elegir la residencia, y de participar en la adopción de decisiones, son indispensables si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. De manera semejante, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada.

10. Independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente. Como lo ha reconocido la Estrategia Mundial de Vivienda y otros análisis internacionales, muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la abstención del gobierno de ciertas prácticas y un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En la medida en que tales medidas se considera que van más allá del máximo de recursos disponibles para el Estado Parte, es adecuado que lo antes posible se haga una solicitud de cooperación internacional de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y los artículos 22 y 23 del Pacto, y que se informe al Comité de ello.

11. Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás. El Comité tiene conciencia de que factores externos pueden afectar al derecho a una continua mejora de las condiciones de vida y que en muchos Estados Partes las condiciones generales de vida se han deteriorado durante el decenio de 1980. Sin embargo, como lo señala el Comité en su observación general 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), a pesar de los problemas causados externamente, las obligaciones dimanantes del Pacto continúan aplicándose y son quizás

más pertinentes durante tiempos de contracción económica. Por consiguiente, parece al Comité que un deterioro general en las condiciones de vida y vivienda, que sería directamente atribuible a las decisiones de política general y a las medidas legislativas de los Estados Partes, y a falta de medidas compensatorias concomitantes, contradiría las obligaciones dimanantes del Pacto.

12. Si bien los medios más apropiados para lograr la plena realización del derecho a la vivienda adecuada variarán inevitablemente de un Estado Parte a otro, el Pacto claramente requiere que cada Estado Parte tome todas las medidas que sean necesarias con ese fin. Esto requerirá casi invariablemente la adopción de una estrategia nacional de vivienda que, como lo afirma la Estrategia Mundial de Vivienda en su párrafo 32, “define los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, determina los recursos disponibles para lograr dichos objetivos y busca la forma más efectiva de utilizar dichos recursos, en función del costo, además de lo cual establece las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas necesarias”. Por razones de pertinencia y eficacia, así como para asegurar el respeto de los demás derechos humanos, tal estrategia deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente y sus representantes. Además, deben adoptarse medidas para asegurar la coordinación entre los ministerios y las autoridades regionales y locales con objeto de conciliar las políticas conexas (economía, agricultura, medio ambiente, energía, etc.) con las obligaciones dimanantes del artículo 11 del Pacto.

13. La vigilancia eficaz de la situación con respecto a la vivienda es otra obligación de efecto inmediato. Para que un Estado Parte satisfaga sus obligaciones en virtud del párrafo 1 del artículo 11, debe demostrar, entre otras cosas, que ha tomado todas las medidas que son necesarias, sea solo o sobre la base de la cooperación internacional, para evaluar la importancia de la falta de hogares y la vivienda inadecuada dentro de su jurisdicción. A este respecto, las Directrices generales revisadas en materia de presentación de informes adoptadas por el Comité (E/C.12/1991/1) destacan la necesidad de “proporcionar información detallada sobre aquellos grupos de [la] sociedad que se encuentran en una situación vulnerable y desventajosa en materia de vivienda”. Incluyen, en particular, las personas sin hogar y sus familias, las alojadas inadecuadamente y las que no tienen acceso a instalaciones básicas, las que viven en asentamientos “ilegales”, las que están sujetas a desahucios forzados y los grupos de bajos ingresos

14. Las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas.

Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficit de la vivienda con la vivienda construida públicamente. La promoción por los Estados Partes de “estrategias capaces”, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.

15. Muchas de las medidas que se requerirán implicarán asignaciones de recursos e iniciativas de política de especie general. Sin embargo, el papel de las medidas legislativas y administrativas oficiales no se debe subestimar en este contexto. La Estrategia Mundial de Vivienda, en sus párrafos 66 y 67, ha destacado el tipo de medidas que pueden tomarse a este respecto y su importancia.

16. En algunos Estados, el derecho a la vivienda adecuada está consagrado en la constitución nacional. En tales casos, el Comité está interesado particularmente en conocer los aspectos jurídicos y los efectos concretos de tal enfoque. Desea, pues, ser informado en detalle de los casos específicos y otras circunstancias en que se ha revelado útil la aplicación de esas disposiciones constitucionales.

17. El Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada como que son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a: a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.

18. A este respecto, el Comité considera que las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo

podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional.

19. Finalmente, el párrafo 1 del artículo 11 concluye con la obligación de los Estados Partes a reconocer “la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. Tradicionalmente, menos del 5% de toda la asistencia internacional se ha dirigido hacia la vivienda o los asentamientos humanos y con frecuencia la manera en que se dispone esa financiación se dirige poco a las necesidades de vivienda de los grupos desventajados. Los Estados Partes, tanto receptores como suministradores, deberían asegurar que una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada. Las instituciones financieras internacionales que promueven medidas de ajuste estructural deberían asegurar que tales medidas no comprometen el disfrute del derecho a la vivienda adecuada. Cuando consideran la cooperación financiera internacional, los Estados Partes deberían buscar indicar las esferas relativas al derecho a la vivienda adecuada en las que la financiación externa tendría el mayor efecto. Tales solicitudes deberían tener plenamente en cuenta las necesidades y opiniones de los grupos afectados.

La naturaleza jurídica del derecho a una vivienda adecuada

Comisión de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado

Enero 25 de 2001

I. Naturaleza jurídica del derecho a una vivienda adecuada

12. Desde que se proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, el derecho a una vivienda adecuada ha sido reconocido explícitamente en una gran variedad de instrumentos internacionales. El párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración dice así: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. En el presente examen se estudian las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos, otras declaraciones y orientaciones, así como los hechos ocurridos dentro y fuera del marco de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas que han contribuido a aclarar la condición jurídica del derecho a una vivienda adecuada.

A. Fuentes jurídicas

13. Sobre la base de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho a una vivienda adecuada se profundizó y reafirmó aún más en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966. El párrafo 1 del artículo 11 del Pacto dispone lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

14. El derecho a una vivienda adecuada también se reconoce en otros instrumentos internacionales centrados en la necesidad de proteger los derechos

de determinados grupos. El apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) dice así: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: ... h) gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

15. En el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se establece lo siguiente: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”. El párrafo 3 del artículo 27 dice así: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

16. El artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) dispone: “En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros”.

17. El inciso iii) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965) obliga a los Estados “a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: ... e) ... iii) El derecho a la vivienda;”.

18. El párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone lo siguiente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

19. El párrafo 1 del artículo 43 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990, que aún no ha entrado en vigor) dice así: “Los trabajadores mi-

gratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: ... d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;”.

20. Si bien no son legalmente vinculantes, muchas declaraciones y recomendaciones internacionales contienen diversas referencias y disposiciones relativas a los derechos a la vivienda y a la tierra, así como a las condiciones de vida. Las siguientes son particularmente importantes: la Declaración de los Derechos del Niño (1959, principio 4), la Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la vivienda de los trabajadores (1961, sec. II, párr. 2; sec. III, párr. 8.2 b); sec. VI, párr. 19; y Sugerencias acerca de los métodos de aplicación, sec. I, párr. 5); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969, parte II, art. 10); la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975, art. 9); la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976, sec. III.8 y cap. II.A3); la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales (1978, art. 9.2); la Recomendación N° 162 de la OIT, sobre los trabajadores de edad (1980, sec. II, párr. 5 g); y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986, art. 8.1).

21. Las cuestiones relacionadas con el derecho a una vivienda adecuada también se destacan en declaraciones y programas de acción aprobados por varias conferencias y cumbres mundiales de las Naciones Unidas celebradas en el decenio pasado, como el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Declaración de Copenhague y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (1995), la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), y el Programa de Hábitat aprobado por la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (1996).

22. Las disposiciones relativas al derecho a una vivienda adecuada de esas y otras declaraciones y recomendaciones pueden consultarse en los folletos informativos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) N° 21 (“El derecho humano a una vivienda adecuada”) y N° 25 (“Los desalojos forzosos y los derechos humanos”), así como en otros enlaces de la página sobre vivienda del sitio de la OACDH en Internet (<http://www.unhchr.ch/html/menu2/i2ecohou.htm>).

B. Interpretación del concepto jurídico del derecho a una vivienda adecuada

23. A raíz de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los dos últimos decenios se han hecho importantes esfuerzos, tanto dentro como fuera del marco de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, para aclarar y ampliar aún más el concepto jurídico del derecho a una vivienda adecuada enunciado en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto. A continuación se presenta un panorama de las contribuciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros órganos creados en virtud de tratados, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Comisión de Asentamientos Humanos y el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), así como de la sociedad civil.

1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

24. En su cuarto período de sesiones, celebrado en 1990², el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dedicó un día de debate general a la cuestión del derecho a una vivienda adecuada, y en diciembre de 1991, en su sexto período de sesiones, adoptó la Observación general N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada³. La observación general refleja tanto la concepción global del derecho a una vivienda adecuada como el valor que tiene desde el punto de vista de la adecuación. El Comité aconseja a los Estados Partes que no interpreten el derecho a la vivienda en un sentido estricto o restrictivo, como el “mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o... como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte” (párr. 7).

25. Basándose en esa interpretación amplia, en la observación general se enuncian siete aspectos del derecho a la vivienda que determinan la “adecuación”: a) la seguridad jurídica de la tenencia, con inclusión de la protección legal contra el desalojo forzoso; b) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) los gastos soportables; d) la habitabilidad; e) la asequibilidad para los grupos en situación de desventaja; f) el lugar; y g) la adecuación cultural (párr. 8).

2 Véase el documento E/1990/23-E/C.12/1990/3, cap. VI, sec. B.

3 E/1992/23-E/C.12/1991/4, anexo III; las observaciones generales también pueden consultarse en el sitio de la OACDH en Internet.

26. Además, en su 16^o período de sesiones, celebrado en 1997, el Comité aprobó la Observación general N^o 7 sobre los desalojos forzosos⁴, en la que se define la expresión como “el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos” (párr. 4). En la Observación general N^o 7 se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes tienen la obligación de utilizar “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, para proteger los derechos que reconoce el Pacto” y que “una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz” (párr. 10).

27. En otras observaciones generales aprobadas por el Comité también pueden encontrarse referencias a otras cuestiones relacionadas con el derecho a una vivienda adecuada. La Observación general N^o 5 (11^o período de sesiones, 1994) sobre las personas con discapacidad⁵ se refiere a los efectos de la discriminación en la vivienda fundada en la discapacidad (párrs. 15 y 22). Citando la norma 4 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (1996), en esa observación general se afirma que, además de la necesidad de conseguir que las personas con discapacidad tengan acceso a una alimentación adecuada, una vivienda accesible y otras necesidades materiales básicas, es indispensable también lograr que haya “servicios de apoyo... incluidos los recursos auxiliares”, para su utilización por las personas con discapacidad, “a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en su vida cotidiana y a ejercer sus derechos” (párr. 33). En la Observación general N^o 6 (13^o período de sesiones, 1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad⁶, se recuerda que en el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento se pone de relieve, entre otras cosas, “... que la vivienda destinada a los ancianos es algo más que un mero albergue y que, además del significado material, tiene un significado psicológico y social que debe tomarse en consideración” (párr. 33).

28. El contenido y la naturaleza de las directrices y observaciones generales aprobadas refleja la tendencia a una interpretación más amplia y más global del derecho a una vivienda adecuada, lo que es bien evidente en la

4 E/1998/22-E/C.12/1997/10, anexo IV.

5 E/1995/22-E/C.12/1994/20, anexo IV.

6 E/1996/22-E/C.12/1995/18, anexo IV.

observación general más reciente aprobada por el Comité, la N° 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁷ (22° período de sesiones, 2000), en la que se pone de relieve la vinculación entre éste y otros derechos: “El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente...” (párr. 11). Detallando las obligaciones fundamentales de los Estados en la esfera del derecho a la salud, el Comité establecía que esas obligaciones implicaban garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable (párr. 43).

29. El Relator Especial llevó a cabo un estudio preliminar de las observaciones finales aprobadas por el Comité desde su 10° período de sesiones, celebrado en 1993, y descubrió que en las observaciones finales sobre más de 50 países y territorios se hacían referencias concretas a cuestiones jurídicas o de otra índole relacionadas con el derecho a una vivienda adecuada. El Relator admira el rigor con que el Comité ha venido abordando este derecho humano fundamental. En particular, el Comité ha seguido profundizando la cuestión de la indivisibilidad de todos los derechos humanos y la relación entre el derecho a una vivienda adecuada y otros derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el párrafo 7 de la Observación general N° 4. En muchos casos la cuestión del derecho a una vivienda adecuada se ha examinado junto con otros derechos, como la salud, la educación, el agua y la alimentación, así como en el marco de las disposiciones del Pacto destinadas a combatir la discriminación. En un futuro informe el Relator Especial examinará más detenidamente esas conclusiones.

30. El Comité ha aconsejado a los Estados Partes que adopten disposiciones institucionales en la administración pública para que las obligaciones que han contraído en virtud del Pacto se tengan en cuenta en una etapa temprana también en la formulación de las políticas nacionales sobre cuestiones tales como la vivienda, la salud y la educación. El Comité ha señalado que la falta de información detallada sobre la vivienda y el desalojo forzoso ha impedido que los Estados Partes examinen cabalmente los informes y que, de ser necesario, los Estados Partes deberían pedir asistencia e incluso coo-

7 E/C.12/2000/4.

peración internacional. El Comité ha tomado cada vez más conciencia de la cooperación internacional en la economía y el desarrollo que ha tenido lugar al margen de las normas de derechos humanos, y ha tomado nota de las violaciones de los derechos relacionados con la vivienda, como los desalojos forzosos, provocados por las medidas gubernamentales resultantes de la desregulación y privatización, así como de los programas de ajuste estructural.

31. A juicio del Relator Especial, el Comité tiene una importante función que cumplir en lo que respecta a precisar aún más el derecho a una vivienda adecuada y establecer normas. Al respecto, opina que la aprobación de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, además de potenciar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en general, aumentaría la efectividad del derecho a una vivienda adecuada. El examen de casos individuales de violación de los derechos relacionados con la vivienda contribuiría a aportar claridad y precisión al examen de los derechos relacionados con la vivienda, mejorando así la comprensión de las cuestiones en juego. Además, los procedimientos de denuncia colectiva permitirían al Comité abordar las violaciones en gran escala de los derechos que tienen en materia de vivienda las comunidades vulnerables y marginadas, como las poblaciones indígenas y tribales. Los procedimientos de denuncia y subsiguiente investigación también elucidarían las obligaciones en conflicto que imponen a los Estados los tratados internacionales de derechos humanos y los acuerdos económicos internacionales, que, entre otras cosas, provocan la regresión de los derechos humanos.

2. Labor de otros órganos creados en virtud de tratados

32. El Relator Especial también reconoce la importante labor llevada a cabo por otros órganos creados en virtud de tratados, como el Comité de los Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. A los fines del presente informe, también llevó a cabo una actividad similar al examinar las observaciones finales aprobadas por esos órganos desde 1992 y otros acontecimientos recientes. Por razones de espacio, sólo puede presentarse aquí un breve resumen de las conclusiones, pero el próximo informe contendrá un análisis más detallado.

33. El Comité de los Derechos del Niño, desde su segundo período de sesiones, celebrado en 1992, ha afirmado constantemente la vinculación entre los derechos del niño y otros derechos, especialmente en las situaciones extremas de pobreza, conflictos, desastres y desigualdad social. Al examinar los

informes de los Estados Partes, el Comité ha venido prestando especial atención a la protección de los niños pertenecientes a grupos vulnerables, como los niños desplazados y refugiados, los niños discapacitados y sin hogar, o los niños que son objeto de malos tratos o de actos de violencia en el hogar. En los últimos años ha preocupado particularmente al Comité la situación de los niños que viven y trabajan en la calle y de los niños que viven por sus propios medios y carecen de una vivienda adecuada, así como la particular vulnerabilidad de las niñas que se encuentran en esas situaciones.

34. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha centrado su atención en la igualdad de derechos de la mujer a acceder a la tierra, ser propietaria de ella y heredarla, ya que se trata de un importante factor que afecta la situación de las mujeres de las zonas rurales. Se ha expresado preocupación por los efectos negativos de la globalización y las políticas macroeconómicas en la economía rural, en general, y por la distribución de la tierra en función de los mecanismos del mercado, en particular. Aun en los países en que la ley prevé la igualdad entre el hombre y la mujer en lo que respecta a la tierra, el Comité advierte que los prejuicios y el derecho consuetudinario suelen entorpecer la aplicación de la legislación.

