



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

López Escarcena, Sebastián

La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

Ius et Praxis, vol. 21, núm. 1, 2015, pp. 531-575

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19742266015>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Colaboración recibida el 2 de mayo y aprobada el 9 de julio de 2014

LA PROPIEDAD Y SU PRIVACIÓN O RESTRICCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA*

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA**

1. Introducción

La propiedad ha sido reconocida internacionalmente como un derecho humano en los sistemas regionales de Europa, América y África. El desarrollo jurisprudencial de la garantía ofrecida por el artículo 1º del Primer Protocolo de 1952, adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, es amplio y detallado¹. La protección que otorga a la propiedad el artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, o Carta de Banjul, en cambio, casi no ha sido interpretada y aplicada jurisprudencialmente². Entre ambas realidades se ubica el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia relativa a esta disposición emanada de la Corte Interamericana³. Lo más destacado de la interpretación y aplicación dada al artículo 21 por este tribunal es el reconocimiento de la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales, como parte integral de una identidad cultural centrada no en el individuo, sino en la comunidad, cuya relación con la tierra y sus recursos es tanto material como espiritual. La novedad y los complejos problemas que plantea

* Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt de Iniciación Nº 11110045, adjudicado el año 2011 y titulado “La protección de la propiedad en el derecho internacional de los derechos humanos”.

** Profesor de Derecho Internacional e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Profesor asociado invitado (*guest associate professor*) del Centro para los Derechos Civiles y Humanos de la Universidad de Notre Dame, EE.UU. PhD (Edinburgh), LLM (Leiden). Correo electrónico: rlopeze@uc.cl.

¹ La Convención Europea de Derechos Humanos está en vigor desde 1953. Se encuentra disponible, con sus protocolos, en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [visitado el 30/04/2014].

² La Carta de Banjul está vigente desde 1986, y se encuentra disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297> [visitado el 30/04/2014].

³ El Pacto de San José de Costa Rica está en vigencia desde 1978. Se encuentra disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [visitado el 30/4/2014].

este tipo de propiedad han atraído la atención de la doctrina, que ha destinado un buen número de páginas a entender y explicar los supuestos y alcances que tiene su aplicación, en la interpretación de la Corte. El otro tipo de propiedad, la individual, ha quedado rezagada a un evidente segundo plano. Este trabajo no pretende llenar este vacío doctrinal, sino simplemente ofrecer una visión panorámica del lugar que ocupa la propiedad en el derecho internacional de los humanos, y del aporte hecho por la jurisprudencia del sistema interamericano a la protección de la propiedad indígena y tribal, que permita contextualizar una primera aproximación a la respuesta de la siguiente pregunta: ¿cómo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, en casos de privación y de limitación o restricción de la propiedad individual? Dicha respuesta nos lleva necesariamente a estudiar sentencias donde esta disposición ha sido central en el análisis jurisprudencial correspondiente, como *Ivcher Bronstein* (2001) y *Salvador Chiriboga* (2008), y también *Cinco Pensionistas* (2003), *Acevedo Buendía* (2009) y *Abrill Alosilla* (2011). Al ofrecer una sistematización y explicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre privaciones y restricciones o limitaciones a la propiedad individual, este estudio no estaría completo sin una mención a otros casos que han tratado el tema de manera más tangencial, como *Palamara Iribarne* (2005), *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* (2008), *Furlan* (2012) y *Mémoli* (2013).

2. La propiedad como derecho humano

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU a través de la Resolución 217 (III) de 1948, establece en su artículo 17 que “[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”, y que “[n]adie será privado arbitrariamente de su propiedad”⁴. No fue fácil encontrar un mínimo común denominador para la relación entre individuo y Estado que fuera aceptable para una sociedad internacional que, por primera vez, incluía países con importantes diferencias en lo político, social, económico y cultural. Esto explica, en parte, que la Declaración Universal no se transformara en un instrumento jurídicamente obligatorio, y que su contenido se centrara principalmente en los derechos civiles y políticos, más que en los derechos económicos, sociales y culturales⁵. Con todo, la Resolución 217 (III) de 1948 sigue siendo considerada un instrumento esencial en la protección de

⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos está disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [visitado el 30/04/2014].

⁵ Ver CASSESE, Antonio (1994): *International Law in a Divided World* (Nueva York, Oxford University Press), p. 299.

los derechos humanos, e incluso probatoria de derecho internacional consuetudinario⁶. Al prohibir las privaciones arbitrarias de la propiedad, la Declaración Universal admite implícitamente la potestad estatal de expropiar⁷. Si bien es clara la influencia de este instrumento en los dos tratados multilaterales de la ONU de 1966, conocidos como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ésta no se extendió al derecho de propiedad⁸. Diferencias sobre el contenido del concepto mismo de propiedad, llevaron a que ninguno de los pactos de la ONU incluyera este derecho en su articulado⁹. La reformulación de tal derecho en los países del entonces llamado segundo mundo, y la búsqueda de una soberanía económica que fortaleciera la débil independencia política de los estados del tercer mundo, terminó por poner en duda la pertenencia de la propiedad en el listado de derechos humanos reconocidos internacionalmente a partir de la Declaración Universal.

Con el comienzo de la Guerra Fría y el proceso de descolonización en África y Asia, se produjeron numerosas nacionalizaciones en distintos lugares. Esto es, expropiaciones de una o más industrias o recursos principales, dentro

⁶ Ver TSCHOFEN, Franziska (1997): "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (Volumen VII, Nº 2), p. 388.

Ver también *Filartiga c. Peña-Irala* (1980): Corte de Apelaciones del 2º Circuito de EE.UU., 30 de junio de 1980 (opinión del juez de circuito Irving Kaufman). Disponible en inglés en <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v-pe%C3%B1a-iral> [visitado el 30/4/2014]. Ver, en general, CHARLESWORTH, Hilary: "Universal Declaration of Human Rights (1948)", en: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law online edition*. Disponible en: http://www.mpepil.com/sample_article?id=/epil/entries/law-9780199231690-e887&recno=24& [visitado el 30/04/2014].

⁷ Ver TSCHOFEN, Franziska (1997): "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (Volumen VII, Nº 2), pp. 407-408.

⁸ Ver TSCHOFEN, Franziska (1997): "Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment", en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* (Volumen VII, Nº 2), p. 388.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Primer Protocolo Facultativo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron abiertos a la firma, ratificación y accesión por la Resol. 2200 A (XI) de la Asamblea General de la ONU, adoptada el 16 de diciembre de 1966. Ambos tratados entraron en vigencia en 1976, y están disponibles en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> y <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm> [visitados el 30/4/2014].

⁹ Ver CASSESE, Antonio (1994): *International Law in a Divided World* (Nueva York, Oxford University Press), p. 303, y WAINCYMER, Jeff (2009): "Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation", en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), p. 279.

Ver también ROBERTSON, A., y MERRILLS, J. (1996): *Human Rights in the World* (Manchester, Manchester University Press), pp. 37 y 276, y TOMUSCHAT, Christian (2009): "The European Court of Human Rights and Investment Protection", en: Christina Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Nueva York, Oxford University Press), p. 638.

de un programa de reforma social y económica¹⁰. Así ocurrió, por ejemplo, en Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría y Polonia, desde 1945 a 1948; en China, desde 1949 a 1957; y en Cuba, desde 1959¹¹. Lo mismo sucedió en Irán con la Anglo-Iranian Oil Company en 1951; en Egipto con la Suez Canal Company en 1956; y en Indonesia con las propiedades de holandeses entre 1958 y 1959. A inicios de los 70, casi todos los estados árabes pusieron término a las concesiones de las principales compañías petroleras occidentales, o directamente las nacionalizaron. En América Latina, la minería y las principales industrias fueron objeto de expropiaciones en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Perú, entre otros estados¹². Estas nacionalizaciones fueron seguidas de negociaciones entre el Estado expropiante y el Estado de la nacionalidad del expropiado, o entre el Estado que adoptó la medida respectiva y el antiguo dueño, a veces con la participación de intermediarios¹³. Dichas negociaciones normalmente terminaron en acuerdos de suma alzada¹⁴, que no eran otra cosa que tratados a través de los cuales el Estado expropiante se obligaba a pagar una suma única de dinero, determinada sobre la base de criterios diversos, que generalmente satisfacía parcialmente los intereses de las partes en conflicto¹⁵. Cerca de 200 de estos acuerdos, celebrados a partir del fin de la II Guerra Mundial, solucionaron

¹⁰ Ver CRAWFORD, James (2012): *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press), pp. 620-622 y 624.

Ver también NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís (2009): *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International), p. 324; y SALACUSE, Jeswald (2010): *The Law of International Investment Treaties* (Oxford, Oxford University Press), pp. 69 y 286.

¹¹ Ver COMEAUX, Paul y KINSELLA, Stephen (1996): *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk* (Dobbs Ferry, Oceana Publications), pp. 63-64.

Ver también DOAK, Raymond, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael (eds.) (2005): *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (La Haya, Kluwer Law International), p. 4; y NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís (2009): *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International), pp. 18-19.

¹² Ver LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 483-484.

Ver también DOAK, Raymond, CRAWFORD, James y REISMAN, Michael (eds.) (2005): *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* (La Haya, Kluwer Law International), p. 5.

¹³ Por ejemplo, el Banco Mundial ofreció sus buenos oficios en las negociaciones entre Egipto y la Suez Canal Company.

Ver LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), p. 484.

¹⁴ *Lump-sum agreements*, en inglés.

¹⁵ Ver CASSESE, Antonio (2005): *International Law* (Nueva York, Oxford University Press), p. 525.

en forma definitiva las dificultades provenientes de las nacionalizaciones¹⁶. Sin embargo, no fueron consideraciones jurídicas las que primaron en la celebración de estos tratados, sino que motivos de carácter político y económico¹⁷. No es de extrañar que René-Jean Dupuy concluyera en su laudo del caso *Topco/Calasiatic* (1977), que los acuerdos de suma alzada no eran probatorios de derecho internacional consuetudinario¹⁸.

Por esos años, los estados de África y Asia nacidos del proceso de descolonización se comenzaron a oponer al derecho internacional, en cuya formación alegaban no haber tomado parte y que, por lo mismo, no reflejaba sus culturas jurídicas. Siguiendo la extensión del sector público y el establecimiento de monopolios estatales, propios de ese período, las antiguas colonias europeas abrazaron la causa de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, que venían defendiendo los estados latinoamericanos, apoyados por los estados comunistas. El vínculo teórico entre el bloque comunista y los países en vías de desarrollo se basaba en el derecho de autodeterminación o libre determinación de los pueblos, que fuera tempranamente recogido en los escritos de ideología marxista-leninista y se ubicara posteriormente en el centro del proceso de descolonización y el debate sobre la soberanía permanente de los recursos naturales y el nuevo orden económico internacional¹⁹. El ataque conjunto de los estados del segundo y tercer mundo se tradujo en el intento, a la larga frustrado, de establecer normas internacionales consuetudinarias a través de resoluciones de la Asamblea General de la ONU²⁰. Las de mayor impacto fueron

¹⁶ Ver LILLICH, Richard (1997): "Lump Sum Agreements", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Elsevier Science), Volumen III, p. 269.

¹⁷ Ver LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), p. 484.

¹⁸ Ver *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (Topco/Calasiatic) c. República Árabe Libia* (1977): Árbitro René-Jean Dupuy, 19 de enero de 1977 (laudo), en: *International Legal Materials* Volumen XVII (1978), pp. 1-37, párrafo 69.

El Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. llegó a una conclusión similar en varias de sus decisiones.

Ver MOURI, Allahyar (1994): *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers), pp. 354-357.

¹⁹ Ver HARTWIG, Matthias (1992): "Colonies and Colonial Régime", en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, p. 663.

²⁰ Ver NORTON, Patrick (1991): "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", en: *American Journal of International Law* (Volumen XXCVII, Nº 3), pp. 474-505, p. 478; y COMEAUX, Paul y KINSELLA, Stephen (1996): *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk* (Dobbs Ferry, Oceana Publications), p. 65.

