



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

# LA PROPIEDAD INDÍGENA ANTE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA.

ANÁLISIS DESDE EL CONVENIO 169 DE LA OIT

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

MEMORISTA: Nadia Rojas Barretas

PROFESOR GUÍA: Dr. Manuel Núñez Poblete

Valparaíso, enero de 2014.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: Derecho de Propiedad Indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	8
1. Consideraciones preliminares.....	8
2. Marco regulatorio del Derecho de Propiedad Indígena: la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Obligatoriedad de los mismos.....	10
A) Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	10
A.1) Origen e importancia.....	10
A.2) Regulación de los derechos vinculados a la tierra: propiedad indígena y recursos naturales.....	13
A.3) Posición del Convenio 169 en el sistema de fuentes y obligatoriedad.....	14
B) Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	15
B. 1) Generalidades.....	15
B.2) Regulación del Derecho de Propiedad.....	16
B.3) Criterios interpretativos: interpretación evolutiva y control de convencionalidad.....	17
a) Interpretación evolutiva.....	17
b) Control de convencionalidad.....	19
CAPITULO II: Análisis del Derecho de Propiedad Indígena en la jurisdicción constitucional.....	21
1. Consideraciones preliminares.....	21

2. Incorporación del Convenio 169 en el sistema de fuentes.....	21
2.1 Argentina.....	21
2.2 Bolivia.....	22
2.3 Colombia.....	22
2.4 Perú.....	23
2.5 Chile.....	24
3. Notas definitorias del derecho de propiedad indígena.....	28
3.1 Relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios.....	28
3.2 Titularidad.....	31
3.3 Objeto: tierras y territorios.....	36
4. Fundamento de la propiedad indígena: el título indígena.....	43
4.1 Recepción de la institución del título indígena.....	47
4.2 Uso ancestral.....	50
5. Obligaciones estatales de delimitación, demarcación y titulación de tierra.....	52
5.1 Determinación de la titularidad de los derechos de delimitación y titularización.....	54
5.2 Finalidad de los procedimientos.....	55
5.3 Gestiones a cumplirse en los procedimientos.....	56
5.4 Aplicación del derecho al debido proceso.....	58
6) Pérdida de la posesión.....	61
6.1 Derecho de retorno.....	62

6.2 Reivindicación e inoponibilidad.....	63
6.3 Derecho de recuperación.....	65
7) Conflicto de derechos.....	69
7.1 Referencia a la relación entre derecho de propiedad indígena y satisfacción de otros derechos.....	69
7.2 Patrimonio público vs. Derecho a la diversidad, identidad y autonomía de los pueblos indígenas.....	72
7.3 Explotación de recursos naturales vs. Preservación de la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas.....	72
7.4 Propiedad privada individual vs. Libertad de tránsito.....	73
7.5 Propiedad privada individual vs. Propiedad colectiva indígena.....	74
CONCLUSIÓN.....	77
BIBLIOGRAFÍA.....	81

## INTRODUCCIÓN

La investigación que se presenta a continuación se realiza a partir de una recopilación de sentencias de distintos órganos jurisdiccionales que se han pronunciado acerca del derecho de propiedad indígena reconocido tanto en instrumentos internacionales como por algunas constituciones políticas. Las sentencias que se estudiaron en específico, pertenecen a los tribunales constitucionales de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú, así como a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para entrar a revisar temas vinculados a los pueblos indígenas es indispensable tener en cuenta el estado actual de la cuestión indígena en general y luego abordar lo referente al derecho de propiedad. En Chile, los resultados del CENSO 2012, aunque cuestionados, dan cuenta de una población indígena que representa (al menos) el 11,08% de la población general, es decir, 1.842.607 de personas declara pertenecer a algún pueblo originario. Argentina, mediante la ECPI (Encuesta Complementaria de Pueblos Indígenas) realizada por el INDEC durante los años 2004 y 2005, indica que hay 600.329 argentinos que declaran pertenecer y/o descender de pueblos originarios. En Bolivia, el CENSO 2012 informa sobre un porcentaje que asciende al 41% (de la población mayor de 15 años), por lo tanto, 2.806.592 de bolivianos se identifican con un pueblo indígena. En Colombia, el resultado del CENSO 2005 indica que un 3,43% de la población, equivalente a 1.392.623, se autoreconoce como indígena. Finalmente, el caso de Perú es particular, dado que el CENSO 2007 no procura ningún tipo de identificación étnica más que la lengua aprendida en la niñez, de esto resulta que un 15,9% de la población peruana se comunica mediante una lengua nativa, lo que equivale a 3.919.314 de habitantes. Dentro de estas variadas cifras encontramos a comunidades cuya vulnerabilidad social es mayor en comparación a la población no indígena, cuestión que se constata indistintamente en todas las estadísticas nacionales, y que se relacionan con altos índices de pobreza, entre otros factores; esta vulnerabilidad también es reconocida en el preámbulo del Convenio N° 169 de la OIT como una situación general al expresar que “en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;”

A dicha situación de vulnerabilidad social, debemos agregar la deuda histórica que comparten los Estados respecto de los pueblos originarios producto del desplazamiento de sus territorios ancestrales en diferentes épocas de la historia latinoamericana, además de la postergación y discriminación de la cual han sido objeto sistemáticamente producto del afán “integrador” a la sociedad mayoritaria.

En este escenario el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular el Convenio N° 169, irrumpe con la creación o más bien reconocimiento, de derechos

colectivos cuyo titular es el pueblo indígena, reconociéndose la particularidad que tiene este segmento de población en la forma de concebir la vida, protegiéndose el aporte que ellos representan en una sociedad multicultural y reivindicándose los derechos que les fueron despojados en el pasado.