35. También ha preocupado al Comité la igualdad de trato de la mujer en los diversos planes oficiales de subsidios de vivienda, préstamos estatales para vivienda y acceso al crédito, así como la asignación en condiciones de igualdad de viviendas para trabajadores a las mujeres. El Comité alienta a los Estados Partes a que presten plena atención a las necesidades de las mujeres de las zonas rurales y garanticen su participación activa en el diseño, aplicación y supervisión de los programas y políticas destinados a beneficiarlas, especialmente cuando se trate de mujeres que encabezan el hogar y sus familiares, incluso en esferas tales como el acceso a los servicios sociales y de salud, proyectos generadores de ingresos y vivienda.

36. Al Relator Especial le satisfizo especialmente la entrada en vigor, el 22 de diciembre de 2000, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, gracias a la ratificación de ese instrumento por el primer grupo de diez Estados Partes. Puede considerarse que el Protocolo Facultativo constituye un reconocimiento evidente de los problemas especiales a que tienen que hacer frente las mujeres al tratar de obtener reparación por la violación de sus derechos humanos. El Protocolo prevé la aplicación por el Comité de procedimientos individuales o colectivos de denuncia e investigación. Con respecto a los derechos relacionados con la vivienda, el Protocolo Facultativo proporcionará un mecanismo adicional de vigilancia y brindará la posibilidad de investigar las violaciones sistemáticas de esos derechos de la mujer.

37. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial aprobó su recomendación general XIX en su 47º período de sesiones, celebrado en 1995⁸. En esa recomendación el Comité señalaba que en muchas ciudades la estructura de las zonas residenciales se veía influida por las diferencias de ingresos de los grupos que, en ocasiones, se combinaban con diferencias de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, de modo que los habitantes podían ser estigmatizados y las personas sufrir una forma de discriminación en la que se mezclarían los motivos raciales con otro tipo de motivos. En su declaración ante la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), celebrada en 1996⁹, el Comité también puso de relieve la cuestión de la segregación residencial y sus consecuencias económicas, sociales y psicológicas de gran alcance.

38. En el clima cada vez más tenso de división racial y étnica que existe en el mundo, el Relator Especial señala, además de la disposición sobre el derecho a la vivienda del inciso iii) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la obligación de los Estados que figura en el artículo 3 de condenar “especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”. A este respecto, la próxima Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, que se celebrará en Sudáfrica en septiembre de 2001, brinda una oportunidad única para adoptar medidas concretas contra la discriminación racial en la vivienda y los derechos sobre la tierra. El Relator Especial opina que la Conferencia Mundial debería instar a los Estados a seguir más de cerca la situación de los grupos raciales y étnicos marginados, realizando periódicamente muestreos y recogiendo periódicamente datos estadísticos desglosados por grupo racial o étnico, especialmente en lo que respecta a los indicadores económicos y sociales fundamentales, incluida la vivienda. Además, la Conferencia Mundial debería exhortar a los Estados a aprobar instrumentos legales que prohíban la discriminación racial en todas las esferas de los sectores público y privado, incluidas la vivienda y las políticas relativas a la tierra, así como en la prestación de los servicios conexos, o a perfeccionar los instrumentos existentes.

39. El Relator Especial también es consciente de la labor realizada por el Comité de Derechos Humanos, que es importante para comprender la indi-

8 A/50/18, anexo VII.

9 A/51/18, anexo IV.

visibilidad del derecho a la vivienda y los derechos civiles y políticos¹⁰. En el próximo informe el Relator Especial examinará de manera más detallada la labor del Comité de Derechos Humanos.

3. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

40. Paralelamente a la labor de los órganos creados en virtud de tratados, la cuestión del derecho a la vivienda ha recibido especial atención en la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, anteriormente llamada Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. El Relator Especial desea rendir tributo a su predecesor, el magistrado Rajindar Sachar, por su importante labor. En 1991 se confió al Sr. Sachar, en virtud de la resolución 1991/26 de la Subcomisión, la tarea de preparar un documento de trabajo sobre el derecho a una vivienda adecuada, para determinar la mejor forma de promover el reconocimiento y la puesta en práctica de ese derecho. El documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/1992/15) se centraba principalmente en las cuestiones jurídicas relacionadas con ese derecho y en las principales causas de la crisis mundial de la vivienda. En 1993 la Subcomisión designó al Sr. Sachar Relator Especial sobre el fomento de la realización del derecho a una vivienda adecuada. En su primer informe sobre la marcha de los trabajos (E/CN.4/Sub.2/1992/15) el Sr. Sachar presentó un análisis jurídico detallado de las obligaciones legales de los Estados de respetar, proteger y satisfacer los derechos relacionados con la vivienda. El documento también contribuyó a aclarar los conceptos erróneos sobre esos derechos y a mejorar la comprensión de la forma en que pueden hacerse efectivos, así como las medidas que los gobiernos están obligados a adoptar con ese objeto.

41. En su segundo informe sobre la marcha de los trabajos (E/CN.4/Sub.2/1994/20) el Relator Especial examinó los obstáculos que seguían entorpeciendo la plena efectividad del derecho a la vivienda, como la idea errónea de la falta de recursos públicos como impedimento para el pleno ejercicio de los derechos relacionados con la vivienda. En el informe también se incluía un proyecto de convención internacional sobre esos derechos, cuya finalidad era recoger en un documento único los derechos y obligaciones dimanantes del derecho a una vivienda adecuada.

10 Véanse, por ejemplo, las observaciones finales del Comité sobre el cuarto informe periódico del Canadá, aprobadas en su 65º período de sesiones, celebrado en 1999 (CCPR/C/79/Add.105), en las que el Comité consideró las graves consecuencias de la falta de vivienda sobre el derecho a la vida.

42. Su informe final (E/CN.4/Sub.2/1995/12) contenía un marco para determinar los principios e indicadores del derecho a la vivienda, y concluía con recomendaciones detalladas sobre el pleno ejercicio de ese derecho, destinadas a los Estados Miembros, a las Naciones Unidas y a otros organismos internacionales. También reconocía plenamente la función catalizadora de las organizaciones de la sociedad civil en la promoción de ese derecho humano.

43. En su informe final el Sr. Sachar hacía especial hincapié en la necesidad de que los grupos de derechos humanos adoptaran un enfoque integral de esos derechos. Además, el Sr. Sachar contribuyó a determinar una serie de elementos del derecho a la vivienda que “hay que considerar intrínsecamente justiciables”, como la protección contra desalojos y/o demoliciones forzosos arbitrarios, infundados, punitivos o ilegales; la no discriminación e igualdad de acceso en materia de vivienda; la asequibilidad y accesibilidad de la vivienda; y un acceso equitativo al crédito, las subvenciones y la financiación en condiciones razonables para los grupos desfavorecidos. El Sr. Sachar también observó que, a pesar de los importantes progresos realizados en la definición de los derechos relacionados con la vivienda, su ejercicio y aplicación judicial seguían siendo insuficientes, lo que constituye una de las preocupaciones actuales más importantes del Relator Especial.

44. El juez Sachar señaló asimismo que era necesario hacer más esfuerzos para comprender la naturaleza exacta de la relación existente entre el derecho a la vivienda y el derecho a un medio ambiente saludable; el derecho a la salud; el derecho a la tierra y a la alimentación; y los derechos de la mujer y del niño. El Relator Especial coincide con el juez Sachar en que se trata de derechos coherentes y tiene la intención de estudiar más detalladamente la relación que los vincula.

45. Durante el mandato del Sr. Sachar y posteriormente, la Subcomisión aprobó una serie de resoluciones en que afirma ese derecho, así como su importancia para los derechos de los niños (resolución 1994/8), las mujeres (resoluciones 1997/19 y 1998/15) y los refugiados y los desplazados internos (1998/26) en materia de vivienda.

4. Comisión de Asentamientos Humanos y Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH) (Hábitat)

46. El Relator Especial reconoce las contribuciones hechas por el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (CNUAH) (Hábitat) y la Comisión de Asentamientos Humanos al desarrollo del contenido del derecho a la vivienda y de las estrategias para ponerlo en práctica. El derecho

a una vivienda adecuada también fue objeto de la atención internacional, especialmente en la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en la resolución 43/181, de 1988. Tanto el CNUAH como la Estrategia Mundial afirman lo siguiente: “Una vivienda adecuada significa... disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos. Todo ello a un costo razonable”¹¹.

47. En 1993 la Comisión de Asentamientos Humanos aprobó la resolución 14/6, relativa al derecho humano a una vivienda adecuada¹², en la que se ponen en marcha diversos procesos para hacer efectiva la protección y promoción de ese derecho. Posteriormente, el CNUAH preparó un documento de referencia en que proponía las medidas iniciales de la estrategia en la esfera del derecho a la vivienda¹³. Sobre la base de ese documento, en enero de 1996 se celebró en Ginebra una reunión del Grupo de Expertos sobre el derecho humano a una vivienda adecuada, organizada conjuntamente por el CNUAH y el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En esa reunión se examinaron los instrumentos jurídicos y mecanismos de vigilancia existentes, y se reconoció la necesidad de preparar un instrumento legal internacional para promover y proteger los derechos relacionados con la vivienda¹⁴.

48. La convocación de la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en Estambul, en junio de 1996, fue sumamente importante. En el Programa y Plan de Acción de Hábitat se volvió a confirmar la naturaleza jurídica del derecho humano a una vivienda adecuada y se propusieron medidas para prevenir la falta de vivienda; impedir la discriminación en materia de vivienda; promover la seguridad de la tenencia; prevenir los desalojos ilegales y promover el acceso a la información, la tierra, los servicios y la financiación de una vivienda asequible. La Conferencia también reconoció el papel decisivo de las organizaciones no gubernamentales y de las organizaciones comunitarias en el proceso de puesta en práctica del derecho a una vivienda adecuada.

11 A/43/8/Add.1, párr. 5.

12 A/48/8, anexo I, sec. A.

13 Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), "Towards a Housing Rights Strategy: Practical Contributions by UNCHS (Habitat) on Promoting, Ensuring and Protecting the Full Realization of the Human Right to Adequate Housing" (HS/C/15/INF.7).

14 Véase el documento HS/C/16/2/Add.2, anexo II.

49. En 1997, en su resolución 16/7, relativa a la realización del derecho humano a una vivienda adecuada¹⁵, la Comisión recomendó que se preparara un programa conjunto entre el CNUAH y el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En consecuencia, ambas organizaciones organizaron conjuntamente en Ginebra una reunión del Grupo de Expertos sobre los aspectos prácticos del ejercicio del derecho a una vivienda adecuada. En esa reunión se elaboró un proyecto de directrices para la adopción de medidas por las partes pertinentes en los ámbitos local, nacional e internacional, incluida una propuesta de programa conjunto de las Naciones Unidas sobre los derechos relacionados con la vivienda encabezado por el CNUAH y la OACDH. En julio de 2000 el CNUAH inició la Campaña Mundial sobre Seguridad de la Tenencia.

50. Si bien todas esas medidas son importantes, el Relator Especial opina que los progresos realizados en la elaboración y aplicación de una estrategia de todo el sistema de las Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada, incluido el programa de las Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda, han sido lentos. La responsabilidad especial de poner en práctica los derechos relacionados con la vivienda incumbe a la OACDH y al CNUAH. Además, esos derechos deben institucionalizarse en todas las dependencias competentes de la OACDH y el CNUAH, incluso contratando personal especializado en el tema. El Relator Especial considera que la preparación de un programa de las Naciones Unidas sobre los derechos relacionados con la vivienda es fundamental para su mandato y prestará su asistencia en esa tarea.

51. El Relator Especial también señala que en los últimos años el CNUAH ha tratado de adoptar una nueva visión estratégica, en la que se autodenomina “Organismo de las ciudades”. Aunque la tendencia de la población mundial a vivir en las ciudades tal vez haya justificado ese enfoque, la realidad del mundo actual es que los países del Oriente Medio, varios países del África subsahariana y Asia siguen siendo fundamentalmente rurales (del 70 al 80% de la población vive en las zonas rurales). Preocupa al Relator Especial el hecho de que actualmente no haya en las Naciones Unidas ningún organismo que se ocupe de la terrible situación en materia de vivienda y de las deplorables condiciones de vida en zonas del mundo que son predominantemente rurales. Durante su mandato, espera poner de relieve la situación de la vivienda en las zonas rurales y formular las consiguientes recomendaciones normativas.

52. Además de ocuparse de las mencionadas deficiencias del CNUAH, la Asamblea General, en su período extraordinario de sesiones destinado a rea-

15 A/52/8, anexo I, sec. A.

lizar un examen y una evaluación generales de la aplicación del Programa de Hábitat (“Estambul + 5”), debe ocuparse de la reafirmación del derecho a una vivienda adecuada en el Programa de Hábitat, lo que podría hacerse iniciando un proceso de aprobación de instrumentos, tales como normas o directrices uniformes, sobre los diversos aspectos del ejercicio del derecho a la vivienda. Esto es fundamental para que los Estados continúen celebrando consultas destinadas a lograr el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda. El Relator Especial participará en el proceso preparatorio del período extraordinario de sesiones para garantizar que se examinen estas cuestiones.

5. Contribución de la sociedad civil

53. El Relator Especial reconoce el importante papel que desempeña la sociedad civil en la búsqueda de una mayor claridad en la definición del derecho a la vivienda y su aplicación práctica. Entre las actividades de las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones comunitarias figuran, en términos generales, la elaboración de métodos e instrumentos para supervisar el disfrute del derecho a la vivienda y los obstáculos a su ejercicio, así como una mayor especialización en el ámbito de los diversos derechos económicos, sociales y culturales. La profesionalización cada vez mayor de la labor de los observadores de los derechos relacionados con la vivienda y las organizaciones de derechos humanos en general es fundamental para resolver los problemas que plantea el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en su relación orgánica con otros derechos humanos. La sociedad civil está respondiendo al llamamiento formulado en el Pacto en favor de “la realización progresiva” con ideas prácticas sobre las medidas que pueden adoptar los gobiernos, incluso para facilitar las iniciativas de la población. Por consiguiente, la cooperación de las organizaciones no gubernamentales con los órganos de supervisión de tratados en su calidad de laboratorios de solución de problemas, un ejemplo de lo cual es la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, continúa determinando el derecho a la vivienda y dándole sentido práctico.

54. El Relator Especial conoce las actividades que realiza la sociedad civil sobre el terreno, como la capacitación y la elaboración de metodologías para poner en práctica el derecho a una vivienda adecuada y vigilar su ejercicio. Un ejemplo de esas actividades es el de un equipo técnico del Comité Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre los Derechos Humanos en el Comercio y la Inversión, de Hábitat, que ha reunido su experiencia en materia de vivienda y derechos sobre la tierra en diversas regiones para elaborar un barómetro de los derechos relacionados con la vivienda. Como

resultado de esa actividad se está preparando un “juego de herramientas” compuesto de ejercicios y métodos relacionados con las medidas lógicas y progresivas destinadas a lograr el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda. La aplicación de ese barómetro ha contribuido a diversos objetivos, en particular: a) vigilancia, documentación y registro; b) cuantificación y evaluación de los efectos; c) detección y solución de los problemas; d) información y campañas públicas; e) movilización social; f) labor de los medios de información; g) asistencia jurídica; h) demandas de indemnización; e i) cooperación con los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados.

55. El Relator Especial desea señalar a la atención de la Comisión otros valiosos recursos en materia de derechos económicos, sociales y culturales resultantes de los esfuerzos que ha hecho la sociedad civil para fundamentar los derechos relacionados con la vivienda y detallar los problemas que plantea su puesta en práctica¹⁶.

16 Véase, en particular, Stephen Hansen, *Thesaurus of Economic, Social and Cultural Rights: Terminology and Potential Violations*, American Association for the Advancement of Science, Washington D.C., 2000; Allan McChesney, *Promoting and Defending Economic, Social and Cultural Rights: A Handbook*, American Association for the Advancement of Science, Washington D.C., 2000; Circle of Rights: *Economic, Social and Cultural Rights Activism: A Training Resource*, Programa Internacional de Pasantías en Derechos Humanos y Foro Asiático para el Desarrollo de los Derechos Humanos, 2000; y *Monitoring Economic, Social and Cultural Rights: The Philippine Experience Phase One*, Centro de Información en materia de Derechos Humanos de Filipinas, Manila, 1997.