Ver, en general, BROMS, Bengt (1997): "Natural Resources, Sovereignty over", en Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Elsevier Science), Volumen III: pp. 520-4.

adoptadas en 1962 y 1974, respectivamente²¹. La Resolución 1803 (XVII) de 1962 declaró el derecho de los pueblos a disponer libremente de su riqueza y recursos naturales de acuerdo a sus intereses nacionales. Mejor conocida como la Resolución sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales, este instrumento jurídico reconoció algunos de los requisitos de la expropiación legal propuestos por los países exportadores de capital, especialmente el pago al dueño de una “indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional”²². Habiendo sido aprobada por 87 votos contra 2, con 12 abstenciones²³, la doctrina no tuvo mayor problema en aceptar el carácter probatorio de derecho internacional consuetudinario de la Resolución 1803 (XVII) de 1962²⁴. Esta fue, por ejemplo, la posición adoptada por Dupuy en el citado caso *Topco/Calasiatic*²⁵.

Doce años más tarde, la Asamblea General aprobó la llamada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, mediante la Resolución 3281 (XXIX) de 1974. En este documento se expusieron los principios centrales del nuevo orden económico internacional propuestos por los países importadores de capital, orientados a redistribuir la riqueza internacional en favor de los estados en vías

²¹ Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU están disponibles en inglés en: <http://www.un.org/documents/resga.htm> [visitado el 30/4/2014].

²² Resol. 1803 (XVII) de 1962: Asamblea General de la ONU, párrafo 4.

²³ Francia y Sudáfrica votaron no, y el bloque comunista más Ghana y Burma se abstuvieron. EE.UU. votó a favor, pero declaró que el hecho que se debe pagar al dueño una indemnización de acuerdo a esta resolución significa que dicho pago no es discrecional, sino una obligación del Estado, y que la palabra “correspondiente” debía interpretarse como pronta, adecuada y efectiva conforme al derecho internacional.

Ver LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 486-489; y SALACUSE, Jeswald (2010): *The Law of International Investment Treaties* (Oxford, Oxford University Press), p. 70.

²⁴ Ver e.g. PELLONPÄÄ, M. y FITZMAURICE, M. (1988): “Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal”, en: *Netherlands Yearbook of International Law* (Volumen XIX), nota 30 en p. 61; MOURI, Allahyar (1994): *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers), nota 197 en p. 65 y pp. 359-362; COMEAUX, Paul y KINSELLA, Stephen (1996): *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk* (Dobbs Ferry, Oceana Publications), p. 68; DINSTEIN, Yoram (2002): “Deprivation of Property of Foreigners under International Law”, en: Nisuke Ando et al. (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (La Haya, Kluwer Law International), p. 851; y SCHILL, Stephan (2009): *The Multilateralization of International Investment Law* (Nueva York, Cambridge University Press), p. 38.

²⁵ Ver *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (Topco/Calasiatic) c. República Árabe Libia* (1977): Árbitro René-Jean Dupuy, 19 de enero de 1977 (laudo), en: *International Legal Materials*, Volumen XVII (1978), pp. 1-37, párrafos 86-7.

de desarrollo, a través del trato preferencial sistemático de este grupo de países²⁶. La Asamblea General reconoció nuevamente el derecho estatal a expropiar la propiedad, pero esta vez previo pago de una "indemnización apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes"²⁷. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados confirmó, en gran medida, la postura defendida por México en el intercambio diplomático con EE.UU. de 1938, que dio lugar a la conocida fórmula de Cordell Hull que exige un pago pronto, adecuado y efectivo en caso de expropiación de la propiedad de extranjeros²⁸. De hecho, fue el Presidente de México quien sugirió la idea de una carta de derechos y deberes económicos de los estados jurídicamente obligatoria²⁹. La mayoría de los países exportadores de capital se opusieron o bien se abstuvieron de la Carta de 1974 y su trato nacional³⁰. Esta circunstancia minimizó el impacto jurídico de la Resolución 3281 (XXIX)³¹. Aun cuando la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados

²⁶ Ver TOMUSCHAT, Christian (1997): "New International Economic Order", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Elsevier Science), Volumen III, p. 578.

²⁷ Resol. 3281 (XXIX) de 1974, Asamblea General de la ONU, art. 2.2 (c) de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

²⁸ Ver, en general, el intercambio epistolar entre el Secretario de Estado, Cordell Hull, y el Ministro de Relaciones Exteriores de México, Eduardo Hay, publicado en (1938) *American Journal of International Law Supplement*, Volumen XXXII, pp. 181-207.

²⁹ Ver PETERSMANN, Ernst-Ulrich (1992): "Charter of Economic Rights and Duties of States", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, pp. 561-562.

³⁰ Ver NORTON, Patrick (1991): "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", en: *American Journal of International Law* (Volumen XXCV, Nº 3), pp. 474-505, p. 478; y PETERSMANN, Ernst-Ulrich (1992): "Charter of Economic Rights and Duties of States", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, p. 562.

Bélgica, Dinamarca, la República Federal Alemana, Luxemburgo, el Reino Unido, y EE.UU. votaron contra esta resolución. Austria, Canadá, Francia, Israel, Italia, Japón, los Países Bajos, Noruega, y España se abstuvieron.

Ver LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), p. 493; y SALACUSE, Jeswald (2010): *The Law of International Investment Treaties* (Oxford, Oxford University Press), p. 71.

³¹ Ver e.g. PELLONPÄÄ, M. y FITZMAURICE, M. (1988): "Taking of Property in the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal", en: *Netherlands Yearbook of International Law* (Volumen XIX), nota 30 en p. 61; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (1992): "Charter of Economic Rights and Duties of States", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, p. 562; SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz (1992): "Aliens, Property", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, p. 118; MOURI, Allahyar (1994): *The International Law of Expropriation as Reflected in the Work of the Iran-U.S. Claims Tribunal* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers), pp. 359-62; COMEAUX, Paul y KINSELLA, Stephen (1996): *Protecting Foreign Direct Investment under International Law. Legal Aspects of Political Risk*

se adoptó por 120 votos a favor y 6 en contra, y 10 abstenciones, la distribución de dichos votos privó al contenido de esta resolución del carácter de *opinio iuris*, por lo menos respecto de sus detractores y de quienes se abstuvieron, entre los que incluían los principales destinatarios de lo pedido por la Carta³². Por esta razón, Dupuy consideró en su laudo del caso *Topco/Calasiatic* que la Resolución 3281 (XXIX) de 1974 sólo tenía valor *de lege ferenda* respecto de los estados que la adoptaron, pero para aquellos que votaron en contra, la resolución era *contra legem*³³. El derecho a la propiedad sólo fue reconocido por la ONU en 1986, a través de la Resolución 41/132 de la Asamblea General³⁴.

Mientras se discutía sobre la propiedad y su expropiación en la ONU, dos tratados regionales de derechos humanos retomaron el criterio seguido por la Declaración Universal, reconociendo ambos derechos en Europa y América durante la década de los 50 y de los 60³⁵. Varios años después, otro tratado regional de derechos humanos reconocería estos derechos en África³⁶.

(Dobbs Ferry, Oceana Publications), p. 68; LOWENFELD, Andreas (2008): *International Economic Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 492-3; y SALACUSE, Jeswald (2010): *The Law of International Investment Treaties* (Oxford, Oxford University Press), pp. 74-75.

³² Ver PETERSMANN, Ernst-Ulrich (1992): "Charter of Economic Rights and Duties of States", en: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North-Holland Publishing), Volumen I, p. 564.

³³ Ver *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (Topco/Calasiatic) c. República Árabe Libia* (1977): Árbitro René-Jean Dupuy, 19 de enero de 1977 (laudo), en: *International Legal Materials* Volumen XVII (1978), pp. 1-37, párrafos 87-88.

³⁴ Ver SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz (1992): *International Economic Law* (Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers), p. 132.

³⁵ Sobre el art. 1º del Primer Protocolo Adicional de 1952, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ver LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2012): "Interferences with Property under European Human Rights Law", en: *Florida Journal of International Law* (Volumen XXIV, Nº 3), pp. 513-44.

Ver también VAN DIJK, P. et al. (eds.) (2006): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Mortsel, Intersentia Publishers), pp. 863-893; HARRIS, David et al. (2009): *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), pp. 655-696; WILDHABER, Luzius y WILDHABER, Isabelle (2009): "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Court of Human Rights", en: Christina Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 657-677; y WHITE, Robin y OVEY, Clare (2010): *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), pp. 477-505.

A diferencia del artículo 21 de la Convención Americana, el artículo 1º del Primer Protocolo a la Convención Europea no protege el derecho a la propiedad, sino sólo el derecho de propiedad.

Ver e.g. *Maria Moskal c. Polonia* (2009): Corte Europea de Derechos Humanos, 15 de septiembre de 2009 (sentencia), párrafo 38; y *Valko Valkov y Otros c. Bulgaria* (2011): Corte Europea de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2011 (sentencia), párrafo 84.

³⁶ Respecto al art. 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, ver HEYNS, Christof (2002): "Civil and Political Rights in the African Charter", en: Malcolm Evans y Rachel Murray

3. El artículo 21 de la Convención Americana

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948, estableció en su artículo XXIII que “[t]oda 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”³⁷. Esta declaración pasó a ser un instrumento jurídicamente obligatorio cuando la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue modificada en 1967 y 1970, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la consideró como incorporada a dicho tratado³⁸. En la década de los 90, la Comisión incluso agregó que la Declaración Americana establece “reglas universales y regionales que se han convertido en reglas de derecho internacional consuetudinario y que, como tal [...] obligan en [...] derecho internacional”³⁹. Para entonces el sistema interamericano de derechos humanos

(eds.), *The African Charter on Human Rights and Peoples': the System in Practice, 1986-2000* (Cambridge, Cambridge University Press) y OLANIYAN, Kolawole (2010): “Civil and Political Rights in the African Charter: Articles 8-14”, en: Malcolm Evans y Rachel Murray (eds.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2006* (Cambridge, Cambridge University Press).

Ver también PENTASSUGLIA, Gaetano (2013): ‘Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights’, en: *European Journal of International Law* (Volumen XXI, Nº 2), pp. 165-202.

En cuanto al sistema africano de derechos humanos en general, ver SAAVEDRA, Yuria (2008): ‘El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos’, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Volumen VIII), pp. 671-712.

³⁷ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> [visitado el 30/4/2014].

³⁸ Ver Resol. 23/81, Caso 2141 (EE.UU.), 6 de marzo de 1981, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1980-1); y Resol. 3/87, Caso 9647 (EE.UU.), 22 de septiembre de 1987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1986-7).

Los informes anuales de la Comisión Interamericana están disponibles en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp> [visitado el 30/4/2014].

Ver también DAVIDSON, Scott (1997): *The Inter-American Human Rights System* (Aldershot, Ashgate Publishing Company), pp. 23-30.

³⁹ Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1993).

Ver DAVIDSON, Scott (1998): “The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System”, en David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* (Oxford, Clarendon Press), p. 276.

Ver 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* (1989): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A Nº 10 (opinión consultiva OC-10/89).

Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultativas> [visitado el 30/4/2014].

ya había incorporado una regulación más detallada del derecho de propiedad en otro instrumento jurídicamente obligatorio⁴⁰. El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho contra la expropiación estatal. Al hacerlo, reconoce tácitamente el derecho a la expropiación, siguiendo ciertos requisitos que constituyen un estándar mínimo de trato aplicable no sólo a extranjeros, sino también a los nacionales del Estado expropriante. Como señala el artículo 21, titulado “Derecho a la propiedad privada”:

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

La propiedad fue uno de los derechos más debatidos durante la etapa preparatoria de la Convención Americana. Algunas delegaciones intentaron eliminar cualquier referencia a ésta del tratado, pero el derecho de propiedad y su función social fueron finalmente incluidos en el texto definitivo de la Convención⁴¹. Sin embargo, desde entonces la propiedad ha ocupado un lugar secundario en relación con otros derechos. En un sistema regional de derechos humanos cuya implementación se ha restringido principalmente a Latinoamérica, y que se centró en sus primeras décadas en una larga y difícil lucha contra dictaduras militares, la protección de la propiedad ha sido vista como algo sofisticado, incluso frívolo⁴². A pesar de que ya en 1993 la Comisión Interamericana consi-

⁴⁰ Sobre los instrumentos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos, ver NIKKEN, Pedro (2009): “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), p. 246; y ACOSTA, Paola (2008): *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?* (Bogotá, Editorial de la Universidad Externado de Colombia), pp. 25-6.

⁴¹ Ver *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79 (sentencia), párrafo 145.