Entre los derechos reconocidos se encuentra el derecho de propiedad indígena, contemplado en el artículo 14 del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido, a partir de una interpretación evolutiva, que esta forma de propiedad estaría también amparada por el artículo XXI de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien el Convenio N° 169 consagra una serie de derechos, solo se tomará como objeto de estudio el derecho de propiedad indígena. Lo anterior obedece a la mayor relevancia que le es asignada, pues es el medio a través del cual se logra la satisfacción de otros tantos, tales como el derecho a la vida, el derecho que se respete su integridad, sus culturas e instituciones, el derecho a determinar su propia forma de desarrollo, el derecho a la identidad, entre otros, como se explicará en el desarrollo de la memoria.

Para la selección de la jurisprudencia se consideró a todos los países de América del sur que han ratificado el Convenio N°169 de la OIT y, sobre estos se escogió aquellos que en sus cortes constitucionales hubiesen emitido fallos de una relevancia tal, que puedan ser considerados *leading case* en la materia y otros, en que se advierte diferentes tensiones propias del escenario variopinto de criterios en torno a la cuestión indígena.

Por su parte, la limitación a países de la región no fue al azar, sino que obedeció a la historia común que comparten, a la similitud de los sistemas jurídicos, a los altos porcentajes de población indígena y la situación de precariedad y olvido que estos sufren, entre otras semejanzas.

A la luz de estos antecedentes, los objetivos de la memoria serán primero, de manera general, describir las principales características del derecho de propiedad indígena, a la luz de casos emblemáticos de distintas cortes constitucionales de América del sur y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; identificar los problemas que se puedan suscitar en su aplicación y recoger las posibles soluciones a estos.

Entre las características del derecho de propiedad se analizará la relación existente entre la comunidad indígena y su territorio ancestral, la relación entre el derecho de propiedad y otros derechos humanos, el proceso de demarcación y titulación de tierras, la disputa de derechos con terceros y la ponderación de estos.

Además, buscamos lograr también objetivos más específicos, cuales son: evidenciar la importancia del control de convencionalidad ante la falta de reconocimiento constitucional de la multiculturalidad y los derechos colectivos de los pueblos originarios; proveer de nuevos elementos para juzgar las demandas de las comunidades indígenas en torno a la recuperación de sus territorios ancestrales; contribuir al posicionamiento de esta nueva forma de concebir el derecho de propiedad, alejado de su concepción individualista original; recoger la experiencia de los demás países de la región en la implementación del Convenio N°169 a sus ordenamientos jurídicos respectivos, de modo que el camino ya recorrido por ellos nos guíe hacia la correcta aplicación de los derechos de los pueblos indígenas.

## CAPITULO PRIMERO

### DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1. Consideraciones preliminares

El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras se inserta dentro del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos y, junto a otra serie de derechos, cuyo titular es también el pueblo indígena, conforman un régimen internacional específico de protección. La especificidad surge desde el momento que el derecho internacional transita desde una perspectiva individual a una colectiva, protegiendo mediatamente al indígena como individuo, e inmediatamente al pueblo indígena como colectividad independiente y titular de sus propios derechos.

En general, encontramos diversos instrumentos internacionales que se refieren o se reconducen a este tema, dentro de los cuales están:

- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup>
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Artículo 1. 1. *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.* Artículo 27. *En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.*

<sup>2</sup> Artículo 5. *En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:*

*a) El derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución; c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas; d) Otros derechos civiles, en particular: i) El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado; ii) El derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país; iii) El derecho a una nacionalidad; iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge; v) El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros; vi) El derecho a heredar; vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión; ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y*

- Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convenio sobre la Diversidad Biológica
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 26<sup>3</sup> al 28
- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17<sup>4</sup>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, artículo XXIII<sup>5</sup>

Es importante señalar que no todos estos instrumentos internacionales se refieren en forma expresa al derecho de propiedad indígena, sin embargo, se afirma que se encuentra igualmente amparado, esto, como consecuencia de la interpretación evolutiva que demandan los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuestión en la que se ahondará al examinar lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este contexto, donde nos encontramos con una pluralidad de fuentes, se debe realizar la siguiente prevención: existiendo diversos instrumentos internacionales que consagran el derecho de propiedad, en este capítulo sólo se abordará en profundidad lo dispuesto por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante el Convenio 169), y por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención).

Lo anterior obedece a la aplicación de dos criterios. En primer lugar, se tomó en cuenta el rol que estos instrumentos han desempeñado en el desarrollo del derecho de propiedad indígena. Y, en segundo lugar, se consideró su vinculatoriedad, pues ambos instrumentos generan obligaciones específicas respecto de los países que se han seleccionado para el estudio de su jurisprudencia. Estos dos instrumentos, que pasamos a revisar a continuación, asimismo servirán de base para el desarrollo del siguiente capítulo, debido que constituyen para los Estados estándares internacionales obligatorios.

---

*satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; iii) El derecho a la vivienda; iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; v) El derecho a la educación y la formación profesional; vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales; f) El derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.*

<sup>3</sup> Artículo 26: *1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.*

<sup>4</sup> Artículo 17: *1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*

<sup>5</sup> Artículo XXIII. *Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*

2. Marco regulatorio del Derecho de Propiedad Indígena: la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Obligatoriedad de los mismos.

A) Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

A.1) Origen e importancia

El Convenio 169 fue aprobado en la 76° Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo, que tuvo lugar el 27 de junio de 1989 en la ciudad de Ginebra. Constituye a la fecha el único instrumento internacional vinculante que consagra y regula de manera específica los derechos de los pueblos indígenas.