Los derechos de la mujer, dimensión de género y el derecho a una vivienda adecuada

Comisión de Derechos Humanos

Estudio realizado por el Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho a la no discriminación,

Marzo 26 de 2003

[...] I. Reconocimiento mundial del derecho de la mujer a una vivienda adecuada

10. Tras el reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros instrumentos internacionales, el Relator Especial ha adoptado una definición de trabajo de ese derecho como “el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad” (E/CN.4/2001/51, párr. 8).

11. El derecho de la mujer a una vivienda adecuada, como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos, ha sido reconocido, implícita o explícitamente, en toda una variedad de instrumentos de derechos humanos de ámbito internacional y regional. El reconocimiento más explícito de ese derecho figura en el inciso h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el que se hace referencia al derecho de las mujeres de las zonas rurales a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

12. En otras disposiciones de la Convención se aclara que el derecho a una vivienda adecuada está inextricablemente unido a los derechos a la tierra y a la propiedad y al acceso a la financiación. En el artículo 13 de la Convención se requiere a los Estados Partes que adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en esferas de la vida económica y social y que aseguren la igualdad de derechos de la mujer a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero. En el artículo 15 se consagra también la igualdad de derechos de la mujer en lo que se refiere a la firma de contratos y la administración de bienes, así como a un trato igual en los procedimientos judiciales. En el inciso c) del párrafo 1 del artículo 16 se estipula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas

adecuadas para asegurar a la mujer los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución. Además, en el inciso h) del párrafo 1 del artículo 16 se confirman los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

13. Además, las disposiciones sobre la igualdad y la no discriminación contenidas en varios otros instrumentos internacionales suponen una forma de reconocimiento implícito de que la mujer debe disfrutar, en pie de igualdad con el hombre, entre otros, los derechos a: la vivienda; la propiedad; la protección frente a la injerencia ilícita en la vida privada, la familia y el hogar; la seguridad de la persona; la igualdad antes y durante el matrimonio y después de su disolución; e igual protección ante la ley. Las disposiciones pertinentes se encuentran en: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2, 16, 17 y 25); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (incisos v) y vi) del párrafo d) e inciso iii) del párrafo e) del artículo 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (párrafo 1 del artículo 2, artículos 3, 9, 16 y 17, párrafo 4 del artículo 23 y artículo 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 2 del artículo 2, artículo 3 y párrafo 1 del artículo 11); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 1, párrafo f) del artículo 2, artículo 3 y párrafo a) del artículo 5); y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 1, párrafo 1 del artículo 16 y artículo 27).

14. A nivel nacional, pueden encontrarse disposiciones pertinentes en los siguientes instrumentos: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 2 y párrafos 2 y 3 del artículo 18); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 5, 8 y 14) y sus Protocolos N° 1 (art. 1) y N° 8 (art. 8); la Carta Social Europea revisada (art. 31); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 1, 2 y 23); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 17, 21 y 24) y su Protocolo Adicional (art. 3).

15. Muchas declaraciones y recomendaciones internacionales, aunque no tienen carácter jurídicamente vinculante, contienen referencias específicas a cuestiones relacionadas con la mujer y la vivienda adecuada. En la Plataforma de Acción de Beijing (A/CONF.177/20, anexo II), aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, los gobiernos se comprometen a eliminar todos los obstáculos que impiden el acceso de la mujer a viviendas a precios razonables y a las tierras (inciso m) del párrafo 58). Se pide también a los gobiernos que lleven a cabo reformas administrativas y legislativas para que las mujeres tengan igual acceso a los recursos económicos y para que gocen del derecho de poseer y heredar bienes.

16. En la Declaración de Estambul y el Programa de Hábitat (A/CONF.147./18), adoptados en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, celebrada en 1996, los gobiernos se comprometen a garantizar la seguridad jurídica de la tenencia y la igualdad de acceso a la tierra para todos, incluidas las mujeres y las personas que viven en la pobreza (inciso b) del párrafo 40). Los Estados se comprometen también a emprender reformas legislativas y administrativas para garantizar a la mujer un acceso pleno y equitativo a los recursos económicos, en particular el derecho a la herencia y a la propiedad de tierras y bienes, y el acceso al crédito, los recursos naturales y las tecnología apropiadas. También se pide a los Estados que apoyen programas, políticas y proyectos comunitarios encaminados a eliminar todas las barreras que impiden el acceso de las mujeres a viviendas asequibles, a la propiedad de tierras y otros bienes, a los recursos económicos, los servicios sociales y de infraestructura y a velar por la plena participación de las mujeres en todos los procesos de adopción de decisiones (inciso e) del párrafo 78). Además, se pide a los Estados que promuevan mecanismos para la protección de las mujeres que corren el riesgo de perder su lugar a la muerte de sus maridos (inciso g) del párrafo 78).

17. En la Declaración sobre las ciudades y otros asentamientos humanos en el nuevo milenio (resolución S-25/2 de la Asamblea General), aprobada durante el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General convocado en 2001 para examinar la ejecución del Programa de Hábitat, se reafirma el objetivo de la igualdad entre los sexos en el desarrollo de los asentamientos humanos. Algunas de las nuevas medidas que se enumeran en la Declaración son: la promoción de la igualdad entre los sexos como método eficaz de combatir la pobreza (parr. 44); la promoción de cambios de actitudes, estructuras, políticas, leyes y otras prácticas que obstaculizan la igualdad entre los sexos (párr. 32), la promoción de una mayor seguridad de la tenencia para los pobres y los vulnerables y de reformas legislativas, administrativas y sociales continuas para proporcionar a las mujeres “acceso pleno e igualitario a los recursos económicos” y el “derecho a la seguridad de la tenencia y a la concertación de acuerdos contractuales” (párrs. 45 y 49).

18. En la Declaración del Milenio, la igualdad entre los sexos figura como uno de los valores fundamentales esenciales en las relaciones internacionales (resolución 55/2 de la Asamblea General, párr. 6). Uno de los objetivos de desarrollo del milenio (ODM) guarda relación con la promoción de la igualdad entre los sexos y la habilitación de la mujer. En conjunción con las metas internacionales en lo que se refiere al mejoramiento del acceso al agua potable limpia y de la vida de los habitantes de los barrios de tugurios, los ODM constituyen un marco importante para la realización del derecho de la

mujer a una vivienda adecuada³. En ese contexto, el inciso b) del párrafo 67 del Plan de Aplicación aprobado por la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (A/CONF.199/20, anexo) reviste especial interés por cuanto en él se reconoce la importancia del derecho de la mujer a la tierra, incluido el derecho a la herencia, y su participación en la adopción de decisiones, para conseguir el desarrollo sostenible de África y el logro de los ODM pertinentes.

19. Existen mecanismos de protección de ámbito mundial para garantizar los derechos de las mujeres, como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Es necesario que más Estados Partes en la Convención ratifiquen ese Protocolo. El Relator Especial también toma nota con interés de los trabajos en curso en la Unión Africana para examinar y adoptar un proyecto de protocolo adicional de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África. En el proyecto actual, adoptado el 16 de noviembre de 2001, se reconoce el derecho de la mujer a una vivienda adecuada. Para fortalecer aún más esa disposición, el Relator Especial recomienda que en las deliberaciones sobre el proyecto de protocolo adicional se tengan en cuenta las normas existentes elaboradas en las Observaciones generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los compromisos convenidos como resultado de las mencionadas conferencias mundiales. El Relator Especial envió una carta al Presidente de la Comisión de la Unión Africana a ese respecto y espera con interés poder seguir contribuyendo a esa iniciativa.

II. Dimensiones de género del derecho a una vivienda adecuada

20. Si se reconoce el derecho a una vivienda adecuada como un derecho de todos los seres humanos, cualquiera que sea su sexo, raza o etnia, ¿por qué es necesario examinar por separado el derecho de la mujer a la vivienda? El Relator Especial aprecia el hecho de que, a menudo, es sobre las mujeres sobre las que recae la responsabilidad principal de sostener y mantener el hogar y aprecia también la necesidad de conseguir que se reconozca su función esencial y se promuevan sus derechos. En consecuencia, los gobiernos nacionales y la comunidad internacional deben velar por que se pongan en práctica las estrategias y objetivos establecidos en numerosos instrumentos jurídicos y que la mujer pueda gozar de derechos reales, y no ilusorios, en lo que se refiere a la vivienda.

3 See E/CN.4/2003/5, sect. III.C, for a discussion on MDGs and on developing rights-based indicators.

21. A pesar de numerosas resoluciones y de las estrategias aplicadas tanto en el plano nacional como en el plano internacional que se han señalado más arriba, las mujeres siguen sufriendo un trato discriminatorio en todas las esferas esenciales para el disfrute de una vivienda adecuada. La igualdad de acceso al crédito y a la financiación, la igualdad de derechos con respecto a la herencia de tierras y bienes y la eliminación de costumbres y tradiciones que entrañan prejuicios por motivos de sexo y privan a las mujeres de su derecho a sus hogares natal y marital son aspectos críticos que es necesario abordar. Además, deben elaborarse y aplicarse políticas y leyes en las que se reconozcan las dificultades y vulnerabilidades específicas de la mujer en relación con el derecho a una vivienda adecuada. El logro de la seguridad jurídica de la tenencia reviste también una importancia vital para la mujer; sin ella se ven afectadas de una forma desproporcionada por los desalojos forzosos y los programas de reasentamiento, la demolición de barrios marginales, la violencia doméstica, los conflictos civiles, la legislación discriminatoria en materia de herencia, los proyectos de desarrollo y las políticas de mundialización en los que se enmarca el acceso a las tierras productivas y a los recursos naturales.

22. Para cualquier entendimiento del derecho de la mujer a una vivienda adecuada es necesario tener también en cuenta la compleja naturaleza de la relación de las mujeres con su medio natural, los aspectos culturales que gobiernan el comportamiento social y, por tanto, el papel de la mujer en la sociedad, puesto que es éste el que rige su nivel de acceso y control sobre la tierra, los recursos y la adopción de decisiones. Para ello sería necesario examinar la legislación relativa a la tierra, a la propiedad y a la sucesión y las leyes que regulan el acceso a los recursos naturales, incluida la legislación sobre los bosques y sobre la conservación.

23. La vida de la mayoría de las mujeres del mundo está intrínsecamente vinculada con la de su familia y sus hijos. Para cualquier entendimiento de la cuestión de la mujer y la vivienda adecuada debe tenerse presente el contexto y las condiciones de vida y de vivienda de la comunidad y de la familia en la que vive. Es necesario prestar especial atención a los derechos de los grupos y las comunidades en que viven, puesto que el desgarramiento de las redes comunitarias, por ejemplo como resultado de los desalojos forzosos, pueden afectar de forma especial a las mujeres. Así pues, los efectos que unas condiciones inadecuadas de vida y de vivienda y la carencia de hogar tienen en los niños adoptan la misma importancia para sus madres.

24. Las mujeres no forman un grupo homogéneo. Tampoco el concepto de género es un concepto inmutable, puesto que varía en diferentes contextos culturales, geográficos e históricos y depende de factores como la edad, la

clase social y el grupo étnico. Asimismo, la posición de la mujer en la sociedad no es estática. Varía en respuesta a los cambios en la situación económica, social, política, cultural y ambiental de la comunidad y también influye en esos cambios. Esa diversidad se percibe a menudo en las diferencias entre generaciones. No obstante, los procesos de mundialización han aumentado el ritmo del cambio de una forma tal, que ahora pueden observarse cambios significativos en una misma generación.

25. En general, las condiciones inadecuadas de vida y de vivienda, como el hacinamiento, la contaminación dentro del hogar, la vivienda precaria, la falta de servicios de saneamiento y de abastecimiento de agua y electricidad y la utilización de materiales de construcción deficientes afectan especialmente a las mujeres porque tienden a pasar más tiempo en casa que los hombres. Es evidente que las mujeres que viven en una pobreza extrema corren un riesgo mucho mayor de quedarse sin vivienda o de encontrarse en condiciones de vivienda inadecuadas. La feminización de la pobreza tiene un efecto especial en la capacidad de las mujeres para adquirir y conservar tierras, viviendas y otros bienes y procurarse el sustento. Además está surgiendo en todo el mundo una forma de discriminación y marginación que no se debe a la raza, la clase social o el sexo, sino a la pobreza. En esas situaciones, las mujeres pobres se enfrentan a menudo a una doble discriminación.

26. Es necesario prestar especial atención a algunos grupos o categorías de mujeres que son más vulnerables que las demás, que corren un mayor riesgo de perder sus hogares o de padecer las consecuencias de unas condiciones inadecuadas de vida y de vivienda.

27. *Víctimas de la violencia doméstica.* En la mayoría de los países, desarrollados o en desarrollo, la violencia doméstica es una causa fundamental de que algunas mujeres se vean privadas de una vivienda y supone una amenaza real para la seguridad física de las mujeres y para la seguridad jurídica de la tenencia. Muchas mujeres aceptan permanecer en situaciones violentas porque se enfrentan a una vida sin un hogar si se oponen a la violencia doméstica.

28. *Mujeres viudas, divorciadas o separadas.* En grandes zonas de Asia meridional y de África a menudo se expulsa a esas mujeres de la casa en que vivían con su marido. Aunque en algunos países esa práctica no se considera ilícita, en otros se producen esas expulsiones incluso cuando existen leyes que las prohíben. Cuando las mujeres tratan de reclamar sus derechos sobre la tierra o la casa a menudo se las amenaza o se las maltrata físicamente. Esas mujeres acaban normalmente en alojamientos de un nivel inferior al de la vivienda de la que fueron expulsadas y terminan en asentamientos marginales urbanos. Para evitar esa situación es necesario mejorar la protección de los

derechos de las mujeres casadas para que una mujer no pueda simplemente ser expulsada tras la muerte de su marido o el divorcio. Allá donde existen instrumentos jurídicos que protegen esos derechos es necesario fomentar la sensibilización a ese respecto.

29. *Hogares dirigidos por mujeres.* Los hogares dirigidos por mujeres figuran entre los más pobres en la mayoría de los países y los más necesitados de asistencia en materia de vivienda. Las mujeres y los niños pueden encontrarse con la barrera de la discriminación al solicitar alojamiento por su supuesta incapacidad de hacer frente a obligaciones financieras al no contar con un hombre. En los barrios marginales urbanos de todo el mundo esas mujeres son las más vulnerables, incluso en lo que se refiere a la explotación sexual. Los hogares dirigidos por mujeres y las mujeres solas carecen de un acceso adecuado a los recursos y al crédito a causa de su situación.

30. *Las mujeres víctimas de desalojos forzosos.* Las mujeres son, con mucho, las más perjudicadas por los desalojos, especialmente cuando en ellos interviene el uso de la fuerza. Cuando las comunidades son desalojadas y trasladadas a lugares donde no hay medios para ganarse la vida, los hombres tienden a marcharse y dejar que las mujeres se ocupen de la familia. Los desalojos empujan a menudo a las personas a vivir en lugares distantes y en condiciones inadecuadas, sin seguridad de la tenencia, sin servicios básicos, sin acceso a escuelas, servicios de salud ni empleo. Como resultado de los desalojos forzosos, las mujeres se ven abocadas a cuidar de sus familias en situaciones más difíciles que las anteriores. Algunos grupos de mujeres, como las viudas, se enfrentan a menudo al desalojo de su hogar si sus maridos han muerto a causa del VIH/SIDA.

31. *Mujeres indígenas y tribales.* Es necesario examinar la legislación y las políticas sobre los grupos indígenas y sus efectos concretos sobre las mujeres indígenas. Las leyes sobre conservación en virtud de las cuales se saca a los grupos indígenas de su entorno tradicional pueden provocar el deterioro de su nivel de vida y la disolución de sus culturas y relaciones indígenas que pueden afectar especialmente a las mujeres indígenas. Son muy pocas las leyes en que se contempla la discriminación intercultural, y las mujeres indígenas corren el riesgo de sufrir una doble discriminación en el acceso a la vivienda y los servicios cívicos.

32. *Mujeres con discapacidad.* Las Naciones Unidas calculan que más de 600 millones de personas, aproximadamente el 10% de la población, padecen alguna forma de discapacidad. Aunque todas las personas con discapacidad deben disponer de un acceso pleno y sostenible a unos recursos de vivienda adecuados, es necesario estudiar las necesidades especiales de las mujeres

con discapacidad para que puedan recogerse en la legislación y en las políticas de vivienda de una forma adecuada para evitar la discriminación o la marginación.