Las sentencias de la Corte Interamericana están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos> [visitado el 30/4/2014].

Ver, en general, las actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de la OEA, celebrada en San José de Costa Rica en 1969, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf> [visitado el 30/4/2014].

⁴² Ver NIKKEN, Pedro (2009): “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann

deró al artículo 21 como una regla de derecho internacional consuetudinario⁴³, la prolongada desconfianza hacia la inversión extranjera existente en América Latina durante la segunda mitad del siglo XIX, y gran parte del siglo XX, ha llevado a que este derecho sea interpretado y aplicado con cierta reticencia por la misma Comisión, así como por la Corte Interamericana⁴⁴.

Según la Corte, el artículo 21 se refiere a la propiedad en el sentido tradicional que se le asigna al término en el derecho internacional, incluyendo tangibles e intangibles –o, si prefiere, bienes corporales y derechos, sean éstos reales o personales⁴⁵. Si bien esta disposición se circunscribía originalmente a

(eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), p. 247.

Ver también TOMUSCHAT, Christian (2009): "The European Court of Human Rights and Investment Protection", en: Christina Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 639-40.

⁴³ Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1993).

Ver DAVIDSON, Scott (1998): "The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System", en David Harris y Stephen Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* (Oxford, Clarendon Press), p. 276.

⁴⁴ Ver NIKKEN, Pedro (2009): "Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights", en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), p. 247.

Lo anterior es particularmente notorio si se compara la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa al derecho de propiedad, con la equivalente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁴⁵ Ver Baruch Ivcher Bronstein c. Perú (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 122; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79 (sentencia), párrafo 144; *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 102; *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 137; *Humberto Palamara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135 (sentencia), párrafo 102; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafo 121; *Masacres de Ituango c. Colombia* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de junio de 2006, Serie C Nº 148 (sentencia), párrafo 174; *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafo 174; *Gabriela Perozo y Otros c. Venezuela* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009, Serie C Nº 195 (sentencia), párrafo 399; *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C Nº 198 (sentencia), párrafo 84; *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafo 82; *Alicia Barbani Duarte y Otros c. Uruguay* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de octubre de 2011, Serie C Nº 234 (sentencia), párrafo 237; *Familia Barrios c. Venezuela* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de

la propiedad individual, su interpretación jurisprudencial evolutiva conforme a los principios de progresividad, *pro homine* y universalidad, ha llevado a que la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales se considere hoy incluida dentro de la protección ofrecida por el artículo 21⁴⁶. Como lo indicara la Corte Interamericana en *Comunidad Mayagna o Awas Tingni* (2001):

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 recono-

noviembre de 2011, Serie C Nº 237 (sentencia), párrafo 148; *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 220; *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños c. El Salvador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012, Serie C Nº 252 (sentencia), párrafo 179; y *Masacre de Santo Domingo c. Colombia* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2012, Serie C Nº 263 (sentencia), párrafo 269.

⁴⁶ Ver FORERO, Felipe (2010): “Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborigen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Volumen XVI), pp. 181-185; BURGOGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya (2011): *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 510-512.

Ver también AGUILAR, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena* (Santiago, Librotecnia), pp. 244-58; y SALMÓN, Elizabeth (2011): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Bogotá, Editorial Universidad de Rosario), pp. 208-230.

Respecto a los pueblos indígenas, ver *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79 (sentencia), párrafos 148-149 y 151; *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafos 135-7; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafos 118-121; *Comunidad Indígena Xákrok Kásek c. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214 (sentencia), párrafos 85-87 y 109-113; y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C Nº 245 (sentencia), párrafos 145-148 y 171.

Ver también DEL TORO, Mauricio (2010): ‘El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (Volumen X), pp. 49-95.

En cuanto a los pueblos tribales, ver *Comunidad Moiwana c. Surinam* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005, Series C Nº 124 (sentencia), párrafos 129-34; *Pueblo Saramaka. c. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Serie C Nº 172 (sentencia), párrafos 78-91 & 96; y *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2013, Serie C Nº 270 (sentencia), párrafos 345-346.

Ver también BRUNNER, Lisl (2008): ‘The Rise of Peoples’ Rights in the Americas: The Saramaka People Decision of the Inter-American Court of Human Rights’, en: *Chinese Journal of International Law* (Volumen VII, Nº 3), pp. 699-711.

cida 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 futuras⁴⁷.

En la misma sentencia, la Corte señaló que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser especialmente tenido en cuenta, por lo que "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"⁴⁸. El tribunal internacional describió la relación entre cultura y propiedad indígena y tribal en *Comunidad Yakyé Axa* (2005), de la siguiente forma:

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, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁴⁹.

Como indicara la misma sentencia, "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 incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana"⁵⁰. El tribunal se apoyó en el Convenio Nº 169 de la Or-

⁴⁷ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79 (sentencia), párrafo 149.

Ver *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010, Serie C Nº 214 (sentencia), párrafo 85.

⁴⁸ *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C Nº 79 (sentencia), párrafo 151.

En relación al caso *Awas Tingni* ver GÓMEZ Isa, Felipe (ed.) (2013): *El caso Awas Tingni: derechos humanos entre lo local y lo global* (Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto).

Ver *Comunidad Moiwana c. Surinam* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de junio de 2005, Series C Nº 124 (sentencia), párrafo 131.

⁴⁹ *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 135.

Ver *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C Nº 245 (sentencia), párrafos 146-147.

⁵⁰ *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 137.

Ver *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafos 118 y 121.

ganización Internacional del Trabajo (OIT) para llegar a esta conclusión⁵¹. Las consideraciones anteriores permitieron a la Corte Interamericana adelantar en *Comunidad Yakyé Axa* un criterio orientador para los casos de contradicción real o aparente entre la propiedad individual y comunal de los pueblos indígenas o tribales, que en principio beneficiaría a la segunda sobre la primera⁵². Conforme a esta sentencia, las pautas convencionales y jurisprudenciales que rigen las restricciones admisibles a ambos tipos de propiedad exigen que éstas sean establecidas por ley, que sean necesarias y proporcionales, y que se hagan con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁵³. En efecto, como agrega la sentencia:

El artículo 21.1 de la Convención dispone que '[...]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 restringido⁵⁴.

⁵¹ Ver *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafos 127-131, 135-136 y 150-151.

Ver también *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafo 119.

Respecto al Convenio Nº 169 de la OIT, ver THORNBERRY, Patrick (2002): *Indigenous Peoples and Human Rights* (Manchester, Manchester University Press), pp. 320-67; AGUILAR, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena* (Santiago, Librotecnia), pp. 44-69; XANTHAKI, Alexandra (2010): *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-determination, Culture and Land* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 49-101; y AYLWIN, José (ed.) (2014): *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, Lom Ediciones), pp. 337-439.

Ver también RODRÍGUEZ-PÍÑERO, Luis (2005): *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: the ILO Regime (1919-1989)* (Nueva York, Oxford University Press).

⁵² Sobre la relación entre estos dos tipos de propiedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ver NIKKEN, Pedro (2009): "Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights", en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 261-5.

⁵³ Ver *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 144.

⁵⁴ *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 145.

Ver *Pueblo Saramaka. c. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Serie C Nº 172 (sentencia), párrafo 127; y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c.*

Al aplicar estos estándares en casos de contradicción entre la propiedad privada y la comunal de los pueblos indígenas o tribales, los estados deben tener en cuenta que el desconocimiento del "derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios" podría afectar "otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros"⁵⁵. La Corte señaló a continuación que:

"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 Convención⁵⁶".

Sin embargo, no siempre que estén en conflicto la propiedad privada y la comunal indígena o tribal, va a prevalecer la segunda sobre la primera. Como se indica en *Comunidad Yakye Axa*, "razones concretas y justificadas" pueden imposibilitar a los estados a devolver la propiedad ancestral a los pueblos indígenas o tribales respectivos, en cuyo caso "la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas", debiendo además ser consensuada con los pueblos interesados conforme a sus propios procedimientos de consulta y derechos consuetudinarios⁵⁷.

En *Comunidad Sawhoyamaxa* (2006), la Corte Interamericana reconoció expresamente que esta noción de propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales escapa al concepto clásico de este derecho, regulado por la legislación civil de los estados partes de la Convención Americana⁵⁸. De acuerdo a esta sentencia:

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

Ecuador (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C Nº 245 (sentencia), párrafo 156.

⁵⁵ *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 147.

⁵⁶ *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafo 148.

⁵⁷ *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafos 149-150.

⁵⁸ Ver *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafo 120.

vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas⁵⁹.

Para el tribunal la transferencia a terceros de la propiedad ancestral reclamada por los pueblos indígenas o tribales no sirve de fundamento a la negativa de la solicitud de entrega de tierras ni constituye *per se* una razón que justifique forzar a estas comunidades a recibir otras alternativas o indemnizaciones. De igual forma, la explotación económica de territorios tradicionales por terceros tampoco sirve de fundamento la negativa de la solicitud de entrega de tierras ni justifica forzar a estas comunidades a recibir otras alternativas o indemnizaciones⁶⁰. Todo esto, en razón del particular vínculo que tienen los pueblos indígenas y tribales con su territorio, el cual constituye parte esencial de su identidad cultural y supervivencia⁶¹.

La Corte Interamericana resumió su jurisprudencia sobre propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en *Comunidad Sawhoyamaxa*, de la siguiente manera:

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, aun 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 calidad⁶².

⁵⁹ *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146 (sentencia), párrafo 120.

Ver *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214 (sentencia), párrafo 87; y *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C N° 245 (sentencia), párrafo 145.

⁶⁰ Ver *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146 (sentencia), párrafos 137-139.

⁶¹ Ver FORERO, Felipe (2010): "Conectividad: alcances del derecho a la propiedad aborigen y tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* (Volumen XVI), pp. 188-192.

⁶² *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146 (sentencia), párrafo 128.

A estos cuatro puntos, el tribunal agregó un quinto en *Comunidad Xákmok Kásek* (2010): "el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas"⁶³.

Complementa lo anterior, la obligación de consulta previa establecida en el Convenio N° 169 de la OIT, e incorporada con claridad a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre propiedad indígena y tribal en *Pueblo Saramaka* (2007). En esa sentencia, el tribunal señaló que todo proyecto de exploración y explotación de los recursos naturales ubicado en tierras indígenas y tribales debe asegurar tres cosas: la participación de la comunidad respectiva, de acuerdo a sus costumbres; un beneficio comunitario razonable, proveniente de la explotación de dichos recursos naturales, como una forma de justa indemnización; y la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo supervisión estatal⁶⁴. Respecto a la consulta previa, la Corte indicó en *Pueblo Saramaka* que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades indígenas y tribales, según sus costumbres⁶⁵. Este criterio fue confirmado en *Pueblo Kichwa de Sarayaku* (2012)⁶⁶.

4. Ivcher Bronstein y Cinco Pensionistas

La Corte Interamericana ha reiterado en más de una oportunidad que la propiedad protegida en el artículo 21 no es un derecho absoluto, por lo que puede ser objeto de privaciones y de limitaciones o restricciones en los términos que establece dicha disposición, respetando los principios generales del derecho internacional⁶⁷. No son pocos los casos sobre propiedad individual

⁶³ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214 (sentencia), párrafo 109.

⁶⁴ Ver *Pueblo Saramaka. c. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172 (sentencia), párrafo 129.

Ver también *Pueblo Saramaka. c. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172 (sentencia), párrafo 140.

⁶⁵ Ver *Pueblo Saramaka. c. Surinam* (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007, Serie C N° 172 (sentencia), párrafos 133-134 y 137.

⁶⁶ Ver *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C N° 245 (sentencia), párrafos 157.

Ver *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C N° 245 (sentencia), párrafos 159-168, 179-182, 185-187, 201-202, 204-206, 208 y 212-217.

⁶⁷ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74 (sentencia), párrafo 128; *Humberto Palamara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135 (sentencia),

resueltos por la Corte donde se concluye que el Estado respectivo incurrió en responsabilidad internacional al no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 21. Entre estos, se pueden nombrar *Ivcher Bronstein, Cinco Pensionistas, Palamara Iribarne, Masacres de Ituango* (2006), *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, Salvador Chiriboga, Acevedo Buendía, Abrill Alosilla, Familia Barrios* (2011), *Furlan, Masacres de El Mozote* (2012), *Masacre de Santo Domingo* (2012) y *Mémoli*. Aun cuando no puede hablarse de una jurisprudencia propiamente tal sobre expropiación indirecta, como una forma de privación de la propiedad regulada en el sistema interamericano, en algunas de sus sentencias la Corte Interamericana ha señalado que su análisis no debe limitarse a examinar si se produjo una expropiación directa, sino que debe ir más allá de la apariencia de los hechos, para identificar la situación real involucrada⁶⁸. *Ivcher Bronstein* es una de estas sentencias⁶⁹.