Dentro de los aspectos a destacar, es necesario señalar, como primer punto, que en su virtud cesa de estar abierto a la ratificación el Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi-tribales en los países independientes. Lo anterior significó un cambio de paradigma importante, a saber:

- a) Cambio de poblaciones a pueblo. El Convenio 169 al hablar de pueblos indígenas reconoce una entidad dotada con el derecho a existir.
- b) Se abandona la orientación integracionista. Según ésta, el único futuro de los pueblos indígenas se encontraba en su integración progresiva a la sociedad mayoritaria. En su lugar, se da paso a una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas, caracterizada principalmente por el reconocimiento y protección del derecho a conservar su integridad, pues se considera la especial contribución de estos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecología de la humanidad<sup>6</sup>.
- c) Se elevan los estándares de protección. Donde el Convenio 107 consagraba políticas públicas recomendadas, el Convenio 169 formula derechos<sup>7</sup>.

En segundo lugar, es imperioso destacar la importancia práctica que ha tenido el Convenio 169 para los 22 países que lo han ratificado<sup>8</sup>. Éste ha tenido influencia en las

---

<sup>6</sup> Extraído del Preámbulo del Convenio 169 de la OIT. Disponible en la página oficial de la Organización: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169)>, con fecha 13 de agosto de 2013.

<sup>7</sup> MEREMINSKAYA, Elina, *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas*, en *Estudios Públicos* 121 (verano, 2011), pp. 222. Disponible en <[http://www.cepchile.cl/1\\_4768/doc/el\\_convenio\\_169\\_de\\_la\\_oit\\_sobre\\_pueblos\\_indigenas\\_y\\_tribales\\_derecho\\_internaci.html#\\_UbjNy\\_mnqj8](http://www.cepchile.cl/1_4768/doc/el_convenio_169_de_la_oit_sobre_pueblos_indigenas_y_tribales_derecho_internaci.html#_UbjNy_mnqj8)>, al día 13 de agosto de 2013.

<sup>8</sup> Los países que han ratificado son: Argentina, Bolivia, Brasil, República Centroafricana, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Nicaragua,

acciones de distintos órganos y grupos dentro de la sociedad, admitiendo por supuesto, distintos grados de reacción.

En este sentido, para el Poder Legislativo, el Convenio 169 ha sido un modelo inspirador de reformas constitucionales y legales<sup>9</sup>; para el Gobierno, ha tenido una influencia significativa en la definición de políticas y programas nacionales<sup>10</sup>; en cuanto al Poder Judicial y las Cortes Constitucionales, su rol ha ido un poco más allá, pues se ha dado aplicación directa en los litigios de los derechos y principios consagrados en el instrumento<sup>11</sup>; y finalmente, para los propios pueblos indígenas y otros actores públicos y privados que han actuado en defensa de los derechos de las comunidades, el Convenio ha servido en la estructuración de sus demandas y para impulsar los cambios legislativos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados<sup>12</sup>.

Finalmente, y como tercer punto, el Convenio 169 cumple un rol preponderante en la interpretación de otros tratados internacionales. La importancia de este rol la veremos en dos sentidos. Primero, desde la perspectiva del Convenio 169; y en segundo lugar, desde la perspectiva de la Convención Americana, en relación con la interpretación evolutiva.

En primer lugar, desde el punto de vista del Convenio en sí mismo, las disposiciones sustantivas de éste generan obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse en forma declarativa y discursiva mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT, y que son objeto de examen por órganos de supervisión independientes o tripartitos<sup>13</sup>. Pero, ¿puede un pueblo indígena requerir a la OIT para que “condene” a un Estado miembro por su incumplimiento? La OIT no constituye una instancia jurisdiccional donde los pueblos indígenas puedan llevar sus reclamos y estos puedan ser resueltos. Por consiguiente, no es posible condenar a un Estado miembro por su eventual incumplimiento, sin perjuicio de que frente a tal situación la Organización exprese su preocupación y efectúe

---

Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela (Fuente: Página web de la OIT, <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169)>, a la fecha 13 de agosto de 2013).

<sup>9</sup> PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: Una recopilación de casos*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009), p. 9 (disponible en <[http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS\\_116075/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/indigenous/Resources/Guidelinesandmanuals/WCMS_116075/lang--es/index.htm)>, con fecha 12 de agosto de 2013).

<sup>10</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía para la Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT*, disponible en <<http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/conten.htm>> (última visita 28 de agosto de 2013).

<sup>11</sup> PROGRAMA, cit. (9), p. 9.

<sup>12</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericana de derecho humanos*, párrafo 13. Tomado de la página web <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>>, visitada el día 17 de agosto de 2013.

<sup>13</sup> *Sentencia 383* (13 de mayo del 2003): Corte Constitucional de Colombia.

recomendaciones a los gobiernos para que estos tomen medidas acordes a lo exigido por el Convenio 169<sup>14</sup>.

Frente a la falencia que podría representar lo anteriormente descrito<sup>15</sup> es que cobra importancia el rol interpretador del Convenio 169, pues por esta vía, se puede lograr el efectivo cumplimiento de la normativa contenida en él a través de organismos de resolución de controversias establecidos en otros instrumentos internacionales –como la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, esto, por cuanto, dada su pertinencia al derecho internacional, es posible aplicar respecto de él la regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31 regla 3(c) de la Convención de Viena que exige tomar en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”<sup>16</sup>.