33. *Mujeres en situaciones de conflicto o posteriores a los conflictos.* Los conflictos étnicos y armados y los desplazamientos que conllevan afectan de forma distinta a hombres y mujeres y pueden exacerbar una discriminación ya existente contra la mujer. La destrucción de sus hogares, de la estructura familiar y de la comunidad dejan a las mujeres en una situación especialmente vulnerable. Durante la reinserción y el reasentamiento, una de las principales necesidades de la población desplazada (y también de los excombatientes y sus familias) es el acceso a tierras y vivienda. En algunos casos, la fase de reconstrucción puede suponer para las mujeres una oportunidad de exigir y hacer valer sus derechos a la tierra, la vivienda y la propiedad. Sin embargo, en muchos casos, las mujeres que intentan volver a sus tierras y sus casas o asentarse en nuevos lugares se enfrentan con situaciones de discriminación y desventaja debidas no sólo a las tradiciones y las costumbres, sino también a la falta de documentos y cédulas.

34. Es necesario que los Estados protejan a esas mujeres mediante iniciativas jurídicas y políticas concretas. Deben examinarse, y cuando sea necesario modificarse, la legislación y las políticas vigentes para que en ellas se tenga en cuenta la situación especial de grupos concretos de mujeres y se les brinde una protección adecuada de forma inmediata. El Relator Especial opina que en futuros estudios debería examinarse más detalladamente la situación particular de esos y otros grupos de mujeres que requieren una atención especial, como las mujeres de edad, las mujeres que viven bajo la ocupación, las mujeres de los grupos minoritarios y las mujeres que viven en una pobreza extrema.[...]

Los indicadores del derecho a una vivienda adecuada e identificación de las lagunas normativas del derecho a la tierra

Consejo de derechos humanos
Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada,
como parte del derecho a un nivel de vida adecuado
Febrero 5 de 2007

[...] II. Instrumentos prácticos de aplicación

A. Indicadores del derecho a una vivienda adecuada

3. La necesidad de elaborar un marco operacional para la realización del derecho a una vivienda adecuada, en particular indicadores y métodos de vigilancia, se ha vuelto más pertinente con la aparición de los objetivos de desarrollo del Milenio. La elaboración de indicadores e instrumentos de vigilancia basados en los derechos podría contribuir a una aplicación más eficaz de los objetivos de desarrollo del Milenio y la realización de los derechos humanos correspondientes. Los objetivos de desarrollo del Milenio son importantes por las metas que establecen para los Estados y otros agentes que trabajan para lograr el desarrollo y un mayor bienestar humano. Sin embargo, el proceso de cumplir los objetivos debe apoyarse en los principios más importantes de derechos humanos y su realización progresiva. Uno de los objetivos de desarrollo del Milenio (objetivo 7) es pertinente al derecho a una vivienda adecuada y se refiere a los tugurios: “Para el año 2020, haber mejorado considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios”. La realización de este objetivo debe vigilarse sobre la base de: a) la proporción de personas con acceso a un saneamiento mejor; y b) la proporción de personas con acceso a la seguridad de la tenencia. En un mundo en que hay considerables variaciones entre los países en la definición de “tugurios” y “seguridad de la tenencia”, apoyarse en estos dos indicadores para supervisar la calidad de vida de los habitantes de los tugurios puede resultar restrictivo o insuficiente. [...]

5. [...] el Relator Especial quisiera señalar a la atención los temas fundamentales para comprender y aplicar el marco propuesto a escala nacional y subnacional.

6. La primera cuestión está relacionada con la necesidad absoluta de disponer de datos desagregados para vigilar los derechos humanos. La identi-

ficación de los grupos vulnerables debe ser el punto de partida para buscar información específica con el fin de vigilar el disfrute de esos derechos. Así pues, en relación con el derecho a una vivienda adecuada, en la mayoría de los casos existe la necesidad de disponer de datos desagregados por sexo, principales grupos de edad de la población, regiones (incluidas rurales y urbanas) y, siempre que sea posible, en relación con otros grupos, en particular raciales, étnicos o religiosos, minorías, poblaciones indígenas, refugiados, desplazados internos y migrantes. Además, si bien algunos datos se pueden presentar a escala individual y otros a escala del hogar, con frecuencia puede resultar preciso seguir desagregándolos por tipo de hogar, en particular los hogares donde la mujer es el cabeza de familia. La vigilancia de los derechos humanos requiere además indicadores que reflejen las normas sustantivas del derecho, que incorporan los principios de los derechos humanos, incluida la igualdad de género, la no discriminación y la participación.

7. En segundo lugar, para que los indicadores sean útiles en la vigilancia de la aplicación de los derechos humanos, es importante que estén definidos de forma explícita y precisa, sobre la base de una metodología aceptable y participatoria de reunión y presentación de datos, y deben estar disponibles periódicamente.

8. En tercer lugar, es fundamental que el enfoque utilizado en la identificación de los indicadores sea sencillo, sistemático y amplio. Al mismo tiempo, debe ser flexible para reflejar, en la selección de indicadores concretos, los problemas contextuales a escala nacional y subnacional. Por último, el marco adoptado para evaluar la aplicación de los derechos humanos debe registrar, mediante la selección de indicadores adecuados, tanto los esfuerzos emprendidos por los Estados Partes en la aplicación de normas particulares de derechos humanos como el resultado de esos esfuerzos.

9. Teniendo en cuenta estas cuestiones, este informe se centra en la identificación, a partir de los datos disponibles y en la medida de lo factible, de indicadores ilustrativos que como punto de partida traduzcan el contenido de las normas jurídicas del derecho (tales como el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones generales Nos. 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) a un número concreto de atributos característicos que faciliten la identificación de indicadores para vigilar la aplicación del derecho. Por ejemplo, la lista adjunta determina cuatro atributos (elementos esenciales) del derecho a una vivienda adecuada: habitabilidad, acceso a los servicios, asequibilidad de la vivienda y seguridad de la tenencia. Una vez identificados los atributos del derecho de una forma mutuamente ex-

haustiva, el paso siguiente es determinar una configuración de indicadores estructurales –de proceso– de resultado.

10. Indicadores estructurales. Esos indicadores reflejan la ratificación/aprobación de instrumentos jurídicos y la existencia de mecanismos institucionales básicos que se consideran necesarios para facilitar la realización de un determinado derecho. Entre los indicadores estructurales, que probablemente serán de carácter cualitativo y no cuantitativo, se consideran indicadores tales como el marco temporal y la cobertura de las declaraciones y estrategias sobre la política nacional de vivienda para la aplicación progresiva de medidas en pro del derecho a una vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno, cuando resulte aplicable.

11. Indicadores de proceso. Estos indicadores relacionan los instrumentos normativos del Estado con los acontecimientos importantes, que a su vez se irán sumando convirtiéndose en indicadores de resultado que se pueden relacionar más directamente con la realización de los derechos humanos. Tales indicadores contribuyen a evaluar un aspecto importante del concepto de rendición de cuentas. A diferencia de los indicadores de resultado, los de proceso son más sensibles a los cambios, y por tanto reflejan mejor el ejercicio progresivo del derecho y los esfuerzos de los Estados Partes para proteger los derechos, en particular su obligación plasmada en el artículo 2 del Pacto⁷. Por ejemplo, indicadores tales como “parte del presupuesto público de desarrollo utilizada para vivienda social/de la comunidad” refleja el esfuerzo del Estado Parte para cumplir su obligación de proteger y promover el derecho a una vivienda adecuada.

12. Indicadores de resultado. Registran los logros, individuales y colectivos, que reflejan el estado de realización del derecho humano en un contexto determinado. Los indicadores de resultado tienen dos características importantes. En primer lugar, como ya se ha dicho, están relacionados más directamente con la realización del derecho correspondiente. En segundo lugar, una serie de procesos pueden contribuir al logro de un resultado único. En este caso resulta útil hacer una distinción entre el indicador de proceso y el indicador de resultado. Un ejemplo de un indicador de resultado sería “la parte de hogares con una protección jurídicamente exigible de carácter contractual, estatutario o de otro tipo que proporciona seguridad de la tenencia”.

7 "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

13. El marco propuesto se ha generado a partir del trabajo en curso de elaboración de indicadores para el cumplimiento por los Estados Partes de los instrumentos internacionales de derechos humanos. La configuración de los indicadores estructurales, de proceso y de resultado debe considerarse un marco para abarcar sistemáticamente todos los aspectos de la realización de un derecho –desde la perspectiva de los titulares de las obligaciones y sus obligaciones correspondientes, así como desde la de los derechohabientes y sus derechos. Trabajar con este planteamiento simplifica la selección de indicadores y alienta el uso de información contextualmente pertinente. Aunque se ocupa de una gran variedad de cuestiones al elaborar un planteamiento adecuado para la evaluación de los derechos humanos, todavía hay ámbitos en que se requiere más trabajo. Uno de esos ámbitos está relacionado con la necesidad de indicadores específicos para vigilar el proceso de aplicación de un determinado derecho en lo que respecta a su adhesión a los principios de derechos humanos. Para un proceso de vigilancia de esta índole es importante determinar los grupos vulnerables en un país, quién suministra la información y quién la utiliza, y las personas y comunidades cuyos derechos humanos están en peligro.

14. También hay que seguir trabajando para crear capacidad con el fin de reunir y utilizar datos desagregados. Asimismo, sigue siendo posible idear indicadores adicionales sensibles al género (véase el anexo II) sobre algunos de los atributos identificados en el marco propuesto. Además, existe la necesidad de una “meta-hoja” detallada sobre cada indicador, que elabore, por ejemplo, la información sobre la definición de los indicadores, la razón de ser del indicador, la posible desagregación y la formulación contextual, así como la disponibilidad y la periodicidad de los datos. Por ejemplo, para desagregar el indicador de resultado de “proporción de la población sin hogar que utiliza albergues” se podrían incluir indicadores que soliciten información específica, como, por ejemplo, “número de albergues por 1.000 mujeres sin hogar”. Por último, los indicadores propuestos deben validarse por medio de un proyecto experimental a escala nacional antes de que puedan proporcionar la base de un enfoque normalizado para vigilar el derecho a una vivienda adecuada a escala internacional y nacional. [...]

III. Identificación de las lagunas normativas: el derecho humano a la tierra

25. Durante todo su trabajo, el Relator Especial ha tratado de identificar los elementos que afectan positiva o negativamente la realización del derecho a una vivienda adecuada. La tierra en tanto que derecho con frecuencia es

un elemento esencial, necesario para comprender el grado de violación y la medida de realización del derecho a una vivienda adecuada.

26. En muchos informes y declaraciones anteriores el Relator Especial ha destacado que la tierra es un elemento fundamental del derecho humano a la vivienda. La vivienda inadecuada frecuentemente es consecuencia del impedimento del acceso a la tierra y a los recursos comunes de propiedad. Los sistemas no equitativos de propiedad sobre la tierra y el fenómeno de la falta de tierras generan problemas interrelacionados que van desde la vivienda inadecuada, la falta de posibilidades de ganarse la vida, la mala salud, el hambre y la inseguridad alimentaria hasta la profunda pobreza.

27. En las visitas a los países el Relator Especial con frecuencia se ve confrontado con el problema de la vivienda adecuada en relación con la tierra y los derechos sobre la tierra¹⁰.

28. La cuestión de la tierra tiene efectos particulares sobre los grupos tales como los pueblos indígenas, las comunidades que históricamente se han visto discriminadas, las minorías, los desplazados internos y los refugiados que regresan a su lugar de origen. Tiene importancia crucial para las mujeres cuando se trata de la cuestión de la herencia y los problemas de acceso, tenencia y subsistencia.

29. Sin un reconocimiento jurídico adecuado de los derechos tanto individuales como colectivos sobre la tierra, el derecho a una vivienda adecuada en muchos casos no se puede ejercer de forma eficaz. No obstante, el derecho a la tierra no está únicamente vinculado al derecho a una vivienda adecuada, sino que está integralmente relacionado con los derechos humanos a la alimentación, el sustento, el trabajo, la libre determinación y la seguridad de la persona y del hogar y el sostenimiento de los recursos comunes de propiedad. La garantía del derecho a la tierra es por tanto fundamental para la mayoría de la población mundial que depende de la tierra y los recursos de la tierra para sus vidas y sustento. En el contexto urbano, el reconocimiento jurídico de los derechos sobre la tierra con frecuencia es crucial para proteger el derecho a una vivienda adecuada, en particular el acceso a los servicios esenciales y a los modos de ganarse la vida, especialmente para los pobres de las zonas urbanas.

30. Los indicadores del derecho a una vivienda adecuada (anexo II) contienen referencias a la tierra. El cuestionario sobre las mujeres y la vivienda

10 Véanse, por ejemplo, los informes sobre las misiones del Relator Especial al Afganistán, Australia, el Brasil, la República Islámica del Irán, Kenya, los territorios palestinos ocupados y el Perú.

(anexo III) demuestra que la tierra es un derecho importante para realizar en todo su alcance el derecho de las mujeres a la vivienda. También está claro que al determinar la importancia de la protección del derecho a una vivienda adecuada en todo el proceso de desalojos, los Principios básicos y directrices (anexo I) abarcan numerosos aspectos del derecho a la tierra.

ANEXO II

LISTA DE INDICADORES ILUSTRATIVOS DEL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA

(Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

TIPO DE INDICADOR	HABITABILIDAD	FACILIDAD DE ACCESO A LOS SERVICIOS	ASEQUIBILIDAD	SEGURIDAD DE LA TENENCIA
ESTRUCTURAL	<ul style="list-style-type: none"> Instrumentos internacionales de derechos humanos, pertinentes al derecho a una vivienda adecuada, ratificados por el Estado Fecha de entrada en vigor y cobertura del derecho a una vivienda adecuada en la Ley fundamental/Constitución/Carta de Derechos Fecha de entrada en vigor y cobertura de las leyes nacionales pertinentes a la aplicación del derecho a una vivienda adecuada Número de organizaciones de la sociedad civil inscritas/en funcionamiento que participan en la promoción y protección del derecho a una vivienda adecuada 			
ESTRUCTURAL	<ul style="list-style-type: none"> Calendario y cobertura de la declaración estrategia de política nacional de vivienda para la aplicación progresiva de medidas en pro del derecho a una vivienda adecuada a diferentes niveles del gobierno, si procede Calendario y cobertura de la política nacional de rehabilitación y reasentamiento 		Fecha de entrada en vigor y cobertura de la legislación sobre seguridad de la tenencia, igualdad de herencia y protección contra los-desalojos forzosos	
PROCESO	<ul style="list-style-type: none"> Número de denuncias sobre el derecho a una vivienda adecuada recibidas, investigadas y resueltas por la institución nacional de derechos humanos/Ombudsman de derechos humanos/institución especializada y otros mecanismos administrativos (creados para proteger los intereses de grupos concretos de población) en el período que abarca el informe Gasto público en reconstrucción y rehabilitación de los desplazados como proporción del presupuesto público de desarrollo AOD neta recibida/ofrecida como parte del gasto público de vivienda/ingreso nacional bruto* 			

* Indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio

TIPO DE INDICADOR	HABITABILIDAD	FACILIDAD DE ACCESO A LOS SERVICIOS	ASQUIBILIDAD	SEGURIDAD DE LA TENENCIA
<p>PROCESO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de poblaciones (ciudades, pueblos y aldeas) que abarcan las disposiciones de los códigos y reglamentos de construcción. • Parte del presupuesto público de desarrollo dedicado a la vivienda social/de la comunidad. • Aumento en la zona habitable gracias a la rehabilitación, incluidos terrenos peligrosos y cambio en la forma del uso del suelo • Adición a la zona habitable destinada a vivienda social/ de la comunidad durante el período que abarca el informe 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción del presupuesto de los hogares destinada al acceso a los servicios, en particular abastecimiento de agua, saneamiento, electricidad y vertido de basuras. • Proporción de hogares vulnerables que dependen de fuentes privadas para el abastecimiento de agua. • Parte del presupuesto público de desarrollo dedicado al suministro y el mantenimiento del saneamiento, abastecimiento de agua, electricidad y la conexión física de las poblaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de hogares que reciben asistencia pública para vivienda, incluidos los que reciben subvenciones para el alquiler y la compra de vivienda • Proporción de hogares en viviendas de propiedad pública y de ocupación ilegal • Alquiler medio de los tres deciles inferiores de ingresos como proporción de los tres deciles superiores 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiempo medio de solución de conflictos relacionados con la vivienda y los derechos a la tierra en los tribunales y juzgados • Número de apelaciones para impedir desalojos/demoliciones planificados por medio de requerimientos judiciales en el período que abarca el informe • Número de procedimientos jurídicos para obtener indemnización después de los desalojos en el período que abarca el informe • Proporción de personas desplazadas o desalojadas que han sido rehabilitadas/ reasentadas al año durante el período que abarca el informe
<p>RESULTADO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de la población (personas por habitación o habitaciones por hogar) con espacio suficiente/promedio de personas por habitación entre los hogares elegidos • Proporción de hogares que viven en construcciones permanentes en cumplimiento de los códigos y reglamentos de construcción • Proporción de poblaciones/hogares que viven cerca de lugares peligrosos 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de población urbana que vive en tugurios • Proporción de población (rural y urbana) con acceso sostenible a fuentes mejoradas de agua* • Proporción de población (rural y urbana) con acceso sostenible a fuentes mejoradas de saneamiento* 	<ul style="list-style-type: none"> • Proporción de hogares que gastan más del "x" % de sus ingresos/gastos mensuales en vivienda • Promedio anual de personas sin hogar por 100.000 habitantes • Proporción de población sin hogar que utiliza albergues públicos y de la comunidad "x" • se define de forma normativa para el contexto del país 	<ul style="list-style-type: none"> • Casos de "desalojos forzados" por 100.000 habitantes de que se ha informado (por ejemplo, a los procedimientos especiales de las Naciones Unidas) durante el período que abarca el informe • Proporción de hogares con protección jurídicamente exigible de carácter contractual, estatutario o de otro tipo que ofrece seguridad de la tenencia/proporción de hogares con acceso a la seguridad de la tenencia* • Proporción de mujeres entre las personas con títulos de propiedad sobre la tierra/vivienda

* Indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio

El derecho de los migrantes a una vivienda adecuada

Consejo de Derechos Humanos

Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado

Agosto 9 de 2010

[...] III. Marco jurídico

A. El derecho de los migrantes a una vivienda adecuada en las normas internacionales de derechos humanos

13. De conformidad con los artículos 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a una vivienda adecuada deberá ejercerse sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁶.