Baruch Ivcher Bronstein era un israelí naturalizado peruano que denunció graves violaciones a los derechos humanos y actos de corrupción por parte del Estado de su nacionalidad adoptiva, a través de un programa de la cadena televisiva Canal 2 “Frecuencia Latina” de su propiedad. El gobierno del presi-

párrafo 108; *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179 (sentencia), párrafos 60-61; *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafo 174; *Gabriela Perozo y Otros c. Venezuela* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009, Serie C N° 195 (sentencia), párrafo 399; *Alejandro Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría” c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafo 84; *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C N° 223 (sentencia), párrafo 82; y *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafo 220.

⁶⁸ Las expropiaciones indirectas son aquellas medidas estatales que no involucran la desposesión del dueño ni la reclamación del título respectivo, pero tienen un efecto equivalente, privándolo en definitiva de su propiedad.

Sobre el tema ver LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014): *Indirect Expropriation in International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing).

Ver también ROBERT-CUENDET, Sabrina (2010): *Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement: contribution à l’analyse de l’ expropriation indirecte* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers) y NIKIÈMA, Suzy (2012): *L’expropriation indirecte en droit international des investissements* (Paris, Presses Universitaires de France).

⁶⁹ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74 (sentencia), párrafo 124.

Ver también *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C N° 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 2; y *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C N° 265 (sentencia), párrafo 170.

dente Alberto Fujimori reaccionó intimidando de distintas maneras a la víctima. Aprovechando que la legislación vigente entonces exigía ser peruano para ser propietario de empresas concesionarias de canales televisivos, Perú expidió un decreto supremo que le permitía cancelar la nacionalidad de los extranjeros naturalizados. Baruch Ivcher impugnó judicialmente este decreto supremo, ante lo cual el gobierno modificó la composición y atribuciones de ciertos tribunales de justicia, y emitió una resolución administrativa que dejó sin efecto la naturalización de la víctima, la cual no le fue comunicada directamente. Accionistas minoritarios de Canal 2 presentaron diversas acciones judiciales en contra del ya desnaturalizado accionista mayoritario, director y presidente del directorio de "Frecuencia Latina", quien a su vez presentó acciones judiciales en contra de la resolución administrativa del Estado peruano. Posteriormente, una sentencia judicial dispuso como medida cautelar la suspensión del ejercicio de los derechos de Baruch Ivcher como accionista mayoritario y presidente de la empresa, revocó su nombramiento como director de la misma, ordenó convocar a una junta extraordinaria de accionistas para elegir un nuevo directorio e impedir la transferencia de las acciones de la víctima, y otorgó la administración provisional de la empresa a los accionistas minoritarios hasta que se nombrara el nuevo directorio. Apoyados por el Estado peruano, los accionistas minoritarios tomaron el control de Canal 2, cambiando la línea editorial del programa televisivo crítico del gobierno, e impidiendo el ingreso de los periodistas que trabajaban en dicho programa. La junta extraordinaria se celebró con la presencia de los accionistas minoritarios, y en ella se removieron los miembros del directorio en ejercicio, se eligieron otros, y se aumentó el capital de la sociedad, de manera que Ivcher ya no fuera el accionista mayoritario. Con esto se dejó fuera de la empresa a la mujer del peticionario, quien inició procesos judiciales que tampoco tuvieron éxito. No sólo Baruch Ivcher, sino su familia y abogados, así como los empleados y clientes de sus empresas, fueron objeto de actos intimidatorios por parte del Estado peruano. A raíz de todo esto, la víctima no pudo transferir sus acciones, recibir dividendos, ni ejercer los demás derechos que le correspondían como accionista de la sociedad. Algo más de un año después que la Comisión Interamericana sometiera el caso a la Corte Interamericana, el gobierno de Perú anuló la resolución administrativa que había dejado sin efecto la naturalización del señor Ivcher, y aceptó cumplir con las recomendaciones hechas por la Comisión en su informe⁷⁰. Días más tarde, y en medio de una grave crisis política, Alberto Fujimori renunció por fax a la presidencia de la república desde Tokio, Japón, donde estaba originalmente de paso.

⁷⁰ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74 (sentencia), párrafos 1, 3, 14, 17, 76 y 125-126.

Ante la incomparecencia del Estado peruano⁷¹, la Corte Interamericana resolvió el caso *Ivcher Bronstein* sobre la base de lo alegado por la Comisión y el principio *iura novit curia*⁷². En su sentencia del 6 de febrero de 2001, el tribunal partió por señalar que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de propiedad privada sobre bienes definidos como “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona”⁷³. Este concepto comprende, por tanto, “todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”⁷⁴. Puesto que la participación accionaria de Baruch Ivcher en Canal 2 era susceptible de valoración y formaba parte del patrimonio de su titular, la Corte Interamericana no tuvo problemas en considerarla un bien sobre el cual la supuesta víctima tenía derecho de uso y goce⁷⁵. Reconociendo implícitamente la noción de ex-

⁷¹ En 1999, el gobierno de Fujimori decidió retirar el reconocimiento de Perú a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con efectos inmediatos. El tribunal resolvió, aplicando el principio de *la compétence de la compétence*, que un Estado sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del mismo tratado. En el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe denunciar el tratado como un todo, con un preaviso de un año.

Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 1999, Serie C Nº 54 (decisión sobre competencia), párrafos 32-6, 40-46 y 50-54.

Ver también *Tribunal Constitucional c. Perú* (1999): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de septiembre de 1999, Serie C Nº 55 (decisión sobre competencia), párrafos 31-35, 39-45 y 49-53.

⁷² Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafos 77-82.

Ver también *Manfredo Velásquez Rodríguez c. Honduras* (1988): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de julio de 1988, Serie C Nº 4 (sentencia), párrafo 163.

⁷³ *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafos 120 & 122.

⁷⁴ *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 122.

⁷⁵ *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 123.

Ivcher Bronstein no es el único caso de la Corte Interamericana que reconoce los derechos de los accionistas, como distintos de los de la empresa. También lo hacen *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez y Perozo*.

Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafo 181; y *Gabriela Perozo y Otros c. Venezuela* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009, Serie C Nº 195 (sentencia), párrafo 400.

Tanto en *Ivcher Bronstein*, como *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez y Perozo*, la Corte Interamericana cita el caso *Barcelona Traction*, de la Corte Internacional de Justicia.

propiedad indirecta, y citando de manera explícita el caso *Belvedere* (2000) de la Corte Europea de Derechos Humanos, el tribunal agregó enseguida que su examen no se debe limitar a determinar si hubo una desposesión o expropiación formal, sino que "debe además comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada"⁷⁶.

La Corte Interamericana consideró que la medida cautelar ordenada por el juez perteneciente al Poder Judicial peruano obstruyó el uso y goce de los derechos societarios del señor Ivcher y de su esposa, al impedirles transferir sus acciones, recibir los dividendos acordados, y asistir y votar en las juntas de accionistas de Canal 2⁷⁷. La pregunta que se hizo el tribunal es si esta privación al derecho de propiedad fue conforme a la Convención Americana, la cual requiere que la medida respectiva se funde en razones de utilidad pública o de interés social, y se sujete al pago de una indemnización justa, en los casos y según las formas establecidas por la legislación interna⁷⁸. En *Ivcher Bronstein*, el tribunal resolvió que la medida cautelar adoptada por el juez peruano no tuvo una razón de utilidad pública o interés social. Por el contrario, los hechos probados en la causa demostraron "la determinación del Estado de privar al señor Ivcher del control del Canal 2, mediante la suspensión de sus derechos como accionista de la Compañía propietaria del mismo"⁷⁹. Asimismo, la Corte concluyó que no existía prueba que indicara que el peticionario había recibido el pago de una indemnización justa por la privación del uso y goce de su derecho de propiedad o que la medida estatal que lo afectó se había adoptado conforme

Ver *Asunto relativo a Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Bélgica c. España* (1970): Corte Internacional de Justicia, 5 de febrero de 1979 (sentencia), párrafo 47. Disponible en francés e inglés en <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> [visitado el 30/04/2014].

⁷⁶ *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 124.

Ver *Belvedere Alberghiera S.r.L. c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 30 de mayo de 2000 (sentencia), párrafo 53.

En este caso, la Corte Europea a su vez citó a *Sporrong y Lönnroth*, central en su jurisprudencia sobre interferencias con el derecho de propiedad.

Ver *E. Sporrong y M. Lönnroth c. Suecia* (1982): Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1982 (sentencia), párrafo 63.

⁷⁷ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 127.

⁷⁸ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 128.

⁷⁹ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 129.

a la ley de Perú⁸⁰. Como señala el tribunal, “cuando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél”⁸¹. Puesto que la medida estatal no se adoptó de acuerdo a un debido proceso, la Corte Interamericana estimó que la privación de la propiedad del peticionario fue arbitraria y, por tanto, no ajustada a lo que establecido en el artículo 21 –en otras palabras–, violatoria de dicha disposición convencional⁸².

Dos años después de *Ivcher Bronstein*, la Corte volvió a fallar en contra de Perú por incumplimiento del artículo 21 de la Convención Americana. Como su nombre lo indica, *Cinco Pensionistas* se refiere a la situación de un grupo de jubilados peruanos de la Superintendencia de Banca y Seguros de ese país, acogidos al régimen de pensiones vigente al momento de cesar en sus cargos en la década de los 80⁸³. Dicho régimen reconocía un derecho de pensión de cesantía nivelable o reajustable, de manera progresiva y conforme a la remuneración de los funcionarios públicos activos, que ocupen puestos análogos al que desempeñaban las víctimas al momento de dejar sus cargos en la Superintendencia⁸⁴. Estas nivelaciones se efectuaron sucesiva y periódicamente, cada vez que se produjo un incremento por escala en las remuneraciones de los funcionarios activos antes mencionados, hasta que en 1992 la Superintendencia de Banca y Seguros suspendió el pago de uno de los pensionistas y redujo aproximadamente en un 78% el de los otros, sin dar aviso previo ni explicación alguna⁸⁵. Meses más tarde, la Superintendencia continuó pagando a las víctimas una pensión calculada en los términos de una norma posterior a la que estaba

⁸⁰ Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 130.

⁸¹ *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 130.

⁸² Ver *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafos 115 y 130-131.

Ver también ORREGO VICUÑA, Francisco (2002): “Carlos Calvo, Honorary NAFTA Citizen”, en: *NYU Environmental Law Journal* (Volumen XI, Nº 1), p. 22.

⁸³ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 88.a-c.

⁸⁴ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 88.d.

⁸⁵ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 88.d-e.

Sobre la situación concreta de cada uno de las víctimas en este caso, ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 89.a-hh.

vigente cuando cesaron en sus cargos, y se acogieron al régimen de pensiones nivelable⁸⁶. Ante esta situación, cada una de las víctimas interpuso acciones de distinta índole en los tribunales peruanos, las que fueron acogidas⁸⁷. Como la Superintendencia sólo procedió a reintegrar a las víctimas las diferencias entre las pensiones anteriormente recibidas y las ahora devengadas, para los meses comprendidos entre las nuevas normas emitidas, las víctimas presentaron acciones judiciales por el incumplimiento de las sentencias obtenidas a su favor⁸⁸. En 1995, la Superintendencia de Banca y Seguros emitió cinco resoluciones con el propósito que se cumpliera con estas sentencias judiciales, nivelándose las pensiones de las víctimas de acuerdo a las remuneraciones de los funcionarios activos de la misma o equivalente categoría en el momento en que dieron los reajustes de salarios, y reintegrando los montos correspondientes. Dichas resoluciones no fueron cumplidas⁸⁹. Las víctimas presentaron nuevas acciones judiciales, esta vez ante el Tribunal Constitucional peruano, quien falló a su favor en 1998 y el 2000⁹⁰. Dos años después, el Congreso de Perú derogó las dos normas que habían afectado a los pensionistas, y la Superintendencia de Banca y Seguros emitió cinco nuevas resoluciones para dar cumplimiento a las anteriores resoluciones de 1995, pagando a las víctimas las cantidades determinadas en estas últimas y restableciendo sus pensiones niveladas⁹¹. No obstante, esto último sólo ocurrió una vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitiera el 2001 un informe recomendado al Estado peruano reparar los daños sufridos por las víctimas, y decidiera someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana⁹².