En segundo lugar, ahora desde la perspectiva de la Convención Americana, el Convenio 169 es fundamental para realizar la interpretación evolutiva, cuestión que se verá con mayor detención a propósito de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Otro carácter que destaca al Convenio 169 es que este instrumento surge como fruto del consenso internacional sobre el cambio de paradigma que exigía el trato de los Estados hacia los pueblos indígenas, en este sentido, recoge un cambio en la realidad que constituye una de las bases de la interpretación evolutiva. Por consiguiente y en palabras de la Corte IDH, “al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones

---

<sup>14</sup> MEREMINSKAYA, Elina, cit. (7), p. 270.

<sup>15</sup> Sin perjuicio de esta falencia, aunque los pueblos indígenas no tengan acceso directo a los órganos de control de la OIT (dado que no son uno de los poderes constituyentes de esta Organización) pueden asegurarse de que sus inquietudes se tomen en cuenta en la supervisión regular de los Convenios de la OIT, de diferentes maneras: i) enviando información verificable directamente a la OIT, por ejemplo, sobre el texto de una nueva política, ley o decisión judicial, ii) formando alianzas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, iii) señalando a la atención de la OIT información oficial pertinente de otros órganos de control, foros o agencias de la ONU, incluido el Relator Especial, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas de la ONU y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU, iv) a través de enfoques innovadores, por ejemplo, por medio del establecimiento de relaciones y procedimientos formales entre los pueblos indígenas y los gobiernos (por ejemplo, Noruega pidió que el Parlamento Saami presentara sus propios comentarios independientes sobre las memorias regulares del gobierno, de acuerdo con el Convenio, y que estos comentarios fueran considerados por la OIT junto con la memoria del gobierno). Extraído del documento “*Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT*”, disponible en la página web de la OIT, con fecha 19 de agosto de 2013 (<[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_150209.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf)>).

<sup>16</sup> MONTT OYARZÚN, Santiago, MATTA AYLWIN, Manuel, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile*, en Estudios Públicos 121 (verano, 2011), p. 148. Disponible en <[http://www.cepchile.cl/1\\_4767/doc/una\\_vision\\_panoramica\\_al\\_convenio\\_oit\\_169\\_y\\_su\\_implementacion\\_en\\_chile.html#.UbkFEvmnqj8149](http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implementacion_en_chile.html#.UbkFEvmnqj8149)>, con fecha 17 de agosto de 2013.

de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”<sup>17</sup>.

De modo que, en virtud del potencial expansivo vinculado a la interpretación evolutiva, la Convención Americana se nutre de los preceptos y principios del Convenio 169, incluso cuando se trata de la resolución de conflictos respecto de países que no han ratificado su texto. Esto fue por ejemplo lo que aconteció en el caso del pueblo Saramaka vs Surinam, donde la Corte Interamericana interpretó el artículo 21 a la luz del Convenio 169 no obstante dicho país no lo había ratificado.

Como corolario de todo lo anterior resulta evidente la importancia del Convenio 169 en materia de los derechos de los pueblos indígenas, dado que por una parte significó un cambio trascendental en la manera de comprender la relación entre estos y los estados, y por otra, constituye un instrumento que va más allá de ser una legislación modelo, teniendo relevantes consecuencias prácticas en la defensa de los derechos de estas comunidades.

A.2) Regulación de los derechos vinculados a la tierra: propiedad indígena y recursos naturales.

El Convenio N° 169 da un extensivo tratamiento a una serie de derechos vinculados a la tierra<sup>18</sup> en su Parte II Tierras (artículos 13 a 19). En éste se regulan varios derechos, pero los más trascendentales son el derecho de propiedad indígena sobre la tierra, el derecho sobre los recursos naturales y el derecho de consulta.

El derecho de propiedad sobre la tierra lo encontramos en el artículo 14, que introduce la obligación estatal de reconocer a los pueblos indígenas “*el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*”.

En la segunda parte del mismo se establece la obligación de “*tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse*

---

<sup>17</sup> *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (Serie C No. 125, párr. 127). En este sentido, véase también: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*.

<sup>18</sup> Los autores Montt y Matta reconocen tres niveles de derechos sobre las tierras a los que se refieren como: a) ‘Propiedad tradicional’: derecho exclusivo y excluyente sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas (artículo 14 primera parte); b) ‘Servidumbre tradicional’: derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 segunda parte); c) ‘Derecho al hábitat’: un derecho de contenido difuso sobre ‘el hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna otra manera’ (artículos 15 y 16). Además, los pueblos indígenas gozan de un derecho a que el Estado les asigne tierras cuando las que dispongan “sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN, Manuel, cit. (16), p.143).

*particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes."*

El párrafo 2 y 3 del artículo antes anotado alude a los medios por los cuales se deberá hacer efectivo el derecho de propiedad, sosteniendo que: "*los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión*", y el párrafo 3, sostiene que: "*deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*".

El artículo 15 hace referencia al derecho sobre los recursos naturales propios y los recursos naturales propiedad del Estado. Es necesario destacar que el Convenio 169 en el caso de este artículo y del artículo 16 adopta una concepción integral del término tierras, pues, de acuerdo al artículo 13.2 dicha denominación incluye "*el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*"

Otros derechos vinculados a la relación con la tierra son el derecho de los pueblos a no ser trasladados de las tierras que ocupan (artículo 16); el respeto a las modalidades de transmisión de la tierra conforme al Derecho indígena (artículo 17); el establecimiento de sanciones a las interferencias de terceros contra la propiedad indígena (artículo 18); y una denominada "equivalencia" de condiciones ante ciertos programas agrarios nacionales a fin de que puedan desarrollar sus tierras e incluso adquirir tierras adicionales en la medida en que sean necesarias para su subsistencia (artículo 19)<sup>19</sup>.