14. En el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establece el derecho de toda persona a la igualdad en el goce del derecho a la vivienda, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico. El artículo 43 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares obliga a los Estados a garantizar a los migrantes documentados la igualdad de trato respecto de los nacionales en relación con el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres. Además, el artículo 64 obliga a los Estados a promover condiciones satisfactorias, equitativas y dignas en relación con la migración internacional y a tener debidamente en cuenta no sólo las necesidades y recursos de mano de obra, sino también las necesidades sociales, económicas, culturales y de otro tipo de los trabajadores migratorios.

15. El artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949 obliga a las partes

⁶ Con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos a personas que no sean nacionales suyos.

en el Convenio a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que apliquen a sus propios nacionales en relación con la vivienda. Asimismo, en la recomendación de la OIT sobre la vivienda de los trabajadores, de 1961, se exhorta a las autoridades competentes a prestar especial atención al problema de la vivienda de los trabajadores y su familia y a garantizar lo antes posible la igualdad de trato en esta materia entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales.

16. En el plano regional, en el artículo 13 de la Convención europea sobre la condición jurídica de los trabajadores migratorios se exige a los Estados que dispensen a los trabajadores migratorios un trato no menos favorable que el dispensado a sus propios nacionales en lo que respecta al acceso a la vivienda y el alquiler, que velen por el cumplimiento de las normas de habitabilidad de la vivienda para los trabajadores migratorios y para sus nacionales, que protejan a los trabajadores migratorios de la explotación en el alquiler y que velen por la idoneidad de las viviendas de estos. Además, el apartado c) del párrafo 4 del artículo 19 de la Carta Social Europea obliga a los Estados a dispensar a los trabajadores migratorios y sus familiares un trato no menos favorable en materia de alojamiento que el dispensado a sus nacionales.

B. Jurisprudencia pertinente de los órganos internacionales de derechos humanos

17. En su observación general núm. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recalca que los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada, son aplicables a todas las personas, incluidos los no nacionales y los trabajadores migratorios, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean. De ese modo, los migrantes documentados e indocumentados gozan de la misma protección. En consecuencia, se pide a los Estados que adopten medidas, en particular leyes, para prevenir y erradicar la discriminación formal e informal y velar por que los individuos y entidades no apliquen en la esfera privada motivos prohibidos de discriminación.

18. En su recomendación general núm. 30, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhorta a los Estados a suprimir los obstáculos que impidan a los no ciudadanos disfrutar del derecho a una vivienda adecuada y a garantizar la igualdad con los ciudadanos en el disfrute de ese derecho. En particular, el Comité pide a los Estados que garanticen la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada a los ciudadanos y los no

ciudadanos y que eviten la segregación en materia de vivienda y velen por que las agencias inmobiliarias se abstengan de recurrir a prácticas discriminatorias. En la decisión sobre el caso F. A. c. Noruega (véase A/56/18, anexo III), tras enterarse de que en los anuncios inmobiliarios de Noruega figuran a veces indicaciones como “extranjeros abstenerse”, el Comité instó al Estado a que adoptara medidas para velar por que las agencias inmobiliarias no ejercieran prácticas discriminatorias y garantizase a los ciudadanos y los no ciudadanos el derecho a una vivienda adecuada.

19. En sus observaciones finales sobre Egipto, de 25 de mayo de 2007 (CMW/C/EGY/CO/1), el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se mostró preocupado por informaciones según las cuales algunos trabajadores migratorios sufrían discriminación en varios ámbitos, entre ellos el de la vivienda, y alentó al Estado a que velara por el disfrute sin discriminación de los derechos previstos en la Convención. El Comité expresó preocupaciones semejantes con respecto a los migrantes no árabes de la República Árabe Siria en sus observaciones finales de 2 de mayo de 2008 (CMW/C/SYR/CO/1).

20. En sus conclusiones de 2006 relativas a Albania, el Comité Europeo de Derechos Sociales recordó que, conforme al párrafo 4 del artículo 19 de la Carta Social Europea, los Estados deben eliminar todas las formas de discriminación, jurídica o de facto, de los trabajadores migratorios en cuanto al acceso a la vivienda pública y privada, por lo que no podrán aplicarse restricciones jurídicas o de facto a la vivienda subvencionada. En sus conclusiones relativas al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Comité observó que no existían criterios objetivos, determinados y fáciles de entender para determinar si alguien podía optar a los subsidios de vivienda y pidió al Gobierno información sobre el número de nacionales extranjeros a los que se había negado algún tipo de asistencia social so pretexto de que no cumplían el requisito de residencia habitual. Además, en su decisión sobre la causa DCI c. Países Bajos, el Comité determinó que el Estado debía facilitar alojamiento adecuado a los niños migrantes indocumentados sujetos a su jurisdicción.

IV. Marco conceptual para hacer frente a la discriminación en el acceso a una vivienda adecuada

A. Principio de igualdad y no discriminación

21. Se entiende por discriminación todo trato diferencial que se base en alguno de los motivos prohibidos de discriminación y genere o mantenga las

desigualdades y desventajas padecidas por determinados grupos de la sociedad en cuanto a su disfrute de los derechos humanos (véase E/C.12/GC/20, párr. 7). Hay discriminación directa cuando se adoptan leyes o políticas que tienen por objeto privilegiar a algunos grupos de la sociedad en detrimento de otros. Sin embargo, en el ámbito de la discriminación los Estados deben estudiar igualmente la discriminación indirecta, amparada en medidas que, sin discriminar expresamente por motivos determinados, podrían influir de manera desproporcionada en el ejercicio de los derechos humanos por un grupo en particular (ibíd., párr. 10). Esas medidas en apariencia neutras que favorecen de facto a las culturas dominantes son ilegítimas, por lo que los Estados deben prohibirlas para garantizar el pleno respeto del principio de igualdad y no discriminación (ibíd., párr. 12).

22. La discriminación, que a menudo es condición previa y consecuencia de la marginación a la que están sometidos determinados grupos y personas, es el origen de muchas desigualdades imperantes en la sociedad. En muchas ocasiones los migrantes sufren numerosas formas de discriminación por motivos de origen nacional, cultura, religión o sexo. Los múltiples niveles de discriminación y exclusión que padecen los migrantes dificultan su acceso a una vivienda adecuada. Esta marginación es a menudo reflejo de formas más amplias de discriminación estructural que se observan en el tejido institucional, cultural, social y económico de la sociedad y afectan adversamente a las condiciones de la vivienda y el bienestar general de los migrantes.

23. Así pues, las disposiciones en materia de no discriminación e igualdad forman parte fundamental del derecho a una vivienda adecuada y son esenciales para la mejora de las condiciones de los migrantes. Como principio clave de las normas internacionales de derechos humanos, la no discriminación articula el enfoque en materia de vivienda basado en los derechos humanos, especialmente si se tienen en cuenta las condiciones, a menudo inadecuadas, de las viviendas de los migrantes. El ejercicio efectivo del derecho a la vivienda mediante la aplicación de los principios de no discriminación e igualdad es decisivo para que los migrantes puedan llevar una vida digna y participen plenamente en la sociedad como miembros de ella.

24. Los Estados tienen la obligación inmediata de garantizar que, sea cual sea su nivel de desarrollo, no haya discriminación en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho a una vivienda adecuada, a fin de reducir las desigualdades que existan (véase E/1991/23, anexo III, párr. 1). La obligación de no discriminar, que exige una distribución equitativa de los recursos y servicios para garantizar a todos el disfrute del derecho a una vivienda adecuada, no puede ser objeto de realización progresiva, sino que entraña la anteposición de las necesidades de los gru-

pos marginados y desfavorecidos, la eliminación de las leyes, políticas y prácticas que influyan de manera desproporcionada en el ejercicio del derecho a una vivienda adecuada por un grupo en particular, la incorporación de los principios de igualdad y no discriminación en todas las leyes y políticas y la adopción de medidas especiales para combatir la discriminación y la desigualdad estructurales que padecen determinados grupos. No se puede justificar que los Estados no protejan a los grupos vulnerables de la discriminación en materia de vivienda, pues la obligación de prohibir la discriminación es vinculante para todos los Estados, incluso en períodos en que los recursos son muy escasos (véase E/1991/23, párr. 12, y E/C.12/GC/20, párr. 13).

Discriminación en el sector privado y responsabilidad de las empresas

25. Para garantizar la aplicación efectiva de los principios de igualdad y no discriminación, los Estados deben garantizar que las instancias privadas también respetan la prohibición de discriminar. Los Estados están obligados a velar por que los migrantes reciban un trato justo, incluso cuando el Estado no sea el proveedor de los servicios de vivienda u otros servicios conexos. Por ello, los Estados deben garantizar que los proveedores privados respetan el principio de no discriminación y velar por que la prestación de servicios por instancias privadas no impida a ningún sector de la sociedad disponer de viviendas accesibles, habitables y asequibles. A este respecto, la obligación de proteger comporta la obligación de velar por que los particulares y las entidades del sector privado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos, para lo cual adoptarán todas las medidas necesarias para prevenir, erradicar y penalizar las prácticas discriminatorias de instancias privadas (véase E/C.12/GC/20, párrs. 11 y 36 a 40). A ese respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales subrayó que, en la medida en que las instituciones privadas influían en el ejercicio de los derechos o en la existencia de oportunidades, el Estado parte debería velar por que el resultado no tuviera el objetivo ni el efecto de generar o perpetuar la discriminación racial (véase CERD/48/Misc.6/Rev.2, párr. 5).

26. En cuanto a la responsabilidad de las instancias privadas de respetar los derechos humanos, el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, ha preparado un marco de orientación en materia de empresas y derechos humanos que se basa en tres principios: la obligación del Estado de proteger a la persona de abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos hu-

manos y la necesidad de mayor eficacia en el acceso de las víctimas a reparaciones⁷. La responsabilidad empresarial obliga a ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos (mantenerse al corriente de los efectos desfavorables de las actividades y relaciones de la empresa en los derechos humanos y mitigar o impedir esos efectos) y a ofrecer a las víctimas de abusos de derechos humanos mecanismos para dirimir los agravios (véase A/HRC/11/13).

B. Necesidad de medidas especiales

27. La no discriminación y la igualdad imponen asimismo a los Estados la obligación de reconocer y atender las diferencias y las necesidades de cada grupo que tiene dificultades concretas en materia de vivienda o ha sido discriminado históricamente por el Estado o instancias privadas en lo que se refiere al acceso a la vivienda y otros servicios esenciales. En consecuencia, la obligación de garantizar la no discriminación hace necesarias medidas positivas de protección aplicables a determinados grupos, incluso en situaciones de emergencia o dificultad financiera (véase E/C.12/GC/20, párrs. 9, 12 y 13).

28. La protección de los migrantes frente a la discriminación ha de ampliarse para dar cabida a medidas especiales o de trato diferencial que promuevan un trato diferencial sustantivo situando en pie de igualdad a todos los miembros de la comunidad. Los Estados están obligados a adoptar medidas de acción afirmativa para atenuar o suprimir las condiciones que perpetúan la discriminación y rectificar la acumulación de efectos adversos en la vivienda (ibíd., párr. 9). De hecho, el Comité de Derechos Humanos señaló en su observación general núm. 18 sobre no discriminación, que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, el trato diferencial no deberá ir más allá de lo necesario para cumplir el objetivo propuesto. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que la obligación de facilitar la prohibición de la discriminación podrá comportar la adopción de medidas que garanticen a las minorías la igualdad de oportunidades en esferas como la salud, el empleo, la vivienda y la educación⁸. En la observación general

7 *Human Rights Translated: A Business Reference Guide*, Castan Center for Human Rights Law, Foro Internacional de Líderes Europeos y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008.

8 Véanse, por ejemplo, E/C.12/1/Add.19, párr. 31; E/C.12/1/Add.25, párr. 23; y E/C.12/1/Add.30, párr. 33.

núm. 16, el Comité subrayó asimismo que la necesidad de situar a personas o grupos de personas desfavorecidas o marginadas al mismo nivel sustantivo que los demás puede exigir en ocasiones medidas especiales provisionales.

29. La participación es otro factor importante para garantizar a los no ciudadanos la igualdad en el disfrute del derecho a una vivienda adecuada. Los migrantes han de tener derecho a participar en la adopción de decisiones sobre las cuestiones, programas y políticas que determinan sus condiciones de vida contribuyendo a su formulación, su aplicación y su seguimiento y a la adaptación a sus necesidades de las medidas especiales que proceda. Los Estados deben adoptar medidas para garantizar al respecto la participación efectiva y activa de los migrantes.

LOS DESALOJOS

El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación general Nº 7

(Párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales)

Adoptada durante el 16º período de sesiones, 1997

1. En su Observación general Nº 4 (1991) el Comité señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto. Habiendo examinado un número considerable de informes sobre desalojos forzosos en los últimos años, incluso de casos en que se ha comprobado que los Estados Partes no cumplían sus obligaciones, el Comité está en condiciones de ofrecer nuevas aclaraciones sobre las consecuencias de esas prácticas para las obligaciones enunciadas en el Pacto.

2. La comunidad internacional reconoce desde hace mucho tiempo que la cuestión de los desalojos forzosos es grave. En 1976, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos señaló que debería prestarse especial atención a “iniciar operaciones importantes de evacuación sólo cuando las medidas de conservación y de rehabilitación no sean viables y se adopten medidas de reubicación¹”. En 1988, en la Estrategia

1 Informe de Hábitat: Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, Vancouver, 1976 (A/CONF.70/15), cap. II, recomendación B.8, párr. c) ii).

Mundial de Vivienda hasta el Año 2000, aprobada por la Asamblea General en su resolución 43/181, se reconoció la “obligación fundamental (de los gobiernos) de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos².” En el Programa de Hábitat los gobiernos se comprometieron a “proteger a todas las personas contra los desalojos forzosos que sean contrarios a la ley, tomando en consideración los derechos humanos, y garantizar la protección y reparación judicial en esos casos; (y) cuando los desahucios sean inevitables tratar, según corresponda, de encontrar otras soluciones apropiadas³.” Sin embargo, aunque estas declaraciones son importantes, dejan pendiente una de las cuestiones más decisivas, a saber, determinar las circunstancias en que son admisibles los desalojos forzosos y enunciar las modalidades de protección que se necesitan para garantizar el respeto de las disposiciones pertinentes del Pacto.