En *Cinco Pensionistas*, el tribunal reconoció que el concepto de propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana comprende al derecho

⁸⁶ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 88.f-g.

⁸⁷ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 88.h.

⁸⁸ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 88.i-j.

⁸⁹ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 88.k.

⁹⁰ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 88.i.

⁹¹ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 88.m-o.

⁹² Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 5-12.

a obtener una pensión de cesantía, en este caso nivelada⁹³. Para las víctimas, este era un derecho adquirido conforme a la legislación peruana, e incorporado a su patrimonio⁹⁴. Como tal, sólo podía ser limitado legalmente por el Estado, en las condiciones descritas en el artículo 21⁹⁵. La Corte Interamericana consideró que la reducción a la que se vieron afectas las víctimas fue arbitraria, por cuanto al momento de presentarse a retirar su pensión, recibieron una cantidad de dinero considerablemente menor a la que venían percibiendo, “sin que se hubiera emitido una resolución o acto jurídico que autorizara tal reducción”⁹⁶. A esto se sumó el incumplimiento por el Estado peruano de las sentencias judiciales favorables a las víctimas⁹⁷. Como indicó la Corte, si Perú quería dar otra interpretación a las normas aplicables a los cinco pensionistas debió “a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia”⁹⁸. Lo anterior llevó al tribunal a concluir que el Estado peruano era responsable de haber violado el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana⁹⁹. Sin embargo, en virtud de la derogación de las normas que afectaban a

⁹³ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 93-103.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha reconocido el derecho a obtener una pensión, cumpliendo los requisitos legales establecidos al efecto, como cubierto por el artículo 1º del Primer Protocolo.

Ver e.g. *Klara y María Iwaszkiewicz c. Polonia* (2001): Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de junio de 2011 (sentencia), párrafo 41, y *Ljutvija y Mahmut Grudić c. Serbia* (2012): Corte Europea de Derechos Humanos, 14 de abril de 2012 (sentencia), párrafo 72.

⁹⁴ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 102.

⁹⁵ En apoyo de esta conclusión, el tribunal citó el artículo 5 del Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, adicional a la Convención Americana, conocido como Protocolo de San Salvador.

Cinco Pensionistas c. Perú (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 116.

El Protocolo de San Salvador está en vigor desde 1999, y se encuentra disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> [visitado el 30/4/2014].

⁹⁶ *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 109.

⁹⁷ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 114-115.

⁹⁸ *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 117.

⁹⁹ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 118 & 121.

las víctimas por el Congreso de Perú, de las nuevas resoluciones que emitió la Superintendencia de Banca y Seguros con que hizo efectivas sus resoluciones previas de 1995, del pago de las cantidades ahí determinadas, y del restablecimiento de las pensiones niveladas el 2002, la Corte Interamericana dio por reconocidas y cumplidas las pretensiones de los cinco pensionistas¹⁰⁰.

5. Entre *Palamara Iribarne* y *Salvador Chiriboga*

La Corte Interamericana volvió a encontrar violaciones al artículo 21 en *Palamara Iribarne, Masacres de Ituango y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, en los años 2005, 2006 y 2007, respectivamente. Como ocurrirá posteriormente con *Familia Barrios, Masacres de El Mozote y Masacre de Santo Domingo*, en *Masacres de Ituango* el tribunal internacional resolvió que el Estado correspondiente no respetó la protección de la propiedad consagrada en la Convención Americana, como consecuencia de actos que conllevaron principalmente el incumplimiento de otras disposiciones de este tratado. En este caso, los derechos violados fueron el derecho a la vida del artículo 4º, la prohibición de la esclavitud y servidumbre del artículo 6º, y el derecho a la libertad personal del artículo 7º, entre otros¹⁰¹. Más desarrollo jurisprudencial sobre el artículo 21 tienen *Palamara Iribarne y Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, dos sentencias relacionadas con la incautación de bienes. Humberto Palamara Iribarne era un oficial retirado de la Armada de Chile que escribió un libro sobre inteligencia militar, cuya publicación fue prohibida judicialmente por el Estado de su país, y sus textos originales y copias digitales y físicas fueron incautadas en la sede de la imprenta donde se publicaba el libro y en el domicilio de la víctima¹⁰². La Corte Interamericana consideró dicha incautación, no indemnizada por el Estado de Chile, como un acto de censura previa, y como una vulneración al artículo 21¹⁰³. Esto, por cuanto el tribunal internacional señaló que la creación intelectual está incluida dentro de la protección de la propiedad convencional¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ver *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 119-20.

¹⁰¹ Ver, en general, *Masacres de Ituango c. Colombia* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de junio de 2006, Serie C Nº 148 (sentencia).

¹⁰² Ver *Humberto Palamara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135 (sentencia), párrafos 2, 63.1.-111.

¹⁰³ Ver *Humberto Palamara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135 (sentencia), párrafos 100, 108 y 111.

¹⁰⁴ Ver *Humberto Palamara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135 (sentencia), párrafos 102-104.

En *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, el tribunal internacional resolvió que Ecuador infringió el artículo 7º sobre derecho a la libertad personal, el artículo 8º sobre garantías judiciales, y el artículo 5º sobre derecho a la integridad personal, junto al artículo 21 referente al derecho de propiedad. Juan Carlos Chaparro era un empresario chileno dedicado a la elaboración de hieleras para el transporte de distintos productos, cuya fábrica fue allanada en 1997 en una operación antinarcóticos, en la cual fue detenido previa orden judicial, pero sin que se le informaran los motivos de su detención ni se le otorgara el derecho de asistencia consular del estado de su nacionalidad¹⁰⁵. En esta operación también fue detenido Freddy Lapo, gerente ecuatoriano de la empresa, sin que se hubiera emitido orden judicial escrita en su contra ni se le explicaran las razones de su detención¹⁰⁶. Ambas víctimas fueron trasladadas a dependencias policiales, donde permanecieron incomunicadas por cinco días¹⁰⁷. A pesar de que no se encontró prueba alguna que incriminara a Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas de que se les acusaba, las víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional por más de un año. Los recursos judiciales interpuestos por las víctimas no les permitieron revertir esta situación¹⁰⁸. La fábrica allanada en 1997 sólo fue restituida a su dueño cinco años después de haber sido incautada, previo pago de una liquidación por el depósito, custodia y administración de los bienes respectivos. El vehículo de Lapo también incautado en esa oportunidad nunca fue devuelto¹⁰⁹. La Comisión Interamericana hizo algunas recomendaciones a Ecuador en su informe del 2006, pero ante la falta de respuesta estatal, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 2, 62-68 y 73.

¹⁰⁶ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 2, 62-68 y 77.

¹⁰⁷ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 2 y 83-87.

¹⁰⁸ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 3, 99-118 y 122-136.

Ver también *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 143-165.

¹⁰⁹ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 3 y 175-180.

¹¹⁰ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafo 4.

Siguiendo a *Ivcher Bronstein*, el tribunal internacional comenzó por distinguir los bienes de la fábrica de los bienes que pertenecían a Juan Carlos Chaparro –esto es, de sus acciones en la empresa¹¹¹. Según la Corte, la adopción de medidas cautelares que afecten el derecho de propiedad no provoca *per se* una violación del artículo 21, siempre que se justifiquen previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho de propiedad¹¹². Sobre el pago por el depósito, custodia y administración de los bienes, el tribunal señaló que:

[e]l cobro efectuado a una persona sobreseída, en relación con los bienes que le fueron despojados provisoriamente, constituye una carga equivalente a una sanción. Esta exigencia resulta desproporcionada para aquellas personas cuya culpabilidad no fue demostrada¹¹³.

Con esta "afectación desproporcionada", Ecuador violó el derecho de propiedad de Juan Carlos Chaparro¹¹⁴. La Corte Interamericana se pronunció enseguida sobre la arbitrariedad en la incautación de los bienes, las irregularidades en su restitución y su mala administración, en relación con la garantía del artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, el tribunal dijo que al no expresar Ecuador los motivos que justificaron la adopción de las medidas cautelares, éstas "[...] devinieron en arbitrarias, razón por la cual el Estado afectó de manera desproporcionada el derecho del señor Chaparro al uso y goce de sus bienes en violación del artículo 21 [...]"¹¹⁵. Las irregularidades detectadas por la Corte Interamericana se refieren a demoras en la restitución, y no devolución de algunos bienes, que hicieron aún más gravosa la situación de Juan Carlos Chaparro, configurando un incumplimiento al artículo 21¹¹⁶. La mala administración de los bienes del señor Chaparro por Ecuador incluyeron

¹¹¹ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafos 180-182.

Ver también *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74 (sentencia), párrafo 127.

¹¹² Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafos 187-189.

¹¹³ *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafo 193.

¹¹⁴ *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafo 195.

¹¹⁵ *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafo 199.

¹¹⁶ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C N° 189 (sentencia), párrafos 203-204 y 206-209.

la entrega en arriendo de la fábrica a un particular y un importante deterioro de los bienes incautados, de los cuales el Estado es responsable como custodio de éstos¹¹⁷. Para el tribunal, “como consecuencia de la mala administración [...] y los deterioros [...], el señor Chaparro fue privado arbitrariamente de la posibilidad de continuar percibiendo las utilidades que recibía con ocasión de funcionamiento de la empresa”¹¹⁸. Por último, en lo que atañe a la ilegalidad en la aprehensión y depósito del automóvil de Freddy Lapo, la Corte constató que se trató de una incautación ilegal y arbitraria, afectando a su dueño en violación de lo dispuesto en el artículo 21¹¹⁹.

Casi un año después de *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, la Corte Interamericana pronunció la sentencia que a la fecha contiene su interpretación más detallada sobre la protección de la propiedad individual que ofrece la Convención Americana. Si bien *Salvador Chiriboga* giró principalmente en torno al pago de una indemnización justa, la Corte Interamericana reiteró en su sentencia la vinculación que existe entre las privaciones y las limitaciones o restricciones a la propiedad y el principio de proporcionalidad, ya adelantada en *Comunidad Yakyé Axa y Comunidad Sawhoyamaxa* para la propiedad comunal, así como en *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* para la propiedad individual, y ampliamente desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos relativa al artículo 1º del Primer Protocolo de su tratado constitutivo¹²⁰. Los hermanos María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga habían heredado un predio de 60 hectáreas ubicado en el Batán de Melizalde, al noreste de Quito, Ecuador. En 1991, el Consejo Municipal de esa ciudad declaró de utilidad

¹¹⁷ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 211-214.

¹¹⁸ *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafo 214.

¹¹⁹ Ver *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 216-218.

¹²⁰ Ver *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafos 144-145; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafo 212; y *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 193, 195 y 199.

Ver también LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2012): “Interferences with Property under European Human Rights Law”, en: *Florida Journal of International Law* (Volumen XXIV, Nº 3), pp. 521-523, 534-535 y 542.

No solo la jurisprudencia europea de derechos humanos es rica al respecto. También lo es la de los tribunales arbitrales en disputas de inversión.

Ver LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2014): *Indirect Expropriation in International Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing), pp. 112-83.

pública, con fines de expropiación y ocupación urgente, el inmueble de los hermanos Salvador, lo que provocó que las víctimas interpusieran diversas acciones administrativas y judiciales en contra de la declaratoria de utilidad pública, reclamando una justa indemnización conforme a la legislación ecuatoriana y la Convención Americana¹²¹. A raíz del resultado adverso obtenido en los procesos administrativos iniciados, los hermanos Salvador presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1998, la que en el 2005 emitió un informe con recomendaciones para el Estado ecuatoriano¹²². Estas recomendaciones no fueron adoptadas de manera satisfactoria, por lo que la Comisión decidió someter el caso a la Corte Interamericana al año siguiente¹²³. Para entonces, Juan Guillermo Salvador había fallecido, dejando a su hermana María como heredera universal¹²⁴. Tres de los procesos judiciales iniciados por los hermanos Salvador Chiriboga en la década de los 90, seguían aún pendientes¹²⁵.