### A.3) Posición del Convenio 169 en el sistema de fuentes y obligatoriedad.

Cuando se plantea la pregunta acerca de la posición de un tratado internacional en general lo que se pretende determinar es "la función que se asigna al sentido normativo construido a partir del texto del tratado, al interior del sistema de fuentes"<sup>20</sup>. Quién atribuye esta función es el derecho interno de cada país, por lo que será necesario revisar caso a caso lo dispuesto por cada país en su legislación.

En abstracto, pueden identificarse distintos modelos a la hora de posicionar un tratado internacional en la pirámide normativa. Cabe recordar que el Convenio 169 es de aquellos tratados que versan sobre derechos humanos por lo que tendrá un trato privilegiado por la mayoría de los países.

---

<sup>19</sup> MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN, Manuel, cit. (16), p.145.

<sup>20</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo en Ius et Praxis*, año 16 (2010) 2, p. 186.

Una posibilidad, es considerar que el Convenio 169 forme parte del bloque de constitucionalidad, entendiéndose por tal “aquel conjunto de normas, que al lado y junto con la Constitución, componen el parámetro de evaluación de la constitucionalidad de las leyes y de la normas reglamentarias”<sup>21</sup>. Una segunda opción, es darle jerarquía de ley privilegiada respecto de las otras leyes del ordenamiento jurídico, es decir, situar al tratado en una posición intermedia, entre la Constitución y las demás leyes. Finalmente, una última posibilidad es darle la misma jerarquía que una ley.

La cuestión es determinar cuál es la consecuencia de adoptar uno u otro modelo, puesto que los efectos son diversos. A modo de ejemplo, si el Convenio 169 es parte del bloque de constitucionalidad entonces cumpliría la función de parámetro para la evaluación de la constitucionalidad de las leyes; en cambio si se considera que el tratado internacional tiene la jerarquía de una ley entonces se podría discutir su derogación tácita por una ley posterior, o se podría discutir su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, discusiones que no tendrían lugar si se considera al instrumento parte integrante del bloque de constitucionalidad. A su vez, los derechos consagrados en el tratado internacional formarían indiscutiblemente parte de los derechos fundamentales de la carta constitucional, lo que habilitaría a las personas accionar vía amparo o tutela (en Chile sería recurso de protección) y obtener una protección rápida y efectiva de sus derechos.

Los efectos no son irrelevantes, puesto que los ministros de las cortes constitucionales de los países estudiados aplicarán el Convenio 169 de distintas maneras en atención a la función que la legislación le atribuya. En el segundo capítulo se tendrá oportunidad de revisar lo que acontece respecto de cada uno ellos en esta materia y lo atinente a otras variables que influyen en la aplicación del instrumento.

## B) Convención Americana sobre Derechos Humanos

### B. 1) Generalidades

La adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue un hecho histórico para el desarrollo de la institucionalidad del sistema de protección de los derechos humanos en el continente americano. Este instrumento internacional estableció derechos humanos con contenido definido, y obligaciones específicas para los Estados, que fueron posteriormente desarrolladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia* (Lima, 2012), p. 28.

<sup>22</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia, *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, en *Anuario de Derechos Humanos*, No 5 (2009), disponible en <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11499/11859>>, con fecha 19 de agosto de 2013.

Los dos primeros artículos de la Convención estipulan las obligaciones generales que los Estados partes asumen respecto de la totalidad de los derechos reconocidos por la misma, siendo particularmente importante lo dispuesto por el artículo 2 dado que se extrae, entre otras<sup>23</sup>, la obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención. Éste último dispone que “*si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

## B.2) Regulación del Derecho de Propiedad

En relación a este tema, el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

### *“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.”*

Como se adelantó, en el artículo no hay mención explícita a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, no obstante, los órganos interamericanos de

---

<sup>23</sup> Sobre este particular, Pedro Nikken señala que la norma del artículo 2 de la Convención incluye “cierto número de obligaciones a cargo de los Estados partes. Algunas de esas obligaciones son de contenido positivo, en el sentido de que implican un hacer por parte de los órganos del poder público; mientras que otras son negativas, en cuanto comportan prohibiciones que limitan la esfera de actuación legítima de dichos órganos. Quedan así comprendidas: 1) la obligación de adoptar sin dilación disposiciones de Derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en la Convención; 2) la obligación de suprimir toda norma o práctica incompatible con los deberes que la Convención impone a los Estados partes; 3) la prohibición de dictar normas u otros actos, así como la de establecer prácticas violatorias de la Convención; 4) la prohibición de aplicar o dar cumplimiento a leyes u otras normas violatorias de la Convención; 5) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivas las decisiones o recomendaciones de la Comisión y las sentencias y demás providencias de la Corte. Se considera dentro de la Obligación de garantizar” (NIKKEN, Pedro, *El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la Obligación de Ejecutar en el Orden Interno las decisiones de Los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/nikken-speech.pdf>>, visitada el 29 de junio de 2013).

protección han interpretado en clave evolutiva las garantías de los derechos humanos afirmando que, “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”<sup>24</sup>. Para poder comprender el por qué se hace esta extensión, es que pasamos brevemente a revisar la interpretación de los instrumentos.

### B.3) Criterios interpretativos: interpretación evolutiva y control de convencionalidad

#### a) Interpretación evolutiva

La Corte IDH ha recordado que “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>25</sup>. En este sentido, los Estados terminan sujetos a obligaciones en materia de protección indígena que van más allá de aquellas a las cuales prestaron su consentimiento en un determinado momento<sup>26</sup> y, en virtud del artículo 2 de la Convención deben adecuar su derecho interno a éstas, aun cuando no hayan sido totalmente previstas al momento de ratificar.