3. El empleo de la expresión “desalojos forzosos” es en cierto modo problemático. Esta expresión pretende transmitir el sentido de arbitrariedad e ilegalidad. Sin embargo, para muchos observadores la referencia a los “desalojos forzosos” es una tautología, en tanto que otros critican la expresión “desalojos ilegales” por cuanto que supone que la legislación pertinente brinda una protección adecuada y se ajusta al Pacto, cosa que no siempre es así en absoluto. Asimismo, se ha señalado que el término “desalojos injustos” es aún más subjetivo dado que no se refiere a ningún marco jurídico. La comunidad internacional, especialmente en el contexto de la Comisión de Derechos Humanos, ha optado por la expresión “desalojos forzosos” sobre todo teniendo en cuenta que todas las alternativas propuestas adolecían también de muchos de esos defectos.

4. Tal como se emplea en la presente Observación general, el término “desalojos forzosos” se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados

2 Informe de la Comisión de Asentamientos Humanos sobre la labor realizada en su 11º período de sesiones, adición (A/43/8/Add.1), párr. 13. En el Programa 21 se declaraba que “debería protegerse legalmente a la población contra el desalojo injusto de sus hogares o sus tierras.” Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, vol. I (A/CONF.151/26/Rev.1(vol.I)), anexo II, Programa 21, cap. 7, párr. 9 b).

3 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) (A/CONF.165/14), anexo II, Programa de Hábitat, párr. 40 n). La Comisión de Derechos Humanos también ha señalado que “la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos.” resolución 1993/77, párr. 1.

legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

5. La práctica de los desalojos forzosos está muy difundida y afecta a las personas tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. Dadas la interrelación y la interdependencia que existen entre todos los derechos humanos, los desalojos forzosos violan frecuentemente otros derechos humanos. Así pues, además de infringir claramente los derechos consagrados en el Pacto, la práctica de los desalojos forzosos también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, el derecho a la no injerencia en la vida privada, la familia y el hogar, y el derecho a disfrutar en paz de los bienes propios.

6. Aunque la práctica ante los desalojos forzosos parece darse principalmente en zonas urbanas densamente pobladas, también se produce en relación con traslados forzados de población, desplazamientos internos, reasentamientos forzados en caso de conflicto armado, éxodos en masa y movimientos de refugiados. En todas estas circunstancias puede haber una violación del derecho a una vivienda adecuada y a la protección contra el desalojo forzoso a causa de una serie de actos u omisiones atribuibles a los Estados Partes. Incluso en las situaciones en que pudiera ser necesario imponer limitaciones a ese derecho, se exige el pleno respeto del artículo 4 del Pacto, en el sentido de que las limitaciones que se impongan deberán ser “determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos (económicos, sociales y culturales) y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

7. Muchos casos de desalojos forzosos están relacionados con la violencia, por ejemplo, los causados por conflictos armados internacionales, las disensiones internas y la violencia comunitaria o étnica.

8. Hay otros casos de desalojos forzosos que tienen lugar en nombre del desarrollo. Pueden efectuarse en relación con conflictos sobre derechos de tierras, proyectos de desarrollo e infraestructura como, por ejemplo, la construcción de presas u otros proyectos energéticos en gran escala, la adquisición de tierras para programas de renovación urbana, rehabilitación de viviendas o embellecimiento de ciudades, el desbroce de tierras para fines agrícolas, la especulación desenfadada de terrenos o la celebración de grandes acontecimientos deportivos tales como los Juegos Olímpicos.

9. Fundamentalmente, las obligaciones de los Estados Partes en el Pacto en relación con los desalojos forzosos se basan en el párrafo 1 del artículo 11 interpretado junto con otras disposiciones pertinentes. En particular, el pá-

rrafo 1 del artículo 2 obliga a los Estados a utilizar “todos los medios apropiados” para promover el derecho a una vivienda adecuada. Ahora bien, dada la naturaleza de la práctica de los desalojos forzosos, la referencia en el párrafo 1 del artículo 2 al logro progresivo de tales derechos basándose en los recursos disponibles rara vez será pertinente. El propio Estado deberá abstenerse de llevar a cabo desalojos forzosos y garantizar que se aplique la ley a sus agentes o a terceros que efectúen desalojos forzosos (tal como se definen en el párrafo 3 *supra*). Este planteamiento se ve reforzado además por lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que complementa el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada. En esa disposición se reconoce, entre otras cosas, el derecho a la protección contra “injerencias arbitrarias o ilegales” en el domicilio propio. Es de señalar que la obligación del Estado de garantizar el respeto de ese derecho no está condicionada por consideraciones relativas a los recursos de que disponga.

10. El párrafo 1 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes que utilicen “todos los medios apropiados”, inclusive la adopción de medidas legislativas, para promover todos los derechos protegidos por el Pacto. Aunque el Comité ha señalado en su Observación general N° 3 (1990) que es posible que tales medidas no sean indispensables en relación con la totalidad de los derechos, es indudable que una legislación contra los desalojos forzosos es una base esencial para crear un sistema de protección eficaz. Esa legislación debería comprender medidas que a) brinden la máxima seguridad de tenencia posible a los ocupantes de viviendas y tierras, b) se ajusten al Pacto y c) regulen estrictamente las circunstancias en que se puedan llevar a cabo los desalojos. La legislación debe aplicarse además a todos los agentes que actúan bajo la autoridad del Estado o que responden ante él. Además, habida cuenta de la creciente tendencia que se da en algunos Estados a que el gobierno reduzca grandemente su responsabilidad en el sector de la vivienda, los Estados Partes deben velar por que las medidas legislativas y de otro tipo sean adecuadas para prevenir y, llegado el caso, castigar los desalojos forzosos que lleven a cabo, sin las debidas salvaguardias, particulares o entidades privadas. Por tanto, los Estados Partes deberían revisar la legislación y las políticas vigentes para que sean compatibles con las exigencias del derecho a una vivienda adecuada y derogar o enmendar toda ley o política que no sea conforme a las disposiciones del Pacto.

11. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente

vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación.

12. Aunque algunos desalojos pueden ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados.

13. El desalojo forzoso y el derribo de viviendas como medida punitiva son también incompatibles con las normas del Pacto. Asimismo, el Comité toma nota de las obligaciones contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977, en lo concerniente a las prohibiciones de los traslados de población civil y la destrucción de bienes de propiedad privada, en la medida en que guardan relación con la práctica de los desalojos forzosos.

14. Antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular los que afectan a grandes grupos de personas, los Estados Partes deberían velar por que se estudien en consulta con los interesados todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Deberían establecerse recursos o procedimientos legales para los afectados por las órdenes de desalojo. Los Estados Partes deberán velar también por que todas las personas afectadas tengan derecho a la debida indemnización por los bienes personales o raíces de que pudieran ser privadas. A este respecto conviene recordar el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que exige a los Estados Partes que garanticen “un recurso efectivo” a las personas cuyos derechos hayan sido violados y que “las autoridades pertinentes” cumplan “toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

15. Cuando se considere que el desalojo está justificado, debería llevarse a cabo con estricto cumplimiento de las disposiciones pertinentes de las normas internacionales de derechos humanos y respetando los principios generales de la razón y la proporcionalidad. A este respecto, cabe recordar en particular la Observación general N° 16 del Comité de Derechos Humanos relativa al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

que señala que la injerencia en el domicilio de una persona sólo puede tener lugar “en los casos previstos por la ley*”. El Comité observó que en tales casos la ley debía “conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”. El Comité señaló también que “en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias”.

16. Aunque la debida protección procesal y el proceso con las debidas garantías son aspectos esenciales de todos los derechos humanos, tienen especial pertinencia para la cuestión de los desalojos forzosos que guarda relación directa con muchos de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El Comité considera que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

17. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos. Cuando los afectados por el desalojo no dispongan de recursos, el Estado Parte deberá adoptar todas las medidas necesarias, en la mayor medida que permitan sus recursos, para que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda.

18. El Comité sabe que varios proyectos de desarrollo financiados por instituciones internacionales en los territorios de Estados Partes han originado desalojos forzosos. Respecto de ellos, el Comité recuerda su Observación general N° 2 (1990) que dice, entre otras cosas, que “los organismos internacionales deberían evitar escrupulosamente toda participación en proyectos que, por ejemplo (...) fomenten o fortalezcan la discriminación contra indi-

* Supra.

viduos o grupos contraria a las disposiciones del Pacto, o que entrañen la expulsión o desplazamiento en gran escala de seres humanos sin proporcionarles toda la protección y compensación adecuadas (...) En cada una de las fases de los proyectos de desarrollo debería hacerse todo lo posible para que se tengan en cuenta los derechos reconocidos en los Pactos⁴.

19. Algunos organismos, como el Banco Mundial y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) han aprobado directrices en materia de reubicación y/o reasentamiento a fin de limitar los sufrimientos humanos causados por los desalojos forzosos. Esas prácticas suelen ser el corolario de proyectos de desarrollo en gran escala, como la construcción de presas y otros proyectos importantes de producción de energía. Es esencial la plena observancia de esas directrices, en la medida en que reflejan las obligaciones contenidas en el Pacto, tanto por los propios organismos como por los Estados Partes en el Pacto. A este respecto, el Comité recuerda lo señalado en la Declaración y Programa de Acción de Viena en el sentido de que: “el desarrollo propicia el disfrute de todos los derechos humanos, pero la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (parte I, párr. 10).

20. En las directrices aprobadas por el Comité para la presentación de informes se pide a los Estados Partes que proporcionen diversas informaciones directamente relacionadas con la práctica de los desalojos forzosos, entre ellas información sobre: a) “el número de personas expulsadas de su vivienda en los últimos cinco años y el número de personas que carecen actualmente de protección jurídica contra la expulsión arbitraria o cualquier otro tipo de desahucio”; b) las “leyes relativas a los derechos de los inquilinos a la seguridad de ocupación, la protección frente al desahucio” y c) “las leyes que prohíban todo tipo de desahucio⁵.”

21. Se pide también información en cuanto a las “medidas adoptadas, entre otras circunstancias, durante programas de renovación urbana, proyectos de nuevo desarrollo, mejora de lugares, preparación de acontecimientos internacionales (olimpiadas, exposiciones universales, conferencias, etc.), campañas de embellecimiento urbano, etc., que garanticen la protección contra la expulsión y la obtención de una nueva vivienda sobre la base de acuerdo mutuo, por parte de cualquier persona que viva en los lugares de que se trate o cerca de ellos⁶”. Sin embargo son pocos los Estados Partes que han inclui-

4 E/1990/23, anexo III, párrs. 6 y 8 d).

5 E/C.12/1990/8, anexo IV.

6 Ibid.

do en sus informes al Comité la información solicitada. En consecuencia, el Comité reitera la importancia que asigna a la recepción de esa información.

22. Algunos Estados Partes han señalado que no disponen de información de ese tipo. El Comité recuerda que la vigilancia efectiva del derecho a una vivienda adecuada, bien sea por el gobierno interesado o por el Comité, es imposible si no se cuenta con los datos apropiados y por ello solicita a todos los Estados Partes que velen por que se reúnan los datos necesarios y se incluyan en los informes presentados en virtud del Pacto.

Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo

Consejo de Derechos Humanos

Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, anexo I

Febrero 5 de 2007

Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo

I. Alcance y carácter

1. La obligación de los Estados de abstenerse de los desalojos forzosos y de proteger contra los desalojos de los hogares y de la tierra se deriva de varios instrumentos jurídicos internacionales que protegen el derecho humano a una vivienda adecuada y otros derechos humanos conexos. Entre éstos figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 1, art. 11), la Convención sobre los Derechos del Niño (párr. 3, art. 27), las disposiciones sobre la no discriminación que figuran en el párrafo 2 h) del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el artículo 5 e) de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial.

2. Además, y de acuerdo con el criterio de la indivisibilidad de los derechos humanos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dice “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”, y se añade que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. En el párrafo 1 del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño figura una disposición análoga. Entre otras referencias en el derecho internacional figuran el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951; el artículo 16 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales independientes (1989); y el artículo 49 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (Cuarto Convenio de Ginebra).

3. Estas directrices abordan las repercusiones para los derechos humanos de los desalojos y los desplazamientos conexos vinculados al desarrollo en

las zonas urbanas y/o rurales. Representan el desarrollo de las Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo (E/CN.4/Sub.2/1997/7, anexo). Están basadas en el derecho internacional relativo a los derechos humanos y corresponden a la Observación general N° 4 (1991) y a la Observación general N° 7 (1997) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Principios Rectores de los desplazamientos internos (E/CN.4/1998/53/Add.2), los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147, y los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (véase E/CN.4/Sub.2/2005/17 y Add.1).

4. Teniendo en cuenta todas las definiciones pertinentes de la práctica de “desalojos forzosos” en el contexto de las normas internacionales de derechos humanos, las presentes directrices se aplican a acciones y/u omisiones relacionadas con desplazamientos coaccionados o involuntarios de personas, grupos y comunidades de sus hogares y/o tierras y lo recursos comunes de propiedad que estaban ocupados o de los que éstos dependían, eliminando o limitando con ello la capacidad de una persona, un grupo o una comunidad de residir o trabajar en una vivienda, residencia o lugar particulares, sin que se haya ofrecido o no se tenga acceso a formas apropiadas de protección jurídica o de otro tipo^a.

5. Los desalojos forzosos constituyen un fenómeno diferenciado en virtud del derecho internacional y con frecuencia están vinculados a la falta de una tenencia jurídicamente segura, lo cual constituye un elemento esencial del derecho a una vivienda adecuada. Los desalojos forzosos comparten muchas consecuencias parecidas con las que se derivan de los desplazamientos arbitrarios^b, en particular el traslado de la población, las expulsiones en masa, los éxodos en masa, la depuración étnica y otras prácticas que significan el desplazamiento coaccionado e involuntario de personas de sus hogares, tierras y comunidades.

6. Los desplazamientos forzosos constituyen graves violaciones de una serie de derechos humanos internacionalmente reconocidos, en particular los

a La prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos que se llevan a cabo de conformidad con la legislación ni conforme a las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

b Correspondientes al Principio 6 de los Principios Rectores de los desplazamientos internos.

derechos humanos a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la seguridad de hogar, a la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la libertad de circulación. Los desalojos se pueden llevar a cabo de forma legal, únicamente en circunstancias excepcionales y de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional relativo a los derechos humanos y del derecho humanitario.

7. Los desalojos forzosos intensifican la desigualdad, los conflictos sociales, la segregación y la creación de guetos, que invariablemente afectan a los sectores de la sociedad más pobres, más vulnerables social y económicamente y a los marginados, especialmente a las mujeres, a los niños, a las minorías y a los pueblos indígenas.

8. En el contexto de las presentes directrices, los desalojos generados por el desarrollo incluyen los que con frecuencia se planifican y se llevan a cabo so pretexto de servir al “bien común”, como, por ejemplo, los desalojos vinculados a los proyectos de desarrollo e infraestructuras (en particular, grandes presas, proyectos industriales y energéticos a gran escala, industrias mineras u otras industrias extractivas); medidas de compra del suelo relacionadas con la renovación urbana, la rehabilitación de los tugurios, la renovación de las viviendas, la restauración de las ciudades y otros programas de utilización de la tierra (también para fines agrícolas); litigios sobre bienes, propiedad inmobiliaria o el suelo; especulación descontrolada del suelo; importantes negocios internacionales o actos deportivos; y, aparentemente, fines ambientales. Entre estas actividades figuran también las que cuentan con el apoyo de la asistencia internacional para el desarrollo.

9. Los desplazamientos derivados de la destrucción o degradación del medio ambiente, los desalojos y las evacuaciones originados por disturbios públicos, desastres naturales o causados por el hombre, tensiones y perturbaciones, conflictos internos, internacionales o mixtos (que tienen dimensiones tanto nacionales como internacionales) y emergencias públicas, la violencia en el hogar y algunas prácticas culturales y tradicionales con frecuencia se producen sin tener en cuenta los derechos humanos y las normas humanitarias existentes, en particular el derecho a una vivienda adecuada. No obstante, estas situaciones pueden estar relacionadas con otra serie de consideraciones que las presentes directrices no abordan explícitamente, aunque también pueden proporcionar orientaciones útiles en esos contextos. Se señalan a la atención los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, los Principios Rectores

de los desplazamientos internos y los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas.

10. Aun reconociendo el gran número de contextos en que se producen los desalojos forzosos, las presentes directrices se centran en ofrecer orientación a los Estados sobre medidas y procedimientos que han de adoptarse para garantizar que los desalojos generados por el desarrollo no se efectúen en contravención de las normas internacionales de derechos humanos existentes y, por tanto, no constituyan “desalojos forzosos”. Estas directrices tienen por objeto ofrecer un instrumento práctico para ayudar a los Estados y organismos a desarrollar políticas, legislación, procedimientos y medidas preventivas para garantizar que no se produzcan desalojos forzosos y para ofrecer recursos eficaces a aquellos cuyos derechos humanos han sido violados, en caso de que hayan fallado las medidas preventivas.