Para resolver si la privación al derecho de propiedad del predio perteneciente a María Salvador se llevó a cabo de conformidad con lo establecido en el artículo 21, la Corte optó por analizar primero el contenido del derecho de propiedad, y después los requisitos establecidos en la Convención Americana para limitar tal derecho¹²⁶. Respecto al concepto de propiedad, el tribunal reiteró la interpretación expresada de manera constante en su jurisprudencia, la cual comprende bienes corporales e incorporales, muebles e inmuebles, y en general todo derecho adquirido –esto es, incorporado al patrimonio de las personas¹²⁷.

¹²¹ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 2-4.

¹²² Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 1 y 3.

¹²³ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 1.

¹²⁴ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 1.

¹²⁵ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 4 y 6.

¹²⁶ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 54.

Ver también *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 102.

¹²⁷ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 55.

Ver también *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafo 102.

En cuanto a las limitaciones a la propiedad, la Corte Interamericana relacionó el artículo 21 con el principio de proporcionalidad, señalando que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional¹²⁸.

Citando el caso *Herrera Ulloa*, la Corte explicó a continuación el papel que juega este principio en el contexto de la privación de la propiedad:

[para] que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. En este sentido, el Tribunal considera que en el marco de una privación al derecho a la propiedad privada, en específico en el caso de una expropiación, dicha restricción demanda el cumplimiento y fiel ejercicio de requerimientos o exigencias que ya se encuentran consagradas en el artículo 21.2 de la Convención¹²⁹.

Haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el artículo 1º del Primer Protocolo Adicional, la Corte Interamericana agregó que el principio de legalidad es una condición determinante al momento de verificar que el derecho de propiedad se ha vulnerado, pues supone que la legislación que regula la privación de tal derecho sea clara, específica y previsible¹³⁰. Con citas a la opinión consultiva sobre la expresión “leyes” en el

¹²⁸ María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 60.

Ver Comunidad Indígena Yaky Axa c. Paraguay (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C Nº 125 (sentencia), párrafos 144-5; y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C Nº 146 (sentencia), párrafo 212.

¹²⁹ María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 63.

Ver María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 62.

Ver también Mauricio Herrera Ulloa c. Costa Rica (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004, Serie C Nº 107 (sentencia), párrafo 102.

¹³⁰ Ver María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 64.

artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1986) y al caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, el tribunal señaló que:

[...] no es necesario que toda causa de privación o restricción al derecho a la propiedad esté señalada en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Este derecho supone que toda limitación a éste deba ser excepcional. De la excepcionalidad se deriva que toda medida de restricción debe ser necesaria para la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática, de conformidad con el propósito y fin de la Convención Americana. Por lo tanto, es necesario analizar la legitimidad de la utilidad pública y el trámite o proceso que se empleó para perseguir dicho fin¹³¹.

En su análisis del interés social, la Corte Interamericana constató que la declaratoria de utilidad pública del Consejo Municipal quiteño de 1991 tenía como objeto destinar el predio de los hermanos Salvador a la construcción de un parque metropolitano en el sector del Batán, y que la ocupación del inmueble por el Municipio de Quito ocurrió en 1997¹³². Insistiendo de manera implícita en la noción de proporcionalidad, el tribunal señaló que el interés social debe tender al bien común, como parte integrante del orden público de un Estado democrático orientado a la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual "los Estados deberán emplear todos los medios a su alcance para afectar en menor medida otros derechos, y por tanto asumir las obligaciones que esto conlleve de acuerdo a la Convención"¹³³. La interpretación del bien común y del orden público, como fundamentos del interés social declarado en medidas que limiten el derecho de propiedad, debe ser estricta y tener en

Ver también *Ernst Beyeler c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de enero de 2000 (sentencia), párrafos 108-109; *Elena Carbonara et al. y Constantino Ventura c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 30 de mayo de 2000 (sentencia), párrafo 65; *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 30 de mayo de 2000 (sentencia), párrafo 58; e *Ilia Velikovi et al. c. Bulgaria* (2007): Corte Europea de Derechos Humanos, 15 de marzo de 2007 (sentencia), párrafo 166.

¹³¹ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 65.

Ver *La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1986): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, Serie A Nº 6 (opinión consultiva OC-6/86), párrafo 28; y *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafo 93.

¹³² Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 70-72.

¹³³ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 73.

Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 74.

cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”¹³⁴. Según la Corte Interamericana, la declaratoria de utilidad pública se basó en un interés social legítimo y no controvertido, como es la protección ambiental por medio de la creación de un área de recreación y protección ecológica para la ciudad de Quito¹³⁵. No obstante, la demora del Estado ecuatoriano en resolver las acciones de los hermanos Salvador en contra de dicha declaratoria no fue considerada razonable por el tribunal, al constituir una evidente denegación de justicia que privó a la víctima de recursos efectivos¹³⁶. De esta manera:

[...] el interés social alegado por el Estado para justificar la privación del bien queda en estado de incertidumbre, lo cual pone en riesgo no sólo el interés público que recae sobre la existencia del Parque Metropolitano, sino además el real beneficio del cual está siendo objeto la comunidad en su conjunto, ante la posibilidad de una resolución desfavorable en este sentido¹³⁷.

Aclarado lo relativo a la utilidad pública o interés social, la Corte procedió a determinar si se cumplió con el requisito del pago de una indemnización justa. Con referencias al *asunto de la fábrica de Chorzów* (1928) de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la Resolución sobre la Soberanía Permanente de los Recursos Naturales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de la Asamblea General de la ONU, los arbitrajes *Topco/Calasiatic y Aminoil* (1982), el caso *INA* (1985) del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., y las Directrices del Banco Mundial sobre el Trato de Inversión Extranjera Directa, la Corte Interamericana señaló que el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva en caso de expropiación constituye un principio general del derecho internacional, “el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario”¹³⁸. Para el

¹³⁴ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 75.

¹³⁵ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 76-7, 90 & 116.

¹³⁶ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 77-90 y 116-117.

Ver también *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 56-59.

¹³⁷ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 89.

¹³⁸ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 96.

Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 98.

tribunal, los arbitrajes *BP Exploration Co.* (1973) y *Liamco* (1977), los casos *James* (1985) y *Lithgow* (1986) de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como el arbitraje de inversión *Santa Elena* (2000), reafirman la exigibilidad de una indemnización conforme al derecho internacional de la expropiación¹³⁹. En *Salvador Chiriboga*, el Municipio de Quito presentó una demanda de expropiación en contra de las víctimas en 1996, cinco años después que haber emitido la declaratoria de utilidad pública del inmueble¹⁴⁰. Teniendo en cuenta la legislación ecuatoriana, el juicio de expropiación no debiera ser un proceso complejo, sino más bien expedited¹⁴¹. Sin embargo, el Estado ecuatoriano no actuó con la debida diligencia, excediendo todos los plazos establecidos por su propia legislación para establecer el valor del bien expropiado, y pagar el monto correspondiente a la víctima por la privación de su propiedad¹⁴². El pago provisional que Ecuador hizo del predio, el cual nunca fue aceptado por María Salvador, no cumplió con el estándar que establece la Convención Americana y el derecho internacional general¹⁴³. Todo esto provocó un estado

Ver también *Asunto de la Fábrica de Chorzów, Alemania c. Polonia* (1928): Corte Permanente de Justicia Internacional, 13 de septiembre de 1928 (sentencia); Resol. 1803 (XVII) de 1962: Asamblea General de la ONU. Disponible en francés e inglés en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf [visitado el 30/04/2014]; Resol. 3281 (XXIX) de 1974, Asamblea General de la ONU; *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. (Topco/Calaasiatic) c. República Árabe Libia* (1977): Árbitro René-Jean Dupuy, 19 de enero de 1977 (laudo), en: *International Legal Materials* Volumen XVII (1978), pp. 1-37; *American Independent Oil Co. (Aminoil) c. Kuwait* (1982): Árbitros Paul Reuter, Hamed Sultan y Gerald Fitzmaurice, 24 de marzo de 1982 (laudo), en: *International Legal Materials*, Volumen XXI (1982), pp. 976-1053; *INA Corporation c. Irán* (1985): Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., 13 de agosto de 1985 (sentencia); y Directrices sobre el Trato de Inversión Extranjera Directa de 1992: Banco Mundial.

¹³⁹ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 97.

Ver también *British Petroleum Exploration Co. c. Libia* (1973): Árbitro Gunnar Lagergren, 10 de octubre de 1973 (laudo), en: *International Legal Reports*, Volumen LIII (1973) pp. 297-388.; *Libyan American Oil Co. (Liamco) c. Libia* (1977): Árbitro Sobhi Mahmassani, 12 de abril de 1977 (laudo), en: *International Legal Materials* Volumen XX (1981) pp. 1-87; *John James et al. c. Reino Unido* (1985): Corte Europea de Derechos Humanos, 21 de febrero de 1985 (sentencia); *William Lithgow et al. c. Reino Unido* (1986): Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de julio de 1986 (sentencia); y *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica* (2000): Árbitros Yves Fortier, Elihu Lauterpacht y Prosper Weil, 17 de febrero de 2000, caso CIADI Nº ARB/96/1 (laudo).

¹⁴⁰ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 103.

¹⁴¹ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 105-106.

¹⁴² Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 103-104 y 107-109.

¹⁴³ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 94 y 110.

de incertidumbre jurídica en la víctima, que le impidió ejercer su derecho de propiedad sobre un predio ocupado por el Municipio de Quito por más de una década, sin que se hubiese definido su titularidad¹⁴⁴. De acuerdo a la Corte Interamericana, Ecuador no sólo vulneró el derecho a las garantías y protección judicial consagrados en los artículos 8º y 25 de la Convención Americana¹⁴⁵; también incumplió el principio de legalidad en el proceso expropiatorio, el cual fue calificado por el tribunal internacional como arbitrario y constitutivo de una privación de la propiedad que violó el artículo 21¹⁴⁶. Respecto a los tributos y sanciones que María Salvador pagó indebidamente al Municipio de Quito entre los años 1991 y 2001, los que sólo le fueron devueltos de manera parcial, la Corte Interamericana concluyó que Ecuador impuso a la víctima cargas adicionales, excesivas y desproporcionadas, “lo cual representa un agravante en la vulneración del derecho de propiedad privada”¹⁴⁷.

6. De Acevedo Buendía a Mémoli

En su voto concurrente a *Salvador Chiriboga*, el juez Manuel Ventura se explató en la idea de “justo equilibrio entre el interés general y el interés particular”, simplemente mencionada en la sentencia del tribunal, relacionándola con la noción de “balance justo” de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre interferencias con el derecho de propiedad¹⁴⁸. Según el juez Ventura, para lograr este equilibrio entre el interés general y el particular, “el Estado debe utilizar los medios menos gravosos a fin de reducir la vulneración de los derechos del afectado”¹⁴⁹. El pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, así como el tiempo transcurrido entre la adopción de la medida expropiatoria y el pago correspondiente, y la inexistencia de otras cargas o situaciones anexas que producen incertidumbre en el expropiado,

¹⁴⁴ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 111.

¹⁴⁵ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 117-118.

¹⁴⁶ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 113-114 y 117-118.

¹⁴⁷ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafo 115.

¹⁴⁸ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 1.

Ver también LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2012): “Interferences with Property under European Human Rights Law”, en: *Florida Journal of International Law* (Volumen XXIV, Nº 3), pp. 521-523, 534-535 y 542.

¹⁴⁹ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 2.

permiten alcanzar este equilibrio tutelado por el artículo 21 de la Convención Americana¹⁵⁰. Citando los casos *James*, *Hutten-Czapska* (2005), *Matos* (1996) y *Sporrong y Lönnroth* (1982), el juez costarricense declaró:

La Corte Europea también ha señalado que el principio del justo equilibrio (*fair balance*) supone que no toda privación se encuentra en principio legitimada por la concurrencia del interés público o social. Toda limitación, necesariamente debe suponer una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos perseguidos por el Estado en su aplicación, incluyendo las medidas destinadas al control del ejercicio de la propiedad individual. Dicho principio consiste en el balance entre las demandas del interés general de la comunidad y los requisitos para la protección de los derechos fundamentales de carácter individual¹⁵¹.