Dicho lo anterior, cabe dilucidar sobre qué descansa la interpretación evolutiva, y cuál es su relevancia en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Lo primero que se debe tener en consideración es que “el concepto de interpretación evolutiva se encuentra actualmente en desarrollo, por lo que sus contornos aún no son claros. Sin embargo, parece haber consenso en la práctica internacional de que un tratado puede evolucionar si es que utiliza ‘conceptos evolutivos’-es decir, términos abiertos- al determinar el contenido de un derecho particular”<sup>27</sup>.

Además de la utilización de estos conceptos abiertos, es también necesario que dicha aplicación se fundamente en un cambio de circunstancias: la interpretación evolutiva se sustenta siempre en un cambio de realidad a la que el derecho se adecua.

---

<sup>24</sup> *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (serie C No. 125, párr. 143).

<sup>25</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (31 de agosto de 2001): Corte IDH (serie C No. 79, párr. 146).

<sup>26</sup> MONTT OYARZÚN, Santiago y MATTA AYLWIN, Manuel, cit. (16), p. 148.

<sup>27</sup> PAUL DÍAZ, Álvaro, *Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación*, en *Ius et Praxis* [online]. 2012, vol.18, n.1, pp. 78. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122012000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100004&lng=es&nrm=iso)>, con fecha 28 de julio de 2013.

Aplicando lo anterior, de forma esquematizada, podemos señalar que: i) la Convención es un instrumento internacional que contiene conceptos evolutivos, a lo cual se debe agregar que en su artículo 29.b<sup>28</sup> se prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos; ii) por lo anterior, es posible afirmar la procedencia de la aplicación del método de interpretación evolutiva, con el objeto de extender el contenido del derecho de propiedad; y iii) que esta extensión es necesaria, atendiendo al importante cambio en la forma de comprender las relaciones entre el pueblo indígena y el Estado (cambio de paradigma que se plasmó por primera vez en el Convenio 169, del año 1989, y más recientemente, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del año 2007).

La relevancia de que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras se entienda amparado en el artículo 21 de la Convención reside en dos puntos:

i) En la existencia de los órganos interamericanos de protección. Los pueblos indígenas podrán recurrir a la CIDH y posteriormente a la Corte IDH para plantear sus pretensiones, estos órganos serán competentes (en la medida que se trate de un Estado parte que reconozca su competencia) para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención.

Si la Corte IDH decide que hubo violación de normativa dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho, y si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Además, tratándose de casos de extrema gravedad y urgencia, podrá tomar medidas provisionales para evitar daños irreparables (en conformidad al artículo 63 de la Convención<sup>29</sup>).

ii) En lo que resulta al conectar la interpretación evolutiva del derecho de propiedad con el control de convencionalidad<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Artículo 29. *Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.*

<sup>29</sup> Artículo 63. *1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. 2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.*

<sup>30</sup> Este concepto es adoptado por la Corte IDH en el año 2006 al conocer del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile; el control de convencionalidad es manifestación de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación, en este sentido sintetiza la Corte en el caso Gelman vs. Uruguay párr. 193 “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces,

## b) Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es definido como una “herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte”<sup>31</sup>. Los jueces al resolver un caso deben velar porque la norma que apliquen se adecue a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, para esto deberán realizar un contraste entre la norma interna y la Convención

La Corte IDH ha puntualizado que “el Poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino que también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención”<sup>32</sup>, asimismo especificó que la obligación de realizar este control recae sobre todos los órganos vinculados a la administración de justicia<sup>33</sup>, incluyendo los tribunales constitucionales. Es positivo constatar que cada vez son más frecuentes los fallos de altas cortes nacionales que demuestran una aplicación del “control de convencionalidad” o que, en todo caso, exigen su ejercicio<sup>34</sup>.

---

están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”

<sup>31</sup> IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Anuario de Derechos Humanos 8 (2012), p. 108.

<sup>32</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros* (26 de septiembre de 2006): Corte IDH (serie C No. 154, párr. 124).

<sup>33</sup> *Caso Cabrera García y Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010): Corte IDH (serie C No. 220 op. cit., párr. 225).

<sup>34</sup> Un caso ejemplar ha sido el reciente pronunciamiento del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, a partir del cual determinó que debía hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, “ante la duda que generaba la inexistencia de normas legales expresas que regulen su ejecución, y la importancia que dicho caso reviste para el orden jurídico nacional”. En el 2011, dicho Pleno, mediante Acuerdo del Tribunal de 14 de julio, ordenó que “derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*”, *inter alia*, “los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad” y que al ejercer dicho control “deberán restringir la interpretación del fuero militar en casos concretos”. En consecuencia, el Pleno determinó que el modelo del control de constitucionalidad y convencionalidad que debe adoptarse es en el sentido de que: “1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados

Por lo tanto, al realizar la vinculación, tendremos que en todos los Estados partes, los jueces y el tribunal constitucional se verán obligados a reinterpretar el derecho de propiedad a la luz de lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH, la que a su vez, en virtud de la interpretación evolutiva se nutre de lo dispuesto por el Convenio 169. Es por estas razones entonces que se entiende la importancia de estos dos instrumentos, y el por qué el análisis a desarrollar en el siguiente capítulo se centra en ellos.

---

internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos”. Con todo, y a pesar de estos nuevos avances que comienzan a adoptarse a nivel interno en algunos Estados, quedan aún muchos desafíos pendientes en cuanto a la implementación del control de convencionalidad por los diferentes órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y, más aún, en lo que concierne a “toda autoridad pública”, tanto en situación de crisis institucional como en contextos democráticos (IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, cit. (31), pp. 112 y 113).