II. Obligaciones generales

A. Titulares de los deberes y el carácter de las obligaciones

11. Aunque numerosos agentes diferentes pueden llevar a cabo, sancionar, exigir, proponer, iniciar, condonar o aquiescer a los desalojos forzosos, corresponde a los Estados la obligación principal de aplicar los derechos humanos y las normas humanitarias, para asegurar el respeto por todos los derechos consagrados en los tratados vinculantes y los principios generales del derecho público internacional, según se reflejan en las presentes directrices. Sin embargo, esto no exime de toda la responsabilidad a otras partes, incluidos los jefes y el personal de proyectos, las instituciones u organizaciones financieras internacionales y de otro tipo, las empresas transnacionales y de otra índole y las partes individuales, incluidos los caseros particulares y los terratenientes.

12. En virtud del derecho internacional, las obligaciones de los Estados incluyen el respeto, la protección y el cumplimiento de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Esto significa que los Estados: se abstendrán de violar los derechos humanos tanto interna como extraterritorialmente; garantizarán que otras partes dentro de la jurisdicción del Estado y bajo su control eficaz no violen los derechos humanos de los demás; y adoptarán medidas preventivas y correctivas para respetar los derechos humanos y proporcionar asistencia a las personas cuyos derechos han sido violados. Estas obligaciones son continuas y simultáneas y no sugieren una jerarquía de medidas.

B. Principios básicos de derechos humanos

13. De acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos, toda persona tiene derecho a una vivienda adecuada como componente del derecho a un nivel de vida adecuado. El derecho a una vivienda adecuada incluye, entre otras cosas, el derecho a la protección contra la injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, familia, hogar y el derecho a la seguridad jurídica de la tenencia.

14. De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar esa protección contra los desalojos forzosos y el derecho humano a una vivienda adecuada y a la seguridad de la tenencia, que están garantizados sin discriminación alguna sobre la base de la raza, color, sexo, idioma, religión o creencias, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional, étnico o social, condición jurídica o social, edad, discapacidad, bienes, nacimiento y otras condiciones.

15. Los Estados deben garantizar la igualdad de derechos de mujeres y hombres a la protección contra los desalojos forzosos y la igualdad de disfrute del derecho humano a la vivienda adecuada y a la seguridad de la tenencia, según se refleja en las presentes directrices.

16. Todas las personas, grupos y comunidades tienen derecho al reasentamiento, que incluye el derecho a una tierra distinta mejor o de igual calidad, y una vivienda que debe satisfacer los siguientes criterios de adecuación: facilidad de acceso, asequibilidad, habitabilidad, seguridad de la tenencia, adecuación cultural, adecuación del lugar y acceso a los servicios esenciales, tales como la salud y la educación^c.

17. Los Estados deben garantizar que cualquier persona que afirme que haya sido violado su derecho a la protección contra los desalojos forzosos o esté amenazada de violación disponga de recursos jurídicos eficaces u otros recursos apropiados.

18. Los Estados deben abstenerse de introducir cualesquiera medidas deliberadamente regresivas con respecto a la protección de jure o de facto contra los desalojos forzosos.

19. Los Estados deben reconocer que la prohibición de los desalojos forzosos incluye el desplazamiento arbitrario que produce una alteración en la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada.

^c Véase la Observación general N° 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1991.

20. Los Estados deben formular y llevar a cabo sus políticas y actividades internacionales en cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos, en particular por medio tanto de la búsqueda como de la prestación de asistencia internacional para el desarrollo.

C. Cumplimiento de las obligaciones del Estado

21. Los Estados garantizarán que los desalojos se produzcan únicamente en circunstancias excepcionales. Los desalojos requieren una plena justificación dados sus efectos adversos sobre una gran cantidad de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Cualquier desalojo debe: a) estar autorizado por la ley; b) llevarse a cabo de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos; c) hacerse únicamente con el fin de promover el bienestar general^d; d) ser razonable y proporcional; e) estar reglamentado de tal forma que se garantice una indemnización y rehabilitación completas y justas; y f) realizarse de acuerdo con las presentes directrices. La protección que ofrecen estos requisitos de procedimiento se aplica a todas las personas vulnerables y a los grupos afectados, independientemente de si poseen un título de propiedad sobre el hogar o los bienes en virtud de la legislación nacional.

22. Los Estados deben adoptar medidas legislativas y normativas que prohíban la ejecución de los desalojos que no estén conformes con sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Los Estados deberían abstenerse, en la mayor medida posible, de reclamar o incautarse de viviendas o tierras, y en particular cuando este acto no contribuye al disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, un desalojo puede considerarse justificado si se trata de medidas de reforma o redistribución de las tierras, especialmente para el beneficio de las personas, los grupos o las comunidades vulnerables o desposeídos. Los Estados deberían aplicar las sanciones civiles o penales apropiadas contra cualquier persona o entidad pública o privada dentro de su jurisdicción que lleve a cabo desalojos de una forma que no corresponda plenamente a la ley y a las normas internacionales de derechos humanos aplicables. Los Estados deben garantizar la disponibilidad de recursos adecuados y eficaces, jurídicos y de otro tipo, para las personas que son objeto de los desalojos forzosos o siguen vulnerables a ellos, o defenderlos contra los desalojos.

d En las presentes directrices, la promoción del bienestar general se refiere a las medidas adoptadas por los Estados de acuerdo con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, en particular la necesidad de garantizar los derechos humanos de los más vulnerables.

23. Los Estados adoptarán medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para garantizar la igualdad de disfrute del derecho a una vivienda adecuada por todos. La obligación de los Estados de adoptar medidas legislativas y normativas apropiadas para garantizar la protección de las personas, los grupos o las comunidades de los desalojos que no están conformes con las normas internacionales de derechos humanos existentes es inmediata^e.

24. Para garantizar que no haya forma alguna de discriminación, estatutaria o de otro tipo, que afecte negativamente el disfrute del derecho humano a una vivienda adecuada, los Estados deberían llevar a cabo un análisis amplio de la legislación y de la política nacional correspondiente para asegurarse de que está conforme con las disposiciones internacionales de derechos humanos. Este examen amplio debería garantizar también que la legislación, los reglamentos y la política existentes se ocupan de la privatización de los servicios públicos, de la herencia y de las prácticas culturales para que no produzcan ni faciliten los desalojos forzosos^f.

25. Para garantizar un grado máximo de protección jurídica eficaz contra la práctica de los desalojos forzosos para todas las personas bajo su jurisdicción, los Estados deberían adoptar medidas inmediatas dirigidas a otorgar seguridad jurídica de la tenencia a las personas, los hogares y las comunidades que ahora carecen de esa protección, en particular aquellos que no tienen títulos oficiales de propiedad sobre el hogar y la tierra.

26. Los Estados deben garantizar la igualdad del disfrute del derecho a una vivienda adecuada por las mujeres y por los hombres. Para ello es preciso que los Estados adopten y apliquen medidas especiales para proteger a las mujeres de los desalojos forzosos. Estas medidas deben asegurar que se otorgan a todas las mujeres títulos de propiedad sobre la vivienda y la tierra.

27. Los Estados deberían asegurar que las normas vinculantes de derechos humanos se integren en sus relaciones internacionales, en particular por medio del comercio y las inversiones, la asistencia al desarrollo y la participación en foros y organizaciones multilaterales. Los Estados deberían cumplir sus obligaciones de derechos humanos con respecto a la cooperación

e Véase la Observación general N° 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, aprobada en 1990 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

f Véanse las directrices sobre la vivienda y la discriminación que figuran en el informe de 2002 a la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado (E/CN.4/2005/59).

internacional^g, como donantes o como beneficiarios. Los Estados deberían garantizar que las organizaciones internacionales en que están representados se abstengan de patrocinar o ejecutar cualquier proyecto, programa o política que puedan significar desalojos forzosos, es decir, desalojos que no estén en plena conformidad con el derecho internacional y según se especifica en las presentes directrices.

D. Estrategias, políticas y programas preventivos

28. Los Estados deberían adoptar, hasta el máximo de los recursos disponibles, estrategias, políticas y programas apropiados para asegurar la protección eficaz de las personas, los grupos y las comunidades contra los desalojos forzosos y sus consecuencias.

29. Los Estados deberían llevar a cabo un examen amplio de las estrategias, políticas y programas correspondientes con el fin de garantizar su compatibilidad con las normas internacionales de derechos humanos. A este respecto, dicho examen debe tratar de eliminar las disposiciones que contribuyen a mantener o exacerbar las desigualdades existentes que afectan negativamente a las mujeres y a los grupos marginados y vulnerables. Los gobiernos deben adoptar medidas especiales para garantizar que las políticas y los programas no estén formulados ni aplicados de forma discriminatoria, y no marginen todavía más a las que viven en la pobreza, tanto en las zonas urbanas como rurales.

30. Los Estados deberían adoptar medidas preventivas especiales para evitar y/o eliminar las causas subyacentes de los desalojos forzosos, tales como la especulación del suelo e inmobiliaria. Los Estados deberían examinar el funcionamiento y la reglamentación de los mercados de la vivienda y la tenencia y, cuando resulte necesario, intervenir para garantizar que las fuerzas del mercado no aumenten la vulnerabilidad ante los desalojos forzosos de los grupos de bajos ingresos y otros grupos marginados. En caso de un incremento de los precios de la vivienda o del suelo, los Estados deberían garantizar también una protección suficiente contra las presiones físicas o

g Como se establece en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los Artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas; el párrafo 1 del artículo 2, y los artículos 11, 15, 22 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el párrafo 4 del artículo 23 y el párrafo 3 del artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño. presiones físicas o económicas sobre los residentes para que abandonen sus viviendas o tierras adecuadas o se vean privados de ellas.

económicas sobre los residentes para que abandonen sus viviendas o tierras adecuadas o se vean privados de ellas.

31. Debería garantizarse la prioridad en la asignación de viviendas y tierras a los grupos en situación de desventaja, tales como las personas de edad, los niños y las personas con discapacidad.

32. Los Estados deben dar prioridad al estudio de estrategias que reducen el desplazamiento. Sería preciso realizar evaluaciones amplias y holísticas de los efectos antes de iniciar cualquier proyecto que podría desembocar en desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, con el fin de garantizar plenamente los derechos humanos de todas las personas, grupos y comunidades posiblemente afectados, en particular su protección contra los desalojos forzosos. La evaluación de los efectos de los desalojos también debería incluir la exploración de alternativas y de estrategias para minimizar los daños.

33. La evaluación de los efectos debe tener en cuenta los distintos efectos de los desalojos forzosos sobre las mujeres, los niños, las personas de edad y los sectores marginados de la sociedad. Todas estas evaluaciones deberían basarse en la reunión de datos desagregados, que permitan identificar y abordar de forma apropiada todos los diversos efectos.

34. Debería exigirse y proporcionarse formación adecuada en la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos a los profesionales competentes, en particular los abogados, los agentes de orden público, los arquitectos urbanistas y especialistas en planeamiento regional y otras personas involucradas en el diseño, la gestión y la ejecución de los proyectos de desarrollo. Esta formación debería incluir la capacitación sobre los derechos de las mujeres, destacando en particular las preocupaciones y necesidades específicas de las mujeres relacionadas con la vivienda y la tierra.

35. Los Estados deberían garantizar la difusión de la información adecuada sobre los derechos humanos y las leyes y políticas relacionadas con la protección contra los desalojos forzosos. Debería prestarse atención especial a la difusión de información oportuna y apropiada entre los grupos especialmente vulnerables a los desalojos, por medio de canales y métodos culturalmente idóneos.

36. Los Estados deben asegurar que las personas, los grupos y las comunidades estén protegidos contra los desalojos durante el período en que su caso particular está bajo examen en un órgano jurídico nacional, regional o internacional.

III. Antes de los desalojos

37. En los procesos de planificación y desarrollo urbanos y rurales deberían participar todos los que pueden verse afectados e incluir los siguientes elementos: a) un aviso apropiado a todas las personas que podrían verse afectadas de que se está considerando el desalojo y que habrá audiencias públicas sobre los planes y las alternativas propuestos; b) difusión eficaz por las autoridades de la información correspondiente por adelantado, en particular los registros de la tierra y los planes amplios de reasentamiento propuestos, con medidas dirigidas especialmente a proteger a los grupos vulnerables; c) un plazo razonable para el examen público, la formulación de comentarios y/o objeciones sobre el plan propuesto; d) oportunidades y medidas para facilitar la prestación de asesoramiento jurídico, técnico y de otro tipo a las personas afectadas sobre sus derechos y opciones; y e) celebración de audiencias públicas que den la oportunidad a las personas afectadas y a sus defensores a impugnar la decisión de desalojo y/o presentar propuestas alternativas y formular sus exigencias y prioridades de desarrollo.

38. Los Estados deberían explorar plenamente todas las posibles alternativas a los desalojos. Todos los grupos y personas que pueden verse afectados, en particular las mujeres, los pueblos indígenas y las personas con discapacidad, así como las personas que trabajan en su nombre, tienen derecho a la información correspondiente, consultas completas y plena participación durante todo el proceso, así como de proponer alternativas que las autoridades han de examinar debidamente. En caso de que no se pueda llegar a un acuerdo entre las partes involucradas sobre una alternativa propuesta, un órgano independiente que tenga autoridad constitucional, como, por ejemplo, un juzgado, un tribunal o un Ombudsman, debería encargarse de la mediación, el arbitraje o la decisión, según resulte apropiado.

39. Durante los procesos de planificación, hay que ofrecer oportunidades para el diálogo y la consulta a todo el espectro de personas afectadas, en particular las mujeres y los grupos vulnerables y marginados, y, cuando resulte necesario, por medio de la adopción de medidas o procedimientos especiales.

40. Antes de cualquier decisión sobre el inicio de un desalojo, las autoridades deben demostrar que el desalojo es inevitable y corresponde a los compromisos internacionales de derechos humanos que protegen el bienestar general.

41. Cualquier decisión relacionada con los desalojos debe anunciarse por escrito en el idioma local a todas las personas afectadas, con suficiente antelación. El aviso de desalojo debe contener una justificación detallada de

la decisión, en particular sobre: a) la ausencia de alternativas razonables; b) todos los detalles de la alternativa propuesta; y c) cuando no hay alternativas, todas las medidas adoptadas y previstas para reducir al mínimo los efectos perjudiciales de los desalojos. Todas las decisiones definitivas deben ser objeto de un examen administrativo y judicial. Se debe garantizar a las partes afectadas el acceso oportuno a la asistencia letrada, gratuita en caso necesario.

42. Un aviso apropiado de desalojo debe permitir y posibilitar que las personas objeto del desalojo hagan un inventario para evaluar sus bienes inmuebles, inversiones y otros bienes materiales que pueden verse dañados. Debe darse la oportunidad a las personas objeto de desalojo de evaluar y documentar las pérdidas no monetarias que han de ser indemnizadas.

43. Los desalojos no deben generar personas sin hogar o vulnerables a la violación de otros derechos humanos. El Estado debe prever la adopción de todas las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, especialmente a favor de los que no pueden ganarse la vida, para garantizar que se disponga o se ofrezca vivienda adecuada alternativa, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según el caso. La vivienda alternativa debe estar situada lo más cerca posible del lugar inicial de residencia y la fuente de ingresos de las personas desalojadas.

44. Todas las medidas de reasentamiento, tales como la construcción de hogares, el suministro de agua, electricidad, saneamiento, escuelas, acceso a los caminos y la asignación de tierras y solares, deben corresponder a las presentes directrices y a los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos y finalizar antes de que se traslade a las personas desalojadas de sus lugares de residencia^h.

IV. Durante los desalojos

45. Los requisitos de procedimiento para garantizar el respeto de las normas de derechos humanos incluyen la presencia obligatoria durante los desalojos de funcionarios gubernamentales o sus representantes en el lugar. Los funcionarios gubernamentales, sus representantes y las personas que ejecutan el desalojo deben identificarse a las personas que van a ser desalojadas y presentar una autorización oficial para el desalojo.

^h Véase la sección V de las presentes directrices.

46. Debería permitirse el acceso de observadores neutrales, en particular observadores nacionales e internacionales, a petición de éstos, para garantizar la transparencia y el cumplimiento de los principios internacionales de derechos humanos durante la ejecución de cualquier desalojo.