Insistiendo en un criterio ya adelantado por la Corte Interamericana, el juez Ventura señaló que para casos como *Salvador Chiriboga*, donde no hay una expropiación formal, el tribunal llamado a resolver al asunto debe ir más allá de la apariencia de los hechos, a fin de identificar la situación real producida¹⁵². Con referencias a *Ivcher Bronstein*, así como a *Belvedere y Papamichalopoulos* (1993), además de *Beyeler* (2000), *Jahn* (2005) y nuevamente *Matos* y *Sporrong y Lönnroth*, el juez agregó que en aplicación del balance justo la Corte Europea "ha reconocido que largos períodos de incertidumbre a que han sido sometidos los afectados de una expropiación agrava los efectos de las medidas adoptadas, por lo que imponen una carga excesiva que rompe el justo equilibrio"¹⁵³.

¹⁵⁰ Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 2.

¹⁵¹ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 2.

Ver *E. Sporrong y M. Lönnroth c. Suecia* (1982): Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1982 (sentencia), párrafo 69; *John James et al. c. Reino Unido* (1985): Corte Europea de Derechos Humanos, 21 de febrero de 1985 (sentencia), párrafo 46; *Matos e Silva Lda. et al. c. Portugal* (1996): Corte Europea de Derechos Humanos, 16 de septiembre de 1996 (sentencia), párrafo 86; y *Maria Hutten-Czapska c. Polonia* (2005): Corte Europea de Derechos Humanos, 22 de febrero de 2005 (sentencia), párrafo 93.

¹⁵² Ver *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), pp. 2-3.

¹⁵³ *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (opinión separada del juez Manuel Ventura Robles), p. 3.

Ver *E. Sporrong y M. Lönnroth c. Suecia* (1982): Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1982 (sentencia), párrafos 63 y 72-73; *Ioannis Papamichalopoulos et al. c. Grecia* (1993): Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de junio de 1993 (sentencia), párrafo 42; *Matos e Silva Lda. et al. c. Portugal* (1996): Corte Europea de Derechos Humanos, 16 de septiembre de 1996 (sentencia), párrafo 92; *Ernst Beyeler c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 5 de enero de 2000 (sentencia), párrafo 122; *Belvedere Alberghiera S.r.L. c. Italia* (2000): Corte Europea de Derechos Humanos, 30 de

Sporrong y Lönnroth es un caso muy parecido a *Salvador Chiriboga*¹⁵⁴. Sin embargo, y a pesar de esta similitud, las soluciones dadas por la Corte Europea y por la Corte Interamericana son distintas para ambos litigios. Mientras en *Sporrong y Lönnroth* la Corte Europea optó por describir la violación de Suecia como otra interferencia con la propiedad, distinta de una privación y de un control en su uso, en *Salvador Chiriboga* la Corte Interamericana calificó el incumplimiento de Ecuador como una privación de la propiedad¹⁵⁵. Esta diferencia encontraría una posible explicación en el hecho que el sistema interamericano no reconoce las tres categorías distintas pero relacionadas que distingue la jurisprudencia de la Corte Europea, a partir del texto del artículo 1º del Primer Protocolo. Vale decir, las privaciones de la propiedad, controles en su uso y otras interferencias del derecho europeo de derechos humanos no se aplicarían en el derecho interamericano¹⁵⁶. No obstante, del análisis de la jurisprudencia relativa al artículo 21 de la Convención Americana pareciera desprenderse que la Corte Interamericana identifica dos categorías de interferencias: privaciones de la propiedad, y limitaciones o restricciones a ésta. El tribunal no ha sido claro al respecto, hablando en sus sentencias indistintamente de privaciones contrarias al artículo 21 o simplemente de violaciones o vulneraciones a esta disposición, sin explicar por qué eligió una u otra denominación¹⁵⁷. En lo que sí se acercan la

mayo de 2000 (sentencia), párrafo 53; *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafo 124; y *Heidi Jahn et al. c. Alemania* (2005): Corte Europea de Derechos Humanos, 30 de junio de 2005, (sentencia), párrafo 93.

¹⁵⁴ Ver, en general, *E. Sporrong y M. Lönnroth c. Suecia* (1982): Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1982 (sentencia).

¹⁵⁵ Ver *E. Sporrong y M. Lönnroth c. Suecia* (1982): Corte Europea de Derechos Humanos, 23 de septiembre de 1982 (sentencia), párrafos 56-75; y *María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 48-118.

¹⁵⁶ Respecto de las tres categorías desarrolladas por la Corte Europea en su jurisprudencia sobre el artículo 1º del Primer Protocolo, ver en general VAN DIJK, P. et al. (eds.) (2006): *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Mortsel, Intersentia Publishers), pp. 863-893; HARRIS, David et al. (2009): *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), pp. 655-696; WILDHABER, Luzius y WILDHABER, Isabelle (2009): "Recent Case Law on the Protection of Property in the European Court of Human Rights", en: Christina Binder et al. (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 657-677; y WHITE, Robin y OVEY, Clare (2010): *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), pp. 477-505.

¹⁵⁷ Ver e.g. *Baruch Ivcher Bronstein c. Perú* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001, Serie C Nº 74 (sentencia), párrafos 129 y 130-131; *Cinco Pensionistas c. Perú* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2003, Serie C Nº 98 (sentencia), párrafos 115 & 121; *Humberto Palomara Iribarne c. Chile* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135 (sentencia), párrafos 108 y 111; *Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26

interpretación y aplicación del artículo 1º del Primer Protocolo a la Convención Europea y del artículo 21 de la Convención Americana, por la Corte Europea e Interamericana, respectivamente, es en la utilización del principio de proporcionalidad para determinar si tales disposiciones fueron efectivamente violadas. Este principio permite delimitar la frontera entre la regulación estatal legítima y las interferencias excesivas en los derechos de las personas¹⁵⁸. En el derecho comparado, se entiende que el principio de proporcionalidad debe cumplir tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. La idoneidad se refiere a que la medida sea apropiada al objetivo buscado, la necesidad dice relación con que la medida afecte lo menos posible a la persona involucrada, y la proporcionalidad *stricto sensu* tiene que ver con que se respete un balance justo o razonable entre los intereses comunitarios e individuales comprometidos¹⁵⁹. Desde 1968, la Corte Europea de Derechos Humanos ha recurrido con regularidad al principio de proporcionalidad, centrando su interpretación y

de noviembre de 2008, Serie C Nº 189 (sentencia), párrafos 195, 199, 204, 209, 214 y 218; María y Julio Guillermo Salvador Chiriboga *c. Ecuador* (2008): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, Serie C Nº 179 (sentencia), párrafos 114-115; Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") *c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C Nº 198 (sentencia), párrafos 90-91; Víctor Abrill Alosilla y Otros *c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafos 84-85; Sebastián Furlan y Familiares *c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafos 178, 180-181 y 183.

¹⁵⁸ Ver KOMMENDIJK, Jasper y MORIJN, John (2009): "Proportional by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration", en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 438 y 442.

Ver también KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan (2010): "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality", en: Stephan Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 79-80; y HENCKELS, Caroline (2012): "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", en: *Journal of International Economic Law* (Volumen XV Nº 1), p. 226.

¹⁵⁹ Ver ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002): *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Mortsel, Intersentia Publishers), pp. 14-5 & 156-7; SWEET, Alec y MATHEWS, Jud (2008): "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", en: *Columbia Journal of Transnational Law* (Volumen XCVII, Nº 1), pp. 75-76; KOMMENDIJK, Jasper y MORIJN, John (2009): "Proportional by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration", en: Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Nueva York, Oxford University Press), p. 438; KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan (2010): "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest - the Concept of Proportionality", en: Stephan Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Nueva York, Oxford University Press), pp. 85-88; HENCKELS, Caroline (2012): "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", en: *Journal of International Economic Law* (Volumen XV Nº 1),

aplicación en el subprincipio de la proporcionalidad *stricto sensu*¹⁶⁰. La Corte Interamericana ha utilizado este principio desde el 2002 y, si bien pareciera distinguir los tres subprincipios doctrinales, en la práctica tiende a restringir su interpretación y aplicación a la proporcionalidad *stricto sensu*¹⁶¹. Al menos es lo que se desprende de los primeros años de su jurisprudencia sobre protección del derecho de propiedad individual, especialmente de *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, y *Salvador Chiriboga*.

En el último tiempo, la Corte Interamericana ha detectado violaciones al artículo 21 de la Convención Americana en *Acevedo Buendía, Abrill Alosilla, Furlan, Familia Barrios, Masacres de El Mozote, Masacre de Santo Domingo y Mémoli*. Con la excepción de *Furlan*, y en menor medida de *Mémoli*, estas sentencias no agregan nada sustancial a su jurisprudencia sobre privaciones

pp. 227-228; y KULICK, Andreas (2012): *Global Public Interest in International Investment Law* (Nueva York, Cambridge University Press), pp. 186-188.

¹⁶⁰ Ver *Ciertos Aspectos de las Leyes sobre el Uso de Lenguas en la Educación en Bélgica* (1968): Corte Europea de Derechos Humanos (sentencia).

Ver también ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2002): *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Mortsel, Intersentia Publishers), pp. 15-6 & 193; y HENCKELS, Caroline (2012): "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", en: *Journal of International Economic Law* (Volumen XV Nº 1), pp. 243 y 245-254.

En cuanto al principio de proporcionalidad en general, ver BARAK, Aharon (2012): *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Nueva York, Cambridge University Press) y COHEN-ELIYA, Moshe e PORAT, Iddo (2013): *Proportionality and Constitutional Practice* (Nueva York, Cambridge University Press).

Sobre el derecho constitucional alemán y el principio de proporcionalidad, ver ALEXANDER, Gregory (2006): *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence* (Chicago, University of Chicago Press), pp. 97-147.

¹⁶¹ Ver *José María Cantos c. Argentina* (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2002, Serie C Nº 97 (sentencia).

Ver también LEGG, Andrew (2012): *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford, Oxford University Press), pp. 178-9.

Si bien en este caso la Comisión Interamericana indicó en su informe que Argentina violó el artículo 21 de la Convención Americana, y la Corte Interamericana señaló en su sentencia que "producto de la falta de pago de la tasa judicial y los honorarios, el señor Cantos recibió una 'inhibición general' para llevar a cabo su actividad económica", finalmente el tribunal internacional sólo concluyó que "el Estado violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor José María Cantos [...]", ordenando a continuación que "el Estado debe levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor José María Cantos para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados".

José María Cantos c. Argentina (2002): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2002, Serie C Nº 97 (sentencia), párrafos 5, 8, 43t. y 77.

y limitaciones o restricciones a la propiedad individual. *Acevedo Buendía* y *Abrill Alosilla* se refieren a un problema muy parecido al resuelto por la Corte en *Cinco Pensionistas*. En el primero de estos casos, la Comisión Interamericana recomendó a Perú el 2002 cumplir dos sentencias del Tribunal Constitucional de 1997 y el 2001, que le ordenaban nivelar o reajustar las pensiones de los integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General, del cual Alejandro Acevedo era el primero de una lista ordenada alfabéticamente¹⁶². Al nivelar las pensiones de las víctimas, sin restituir los montos retenidos entre 1993 y el 2002, el Estado peruano sólo cumplió parcialmente con las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto significó el incumplimiento de las recomendaciones del informe de la Comisión, que decidió el 2008 someter *Acevedo Buendía* a la jurisdicción de la Corte Interamericana¹⁶³. En su sentencia del 2009, el tribunal internacional reiteró que las pensiones constituyen derechos adquiridos conforme a la normativa interna correspondiente y que, al estar incorporados al patrimonio de las personas, se encuentran protegidos por el artículo 21 de la Convención Americana¹⁶⁴. La Corte concluyó que "de la prolongada e injustificada inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales internas deriv[ó] el quebranto al derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención, que no se habría configurado si dichas sentencias hubiesen sido acatadas en forma pronta y completa"¹⁶⁵.

En el segundo caso, la Comisión Interamericana recomendó el 2009 a Perú proveer recursos efectivos frente a la aplicación retroactiva de decretos que entre 1991 y 1992 eliminaron el sistema de escala salarial que regía a los integrantes del Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima, en contravención

¹⁶² Ver *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafos 1-2.

¹⁶³ Ver *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafos 1-3.

Ver también *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafos 42-65.

¹⁶⁴ Ver *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafos 84-85.

¹⁶⁵ *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafo 90.