## CAPITULO SEGUNDO

### ANÁLISIS DEL DERECHO DE PROPIEDAD INDÍGENA EN LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

#### 1. Consideraciones preliminares.

El análisis del derecho de propiedad indígena se hará a partir de la revisión de la jurisprudencia constitucional de cinco países, cuales son, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Perú. Vale prevenir, que en el caso de Argentina el control de constitucionalidad es de carácter difuso, por lo tanto, los tribunales irán variando, como también la instancia y la materia.

Para efectos de orden, se prefirió agrupar las decisiones en base a temas recurrentes. En total abordaremos seis temas, a saber, el primero de ellos dice relación con la incorporación del Convenio 169 en el sistema de fuentes, como veremos, esta posición será determinante en la utilización práctica del instrumento. Seguido esto, continuaremos con las notas definitorias del derecho de propiedad; el fundamento de la propiedad indígena, las obligaciones de delimitación, demarcación y titulación de tierras, pérdida de la posesión y por último, conflicto de derechos.

El examen de la jurisprudencia se hará siempre teniendo como referencia los estándares internacionales obligatorios, es decir, consideraremos lo establecido por la jurisprudencia de los órganos interamericanos: Corte IDH y CIDH, como también los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT si es que los hubiera.

#### 2. Incorporación del Convenio 169 en el sistema de fuentes.

##### 2.1 Argentina

El Convenio 169 fue ratificado por este país el día 3 de julio del año 2000. Su jerarquía normativa es superior a la de las leyes, en virtud del artículo 75 N° 22 inciso primero de la Constitución de la Nación.

El artículo en cuestión es la forma que adoptó la Constitución argentina tras la reforma de 1994 para poner fin a las discusiones que se habían dado en torno a la jerarquía de los tratados internacionales. Según esta norma o son parte del bloque de constitucionalidad (por estar específicamente nombrados en el artículo o por obtener el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de jerarquía constitucional) o, se ubican por encima de las leyes, siendo este último el caso del

Convenio 169, de modo que ante la falta de cumplimiento de las obligaciones que emanan de él, “el Estado argentino es responsable no sólo por el derecho internacional sino también por su propio derecho interno”<sup>35</sup>.

## 2.2 Bolivia

En el caso de Bolivia, el Convenio 169 fue ratificado con fecha 11 de diciembre del año 1991, y la cuestión relativa a su posición viene definida por el artículo 410II de su Constitución<sup>36</sup>.

El Convenio 169 forma parte del bloque de constitucionalidad, y en este sentido el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha señalado que:

“De las normas antes glosadas [Convenio 169, Declaración y normas constitucionales] que conforman el bloque de constitucionalidad, de conformidad al art. 410 de la CPE, se extrae que los pueblos indígena originario campesinos tienen derecho: 1. A las tierras, territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido; 2. A poseer, utilizar y controlar dichas tierras y territorios; 3. A que el Estado garantice el reconocimiento y protección jurídica de dichas tierras y territorios, incluidos los recursos existentes en ellos”<sup>37</sup> además ha puntualizado que al formar parte del bloque de constitucionalidad “tienen rango constitucional y son de aplicación directa.”<sup>38</sup>

## 2.3 Colombia

El Convenio 169 fue ratificado el día 7 de agosto del año 1991. La norma pertinente a analizar para responder sobre su posición es el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia<sup>39</sup>.

A partir del artículo 93 y de otras normas de la Constitución, la Corte Constitucional colombiana ha incorporado el término de bloque de constitucionalidad a su jurisprudencia, dándole un contenido específico<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> ZIMERMAN Silvana; CAPURRO ROBLES Facundo; ROJAS Mishkila, *El tratamiento de los reclamos indígenas: el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Año III (Buenos Aires, 2009), 4, p.147.

<sup>36</sup> Artículo 410 II. *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.*

<sup>37</sup> *Sentencia 2003* (25 de octubre de 2010): Corte Constitucional de Bolivia (Acción de amparo constitucional)

<sup>38</sup> *Sentencia 2056* (16 de octubre de 2006): Corte Constitucional de Bolivia (Acción de inconstitucionalidad abstracta).

<sup>39</sup> Artículo 93: *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. - Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*

<sup>40</sup> *Vid.*: OLANO GARCÍA, Hernán., *El bloque de Constitucionalidad en Colombia* en *Estudios constitucionales*, año/vol. 3, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, p. 231- 242; ARANGO OLAYA,

En particular tratándose del Convenio 169, la Corte se ha referido en numerosas ocasiones<sup>41</sup> a su pertenencia al bloque de constitucionalidad. Entre ellas, se consideró la sentencia C-326 de 2012 por realizar un resumen acerca de las implicancias de dicha cualidad;

“El Convenio 169 de la OIT (...) ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico constitucional según lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 93 superior. En esta línea de pensamiento, el Convenio 169 de la OIT pertenece al llamado bloque de constitucionalidad y ha de tenerse en cuenta como canon de interpretación de los derechos constitucionales fundamentales. Debe, por consiguiente, servir de punto de referencia para fijar el sentido y alcance del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas”; la obligación de interpretación “comprende la necesidad de actualizar los contenidos de las normas que acogen derechos constitucionales fundamentales de acuerdo con lo dispuesto por estos tratados (...) abarca, también, la posibilidad de complementar las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno (...) y de adicionar el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio *pro homine* mencionado atrás”

## 2.4 Perú

En Perú el Convenio 169 fue ratificado con fecha 2 de febrero del año 1994. Según la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano éste formaría parte del llamado bloque de constitucionalidad, en base a una interpretación sistemática de los artículos 79 del Código Procesal Constitucional<sup>42</sup> en concordancia con el artículo V del Título Preliminar del mismo texto y con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Así las cosas, el Convenio 169 cumpliría una función de parámetro de validez constitucional.<sup>43</sup>

Entre la jurisprudencia<sup>44</sup> destacaremos lo dispuesto más reciente por esta Corporación en la sentencia N° 05427-2009-PC/TC de 30 de junio de 2010, donde señaló que:

“Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no solo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro

---

Mónica, *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, en *PRECEDENTE*, 2004. diciembre, 2006. 130964 bytes y p. 79-102.