47. Los desalojos no deberían realizarse de una forma que viole la dignidad y los derechos humanos a la vida y a la seguridad de las personas afectadas. Los Estados también deben adoptar medidas para garantizar que las mujeres no sean objeto de violencia ni discriminación de género durante los desalojos, y que se protegen los derechos humanos de los niños.

48. Cualquier uso legal de la fuerza debe respetar los principios de la necesidad y la proporcionalidad, así como los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el código de conducta nacional o local que corresponda a las normas internacionales de aplicación de la ley y de los derechos humanos.

49. Los desalojos no deben realizarse con tiempo inclemente, por la noche, durante los festivales o las fiestas religiosas, antes de las elecciones o durante o justo antes de los exámenes en las escuelas.

50. Los Estados y sus agentes deben adoptar medidas para garantizar que nadie sea objeto de ataques directos o indiscriminados u otros actos de violencia, especialmente dirigidos contra las mujeres y los niños, o privado arbitrariamente de sus bienes o posesiones a consecuencia de la demolición, el incendio intencionado y otras formas de destrucción deliberada, negligencia o cualquier forma de castigo colectivo. Los bienes y las posesiones abandonados involuntariamente deben protegerse contra la destrucción y la apropiación, la ocupación o el uso arbitrarios e ilegales.

51. Las autoridades y sus agentes nunca deben exigir u obligar a las personas desalojadas a que destruyan sus propias viviendas u otras construcciones. Sin embargo, la posibilidad de hacerlo debe ofrecerse a las personas afectadas, ya que podría facilitar la conservación de posesiones y de materiales de construcción.

V. Después del desalojo: socorro y reinstalación inmediatos

52. El Gobierno y cualesquiera otras partes responsables de proporcionar una indemnización justa y un alojamiento alternativo suficiente, o la restitución cuando sea factible, deben hacerlo inmediatamente después del desalojo, excepto en los casos de fuerza mayor. Como mínimo, independientemente de las circunstancias y sin discriminación, las autoridades competentes deben garantizar que las personas o los grupos desalojados, especialmente

los que no pueden ganarse el sustento, tienen acceso seguro a: a) alimentos esenciales, agua potable y saneamiento; b) alojamiento básico y vivienda; c) vestimenta apropiada; d) servicios médicos esenciales; e) fuentes de sustento; f) pienso para los animales y acceso a los recursos comunes de propiedad de los que dependían anteriormente; y g) educación para los niños e instalaciones para el cuidado de los niños. Los Estados también deberían asegurar que los miembros de la misma familia ampliada o comunidad no se separen a consecuencia de los desalojos.

53. Hay que adoptar medidas especiales para garantizar la igualdad de participación de las mujeres en todos los procesos de planificación y la distribución de los servicios básicos y de los suministros.

54. Para asegurar la protección del derecho humano al más alto nivel posible de salud física y mental, todas las personas desalojadas que estén heridas y enfermas, así como las personas con discapacidad, deben recibir los cuidados y atención médica necesarios en la mayor medida que sea factible y con el menor retraso posible, sin distinción por motivos no médicos. En los casos necesarios las personas desalojadas deben tener acceso a los servicios psicológicos y sociales. Es necesario prestar atención especial a: a) las necesidades de salud de las mujeres y los niños, en particular el acceso al personal sanitario femenino en los casos necesarios y a servicios tales como la atención de la salud reproductiva y el asesoramiento apropiado para las víctimas de los abusos sexuales y de otro tipo; b) asegurar que los tratamientos médicos en curso no se interrumpan a consecuencia del desalojo o la reubicación; y c) la prevención de las enfermedades contagiosas e infecciosas, en particular el VIH/SIDA, en los lugares adonde hayan sido trasladadas.

55. Los lugares determinados de reinstalación deben responder a los criterios de una vivienda adecuada de acuerdo con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. Entre éstos figuranⁱ: a) seguridad de la tenencia; b) servicios, materiales, instalaciones e infraestructuras tales como agua potable, energía para cocinar, calefacción y luz, saneamiento, lavaderos de ropa, formas de almacenar alimentos, vertederos de basura, drenajes del lugar y servicios de emergencia, y en los casos apropiados, acceso a recursos naturales y comunes; c) vivienda asequible; d) vivienda habitable que ofrezca a los habitantes espacio suficiente, protección del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas a la salud, peligros estructurales y portadores de enfermedades, y que garantice la seguridad física de sus ocupantes; e) accesibilidad para los grupos en situación de desventaja; f) acceso

i Véase la Observación general N° 4 sobre una vivienda adecuada aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1991.

a las oportunidades de empleo, servicios de atención de la salud, escuelas, centros de cuidado del niño y otras instalaciones sociales, tanto en las zonas urbanas como rurales; y g) una vivienda culturalmente apropiada. Para garantizar la seguridad del hogar, una vivienda adecuada debe reunir también los siguientes elementos esenciales: privacidad y seguridad; participación en la adopción de decisiones; protección contra la violencia, y acceso a los medios de defensa por cualquier violación que hayan padecido.

56. Al determinar la compatibilidad del reasentamiento con las presentes directrices, los Estados deberían garantizar que en el contexto de cualquier caso de reasentamiento se respeten los siguientes criterios:

- a) No se producirá reasentamiento alguno hasta que no exista una política amplia de reasentamientos que corresponda a las presentes directrices y a los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- b) El reasentamiento debe garantizar que se protegen por igual los derechos humanos de las mujeres, los niños, los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, en particular su derecho a poseer bienes y a tener acceso a lo recursos.
- c) El agente que proponga y/o lleve a cabo el reasentamiento deberá por ley pagar todos los gastos conexos, en particular todos los gastos de reasentamiento.
- d) Nadie entre las personas, los grupos o las comunidades afectados sufrirá perjuicio en lo que respecta a sus derechos humanos, ni se verá menoscabado su derecho a la mejora continua de las condiciones de vida. Esto se aplica por igual a las comunidades receptoras de los lugares de reasentamiento y a las personas, los grupos y las comunidades afectados que han sido objeto de desalojos forzosos.
- e) Debe garantizarse el derecho de las personas, los grupos y las comunidades afectados al consentimiento previo con pleno conocimiento de causa en lo que respecta a la reinstalación. El Estado proporcionará todas las comodidades, servicios y oportunidades económicas necesarios en el lugar propuesto.
- f) El tiempo y los gastos para desplazarse al lugar de trabajo o para acceder a los servicios esenciales no debe ser excesivamente oneroso para los hogares de bajos ingresos.
- g) Los lugares de reinstalación no deben estar situados en tierras contaminadas o en la cercanía inmediata a fuentes de contaminación que amenacen el derecho al nivel más alto posible de salud física y mental de los habitantes.

- h) Las personas, los grupos y las comunidades afectados recibirán información suficiente sobre todos los proyectos y procesos de planificación y ejecución del Estado relativos al reasentamiento de que se trate, en particular información sobre el supuesto uso de las viviendas o lugares desalojados y sus beneficiarios propuestos. Hay que prestar atención especial a garantizar que los pueblos indígenas, las minorías, las personas sin tierra, las mujeres y los niños estén representados e incluidos en este proceso.
- i) Todo el proceso de reasentamiento debe llevarse a cabo con la plena participación de las personas, los grupos y las comunidades afectados. En particular, los Estados deberían tener en cuenta los planes alternativos propuestos por las personas, los grupos y las comunidades afectados.
- j) Si después de una audiencia pública completa e imparcial se estima que todavía existe la necesidad de proceder con el reasentamiento, se dará a las personas, los grupos y las comunidades afectados un aviso al menos 90 días antes del reasentamiento.
- k) Durante el reasentamiento estarán presentes funcionarios gubernamentales locales y observadores neutrales, identificados debidamente, para garantizar que no haya incidentes de fuerza, violencia ni intimidación.

57. Las políticas de rehabilitación deben incluir programas creados para las mujeres y los grupos marginados y vulnerables para garantizar que disfruten por igual de los derechos humanos a la vivienda, la alimentación, el agua, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad personal, la seguridad del hogar, la libertad de tratos crueles, inhumanos o degradantes y la libertad de circulación.

58. Las personas, los grupos o las comunidades afectados por un desalojo no deben sufrir menoscabo de sus derechos humanos, en particular su derecho a la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada. Esto se aplica por igual a las comunidades receptoras en los lugares de reinstalación.

VI. Recursos en caso de desalojo forzoso

59. Todas las personas que estén amenazadas o sean objeto de desalojos forzados tienen el derecho de acceder oportunamente a un recurso. Entre las medidas apropiadas figuran una audiencia imparcial, acceso a la asistencia letrada, asistencia jurídica, retorno, restitución, reasentamiento, rehabilitación e indemnización y éstas deben ajustarse, según se aplique, a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

A. Indemnización

60. Cuando el desalojo es inevitable y necesario para la promoción del bienestar general, el Estado debe proporcionar o garantizar una indemnización justa e imparcial por cualesquiera de las pérdidas de bienes personales, inmobiliarios o de otro tipo, en particular los derechos y los intereses relacionados con la propiedad. Debe proporcionarse indemnización por cualquier daño económicamente evaluable, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, como, por ejemplo: pérdida de vida o de un miembro; daños físicos o mentales; oportunidades perdidas, en particular de empleo, educación y prestaciones sociales; daños materiales y pérdida de ingresos, en particular la pérdida de las posibilidades de obtener ingresos; daño moral; y los gastos necesarios para la asistencia letrada o de expertos, medicamentos y servicios médicos, y servicios psicológicos y sociales. La indemnización en efectivo en circunstancia alguna debe sustituir la indemnización real en forma de tierras o recursos comunes de propiedad. Cuando a la persona desalojada se le hayan retirado tierras, hay que indemnizarla con tierras equivalentes en calidad, dimensiones y valor, o mejores.

61. Todas las personas desalojadas, independientemente de si poseen un título de propiedad, deben tener derecho a una indemnización por la pérdida, el rescate y el transporte de sus bienes afectados, en particular la vivienda inicial y las tierras perdidas o dañadas en el proceso. La consideración de las circunstancias de cada caso permitirá ofrecer indemnización por las pérdidas relacionadas con las formas no oficiales de propiedad, tales como los tugurios.

62. Las mujeres y los hombres deben ser cobeneficiarios de todas las medidas de indemnización. Las mujeres solteras y las viudas deben tener derecho a su propia indemnización.

63. En la medida en que la evaluación de los daños económicos no entre en la asistencia para la reinstalación, esta evaluación debe tener en cuenta las pérdidas y los gastos, por ejemplo, de las parcelas y las estructuras de la casa; el contenido; infraestructuras; hipotecas y otras deudas pendientes; vivienda provisional; gastos burocráticos y costas; vivienda alternativa; salarios e ingresos perdidos; oportunidades educacionales perdidas; atención sanitaria y médica; gastos de reasentamiento y transporte (especialmente en el caso de reinstalación lejos de la fuente de sustento). Cuando el hogar y la tierra proporcionen también una fuente de sustento para los habitantes desalojados, la evaluación del efecto y de las pérdidas debe tener en cuenta el valor de las pérdidas de negocio, el equipo/inventario, el ganado, la tierra, los árboles/las cosechas y la pérdida o reducción de ingresos y salarios.

B. Restitución y retorno

64. Las circunstancias de los desalojos forzosos vinculados a los proyectos de desarrollo e infraestructuras (incluidos los que se mencionan en el párrafo 8) rara vez permiten la restitución o el retorno. Sin embargo, cuando lo permitan las circunstancias, los Estados deben dar prioridad a los derechos de todas las personas, los grupos y las comunidades que han sido objeto de desalojos forzosos. Aun así, estas personas, grupos y comunidades no serán obligados contra su voluntad a regresar a sus hogares, tierras o lugares de origen.

65. Cuando es posible el retorno y no se ofrece un reasentamiento adecuado conforme con estas directrices, las autoridades competentes deben establecer condiciones y proporcionar los medios, incluidos los financieros, para el retorno voluntario en condiciones de seguridad y con dignidad a los hogares y a los lugares de residencia habitual. Las autoridades responsables deben facilitar la reintegración de las personas que han regresado y adoptar medidas para asegurar la plena participación de las personas, los grupos y las comunidades afectados en la planificación y la gestión del proceso de retorno. Pueden resultar necesarias medidas especiales para garantizar la participación en pie de igualdad y eficaz de las mujeres en los procesos de retorno o restitución con el fin de superar los prejuicios de género existentes en el hogar, la comunidad, las instituciones, la administración, el poder judicial o de otro tipo que contribuyen a la marginación o a la exclusión de las mujeres.

66. Las autoridades competentes tienen el deber y la responsabilidad de ayudar a las personas, los grupos o las comunidades que regresan a recuperar, en la mayor medida posible, los bienes y las posesiones que han abandonado o de las que fueron privados debido al desalojo.

67. Cuando no es posible el retorno al antiguo lugar de residencia o la recuperación de los bienes y posesiones, las autoridades competentes deben proporcionar a las víctimas de los desalojos forzosos, o ayudarles a obtener, una indemnización apropiada u otras formas de reparación justa.

C. Reasentamiento y rehabilitación

68. Aunque todas las partes deben asignar prioridad al derecho al retorno, determinadas circunstancias (incluida la promoción del bienestar general, o en casos en que la seguridad, la salud o el disfrute de los derechos humanos lo exigen) pueden requerir el reasentamiento de determinadas personas, grupos o comunidades a causa de los desalojos generados por el desarrollo. Los reasentamientos deben producirse de forma justa y equitativa y en plena

conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos según se expone en la sección V de las presentes directrices.

VII. Vigilancia, evaluación y seguimiento

69. Los Estados deberían supervisar activamente y llevar a cabo evaluaciones cuantitativas y cualitativas para determinar el número, el tipo y las consecuencias a largo plazo de los desalojos, incluidos los desalojos forzosos, que se producen en su jurisdicción y territorio bajo control eficaz. Los informes y las conclusiones de la vigilancia deberían ponerse a disposición del público y de las partes internacionales involucradas con el fin de promover el desarrollo de prácticas óptimas y experiencias en la solución de problemas basadas en las lecciones aprendidas.

70. Los Estados deberían encargar a un órgano nacional independiente, como, por ejemplo, una institución nacional de derechos humanos, la vigilancia y la investigación de los desalojos forzosos y el cumplimiento por el Estado de estas directrices y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

VIII. La función de la comunidad internacional, incluidas las organizaciones internacionales

71. La comunidad internacional tiene la obligación de promover, proteger y realizar el derecho humano a la vivienda, la tierra y la propiedad. Las instituciones y los organismos internacionales financieros, comerciales, de desarrollo y de otro tipo, en particular los Estados miembros y los donantes que tienen derecho de voto dentro de esos órganos, deberían tener plenamente en cuenta la prohibición de los desalojos forzosos en virtud del derecho internacional relativo a los derechos humanos y normas conexas.

72. Las organizaciones internacionales deberían establecer mecanismos de denuncia, o adherirse a ellos, para los casos de desalojos forzosos que se derivan de sus propias prácticas y políticas. Es preciso ofrecer recursos jurídicos a las víctimas de acuerdo con lo estipulado en estas directrices.

73. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales deben respetar el derecho humano a una vivienda adecuada, en particular la prohibición de los desalojos forzosos, dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia.

IX. Interpretación

74. Estas directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo no deberán interpretarse de forma que limiten, modifiquen o perjudiquen de otro modo los derechos reconocidos en el derecho internacional relativo a los derechos humanos, los refugiados, el derecho penal o humanitario y normas conexas, o los derechos que concuerdan con esas leyes y normas según se reconocen en virtud de la legislación nacional de un país.

La publicación reúne cuarenta y siete extractos de pronunciamientos emitidos entre los años 1991 y 2011 por los órganos y mecanismos de derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Constitucional de Colombia.

La problemática de la restitución de tierras es transversal a otros aspectos de derechos humanos como son el derecho a los recursos naturales, el derecho a la vivienda digna, el derecho de propiedad, el derecho de los pueblos indígenas, tribales y afrodescendientes, los derechos de los desplazados, entre otros. Por esta razón, muchos de los extractos muestran la interdependencia del derecho a la tierra con estos y otros derechos.

Oficina en Colombia
del Alto Comisionado de las
Naciones Unidas
para los Derechos Humanos

Bogotá, D.C., Colombia
Calle 113 No.7-45, Torre B,
Oficina 1101
Teléfono (57 1) 658 33 00
www.hchr.org.co



Versión web