Ver *Alejandro Acevedo Buendía y Otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c. Perú* (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de julio de 2009, Serie C N° 198 (sentencia), párrafos 86-89 y 91.

a la Constitución Política¹⁶⁶. El incumplimiento del Estado peruano, llevó a la Comisión a someter *Abrill Alosilla* a la Corte Interamericana¹⁶⁷. La sentencia del tribunal internacional volvió a reiterar la protección convencional de las pensiones, como derechos adquiridos incorporados al patrimonio personal¹⁶⁸. Según la Corte, este derecho adquirido se vio afectado por la aplicación retroactiva de tales decretos, de manera contraria al derecho peruano y sin que las víctimas contaran con protección judicial, por un lado, y por los descuentos porcentuales en las remuneraciones mensuales que se impuso a las víctimas, por otro, lo que configuró un incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 21 de la Convención Americana¹⁶⁹.

Aun cuando no son pocos los casos posteriores a *Salvador Chiriboga* en los que la Corte Interamericana ha establecido la existencia de violaciones al artículo 21, en la mayoría de ellos dicho incumplimiento fue el resultado de la violación de otros derechos protegidos por la Convención Americana, en los cuales el tribunal centró su análisis. Es lo que ocurrió con el derecho a la vida y la integridad personal en *Familia Barrios, Masacres de El Mozote y Masacre de Santo Domingo*¹⁷⁰. Distinta fue la situación en *Furlan y Mémoli*, donde la Corte Interamericana concluyó que Argentina fue responsable de vulnerar el derecho a las garantías judiciales del artículo 8º de la Convención Americana y el derecho a la propiedad privada del artículo 21. *Salvador Chiriboga* ya había vinculado estas disposiciones, por lo que no es coincidencia que tanto en *Furlan* como *Mémoli* la Corte haya vuelto a hacer mención al principio de la proporcionalidad. Sebastián Furlan era un menor de edad que en 1988 ingresó a un circuito de entrenamiento militar abandonado cercano a su domicilio, de propiedad del Ejército argentino, donde intentó colgarse de un travesaño de

¹⁶⁶ Ver *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafos 1-2.

¹⁶⁷ Ver *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafo 3.

Ver también *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafos 51-69.

¹⁶⁸ Ver *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafos 82-83.

¹⁶⁹ Ver *Víctor Abrill Alosilla y Otros c. Perú* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de marzo de 2011, Serie C Nº 223 (sentencia), párrafos 84-85.

¹⁷⁰ Ver, en general, *Familia Barrios c. Venezuela* (2011): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2011, Serie C Nº 237 (sentencia); *Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños c. El Salvador* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de octubre de 2012, Serie C Nº 252 (sentencia); y *Masacre de Santo Domingo c. Colombia* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2012, Serie C Nº 263 (sentencia).

45 o 50 kilos de peso que cedió y lo golpeó en la cabeza, haciéndole perder el conocimiento y dejándolo con severos problemas cognitivos y motores de por vida¹⁷¹. Danilo Furlan, padre del menor accidentado, inició en 1990 un proceso judicial civil contra el Ejército argentino por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad de su hijo¹⁷². El 2000 se dictó sentencia de primera instancia, dando lugar a la demanda y estableciendo que el daño causado a Sebastián Furlan fue en gran medida consecuencia de la negligencia del Estado argentino, como titular y responsable del predio abandonado¹⁷³. Tanto la parte demandante como la demandada en este proceso interpusieron recursos de apelación. La sentencia de segunda instancia, pronunciada el mismo año, confirmó la resolución judicial del tribunal de primer grado¹⁷⁴. A consecuencia de las precarias condiciones económicas en las que encontraba su familia, Danilo Furlan optó por cobrar la indemnización judicial a través de la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años plazo, que obtuvo recién el 2003. Ese mismo año, vendió los bonos a un precio menor de su valor nominal, y de ese monto tuvo que destinar una suma no menor a costas¹⁷⁵. El 2009, después de varios intentos frustrados, el Estado argentino le concedió una pensión de invalidez a Sebastián Furlan y asignaciones para sus dos hijos, una por discapacidad y otra por minoría de edad¹⁷⁶.

La Corte Interamericana resolvió el caso *Furlan* el 2012. El tribunal estimó injustificado el retraso en el proceso civil por daños y perjuicios, al que le siguió una etapa administrativa para obtener el pago de la indemnización concedida judicialmente¹⁷⁷. La ejecución de la sentencia que otorgó la indemnización fue calificada por la Corte como no completa ni integral y, por tanto no efectiva, considerando que Sebastián Furlan recibió alrededor de un tercio de lo allí estipulado, pese a que se trataba de una persona discapacitada y de escasos recursos

¹⁷¹ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafos 71-77.

¹⁷² Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafos 78-98.

¹⁷³ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafos 99-100.

¹⁷⁴ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafo 101.

¹⁷⁵ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafos 102-105.

¹⁷⁶ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafos 114-115.

¹⁷⁷ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246 (sentencia), párrafo 212.

económicos¹⁷⁸. El tribunal internacional confirmó una vez más que el derecho a una pensión está cubierto por el artículo 21 de la Convención Americana, en tanto derecho adquirido incorporado al patrimonio personal conforme a los requisitos legales correspondientes, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁷⁹. La Corte Interamericana detectó en este caso “una interrelación entre los problemas de protección judicial efectiva y el goce efectivo del derecho a la propiedad”¹⁸⁰. Recurriendo al principio de proporcionalidad para determinar si fue justificada la limitación proveniente de la ley que estableció la forma de pago de la indemnización judicial, recibida por la víctima, el tribunal identificó con claridad los tres subprincipios de la doctrina internacional y comparada:

[...] al aplicar un juicio de proporcionalidad a la restricción del derecho a la propiedad ocurrida, se encuentra que la ley Nº 23.982 cumplía con una finalidad admisible convencionalmente, relacionada con el manejo de una grave crisis económica que afectaba diversos derechos de los ciudadanos. El medio escogido para enfrentar dicho problema podía resultar idóneo para alcanzar dicho fin y, en principio, puede aceptarse como necesario, teniendo en cuenta que en ocasiones puede no existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar la crisis. Sin embargo, a partir de la información disponible en el expediente, la restricción al derecho a la propiedad de Sebastián Furlan no es proporcionada en sentido estricto porque no contempló ninguna posibilidad de aplicación que hiciera menos gravosa la disminución del monto indemnizatorio que le correspondía¹⁸¹.

Sobre la base del tercer subprincipio de la proporcionalidad *stricto sensu*, la Corte resolvió que el no pago completo de la suma estipulada judicialmente en favor de una persona pobre en situación de vulnerabilidad, “exigía una justificación mucho mayor de la restricción del derecho a la propiedad y algún tipo de medida para impedir un efecto excesivamente desproporcionado, lo cual

¹⁷⁸ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafos 213-219.

¹⁷⁹ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafos 220-221.

Ver también *Feristah Bahceyaka c. Turquía* (2006): Corte Europea de Derechos Humanos, 13 de julio de 2006 (sentencia), párrafo 34; y *Cedo Lelas c. Croacia* (2010): Corte Europea de Derechos Humanos, 20 de mayo de 2010 (sentencia), párrafo 58.

¹⁸⁰ *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 222.

¹⁸¹ *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 222.

Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 217.

no se comprobó en este caso"¹⁸². El tribunal concluyó que Argentina violó el derecho a la protección judicial y el derecho de propiedad protegidos por la Convención Americana¹⁸³.

Un año más tarde, la Corte Interamericana volvió a emplear en *Mémoli* el principio de proporcionalidad para resolver un caso sobre protección de la propiedad individual. La difícil relación entre Carlos y Pablo Mémoli, padre e hijo, respectivamente, con la Asociación de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa "Porvenir de Italia", desembocó en dos procesos iniciados por tres de los miembros de esta asociación, uno penal por injurias y calumnias, y otro civil por los daños y perjuicios derivados de estos delitos¹⁸⁴. El proceso penal comenzó en 1992, y fue fallado en primera instancia en 1994 y en segunda instancia en 1995, en ambas oportunidades contra las víctimas¹⁸⁵. El 2009, el Código Penal argentino fue modificado en la parte relativa a los delitos de injurias y calumnias. Carlos y Pablo Mémoli presentaron sin éxito nuevos recursos contra la condena penal recibida¹⁸⁶. El proceso civil comenzó en 1997, pero a la fecha en que la Corte Interamericana dictó su sentencia, el 2013, seguía pendiente¹⁸⁷. En el curso del proceso penal, los querellantes solicitaron una medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar los bienes de Carlos y Pablo Mémoli, la que fue concedida en 1996 y dejada sin efecto el 2001¹⁸⁸. Ese año, los tres miembros de la Asociación "Porvenir de Italia" solicitaron la misma medida en el proceso civil, la que fue concedida a pesar de los recursos presentados por las víctimas¹⁸⁹. Según la Corte Interamericana, que no se haya dictado sentencia de primera instancia en un proceso civil por más de quince años, respecto del cual pesaba sobre las víctimas una medida cautelar desde hace casi doce, que

¹⁸² *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 222.

¹⁸³ Ver *Sebastián Furlan y Familiares c. Argentina* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2012, Serie C Nº 246 (sentencia), párrafo 223.

¹⁸⁴ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 64-73.

¹⁸⁵ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 74-90.

¹⁸⁶ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 91-94.

¹⁸⁷ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 95-108.

¹⁸⁸ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafo 109.

¹⁸⁹ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 110-112.

impide enajenar y gravar sus bienes, y que antes estuvo vigente respecto del proceso penal, constituye una violación del artículo 8º sobre garantías judiciales, y del artículo 21 sobre derecho de propiedad¹⁹⁰. Como señaló el tribunal:

En suma, la duración prolongada del proceso, en principio de naturaleza sumaria, unida a la inhibición general de bienes por más diecisiete años, ha significado una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y ha llevado a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas¹⁹¹.

7. Conclusión

La jurisprudencia sobre protección de la propiedad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya no puede ser descrita como incipiente, teniendo en cuenta sus sentencias que hacen referencia a la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales, por un lado, y a las privaciones y las limitaciones o restricciones a la propiedad individual, por otro. No cabe duda que la gran contribución de la Corte Interamericana al derecho internacional de los derechos humanos, en esta materia, ha sido el desarrollo de la noción de propiedad comunal, tanto indígena como tribal. El entusiasmo que este tipo de propiedad despierta en muchos autores e instituciones, permite entender pero no justificar el silencio doctrinal a que ha sido relegada su jurisprudencia sobre protección de la propiedad individual. La Corte Interamericana sólo ha fallado unos cuantos casos donde el artículo 21 de la Convención Americana es la principal disposición incumplida. Tal es la situación de *Ivcher Bronstein y Salvador Chiriboga*, así como de *Cinco Pensionistas, Acevedo Buendía y Abrill Alosilla*. En la mayoría de sus sentencias sobre el tema, la Corte concluye que hubo un incumplimiento a la protección convencional de la propiedad, únicamente después de haber encontrado violaciones a otras disposiciones de su tratado constitutivo, y en gran medida como consecuencia de dichos incumplimientos. Es lo que sucede con *Palamara Iribarne, Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, Furlan y Mémoli*, de manera más evidente, con *Masacres de Ituango, Familia Barrios, Masacres de El Mozote y Masacre de Santo Domingo*. En su jurisprudencia sobre protección de la propiedad, la Corte Interamericana sigue normalmente los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos, pero no al punto de distinguir las tres reglas de ese sistema regional. Las diferencias de

¹⁹⁰ Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafos 167, 178 y 180-183.

¹⁹¹ *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafo 180.

Ver *Carlos y Pablo Mémoli c. Argentina* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de agosto de 2013, Serie C Nº 265 (sentencia), párrafo 183.

redacción entre el artículo 1º del Primer Protocolo a la Convención Europea y el artículo 21 de la Convención Americana quizás expliquen esto. Aun cuando la Corte Europea no distingue en sus sentencias los tres subprincipios de la proporcionalidad, como sí lo ha hecho en algunos de sus fallos más recientes la Corte Interamericana, en la práctica ambos tribunales internacionales aplican la proporcionalidad *stricto sensu*, dejando de lado los subprincipios de la idoneidad y la necesidad. Si se comparan las sentencias de la Corte Interamericana sobre privaciones a la propiedad individual, con aquéllas de la Corte Europea sobre interferencias al derecho de propiedad, resulta evidente que la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos tiene un buen camino que recorrer antes de alcanzar los grados de riqueza y complejidad que exhibe la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos en el tema. Mal encaminada, al menos, no parece estar.