<sup>41</sup> T- 282-11, T-704 de 2006; C-030 de 2008; C-401 de 2005; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; SU-383 de 2003.

<sup>42</sup> Artículo 79 del Código Procesal Constitucional, cuando señala que “*Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona*”

<sup>43</sup> RUIZ MOLLEDA, cit. (21), p. 28.

<sup>44</sup> *Sentencia N° 0047-2004- AI/TC* (fundamento 22); *Sentencia N° 0025-2005-PI/TC* (fundamento 33); *Sentencia N° 03343-2007- PA/TC* (fundamento 31); *Sentencia N° 06316- 2008- AA/TC* (fundamento 19); *Sentencia 0022- 2009- PI/TC* (fundamento 9): Corte Constitucional de Perú.

ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquel a título de derecho de rango constitucional (fuerza activa)”

## 2.5 Chile

La Constitución chilena no contiene norma que se refiera explícitamente a la posición de un tratado internacional en el orden interno, ni a función alguna que éste pueda desempeñar en el sistema de fuentes, de modo que las discusiones que se han dado en torno al tema no son pocas<sup>45</sup>.

No obstante esta situación, el Tribunal Constitucional se inclina por la postura de negar el rango constitucional de los tratados y los categoriza como preceptos legales<sup>46</sup>.

En cuanto a la posición del Convenio 169 en el sistema de fuentes, a la fecha, dos son los fallos en que éste se invoca como parámetro de constitucionalidad en la tramitación de otras normas. En el primero de ellos, Rol N° 1988, se revisa la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) en virtud de un requerimiento presentado por los Senadores. En el segundo fallo, Roles N° 2387 y 2388 acumulados, también en base a un requerimiento, se revisa la constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley General de Pesca.

Recientemente, la Magistratura ha conocido de otro requerimiento, Rol 2523-13, por el cual se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo N°40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en esta ocasión no se invoca

---

<sup>45</sup> En el año 1989 se añade el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, que establece: “[e]s deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A partir de esta reforma constitucional y ante la omisión primeramente descrita, comienzan a perfilarse distintas posturas relativas al rango jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el Convenio 169. Las posturas oscilan entre la afirmación del rango constitucional de los tratados internacionales o al menos, una posición privilegiada respecto de las otras leyes del ordenamiento jurídico y la negación del referido rango o preminencia.

<sup>46</sup> El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre la materia en el año 2002 en el fallo por el cual se controla la constitucionalidad del Tratado de Roma, Rol N° 346; desde este momento la postura del Tribunal es la de descartar el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, “aun cuando parece aceptar la tesis de que se encuentran en una posición intermedia bajo la Constitución pero por sobre la ley.” Asimismo esta postura es reforzada en la sentencia Rol N° 1288 del año 2009, según la cual, al ser los tratados internacionales preceptos legales no se les puede excluir de la posibilidad de declarar inaplicable alguna de sus disposiciones, siendo inconstitucional aquella parte del proyecto de ley controlado que excluía a los tratados internacionales de la facultad del Tribunal Constitucional del artículo 93 N°6. (ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo* en *Ius et Praxis*, año 16 (2010)) Sin embargo, como se examinará a continuación, la discusión aún no se agota, y esto obedece principalmente a la ausencia de una norma que pueda definir más concretamente la función asignada a los tratados internacionales sobre derechos humanos; el tema es complejo, y no se resuelve tan solo negando el rango constitucional a dichos tratados, ni se pretende resolver en estas líneas, ya que hay una serie de cuestiones relacionadas que escapan, lamentablemente, del objeto de esta memoria

el Convenio como norma de rango constitucional, sino que se reconduce la vulneración de los derechos consagrados en el instrumento internacional a normas constitucionales.

Desde ya se debe señalar que en todas las sentencias mencionadas se declara la constitucionalidad de las medidas legislativas, desechando la posibilidad de que el Convenio 169 sirva de parámetro de constitucionalidad y reafirmando de esta forma, la postura oficial del Tribunal Constitucional. Sin embargo vale la pena al menos mencionar los distintos argumentos sostenidos a favor y en contra de esta declaración, como reflejo de la poca uniformidad que hay sobre el tema, para esto solo se revisará lo dicho en la primera sentencia.

En el fallo Rol N° 1988, la cuestión relativa a la jerarquía normativa del Convenio 169 es planteada en una audiencia pública convocada por la Magistratura. En términos generales, en la audiencia se observó que el Convenio objeto de impugnación, al ser una medida legislativa que afecta directamente a los pueblos indígenas debía ser sometido en su aprobación a la consulta de las comunidades indígenas de conformidad a lo dispuesto por el artículo 6<sup>47</sup> del Convenio 169. Frente a esto el Tribunal resuelve:

“Que, no habiéndose planteado la falta de consulta a los pueblos originarios como un vicio durante la aprobación legislativa del Convenio UPOV 91, ni durante su discusión en el Senado ni por parte de los senadores requirentes, y teniendo presente además que el abogado de los mismos, en estrados, frente a una pregunta al respecto, afirmó que sobre la materia existían opiniones diferentes entre sus mandantes, este Tribunal estima que no es procedente emitir pronunciamiento sobre la materia” (considerando vigesimotercero).

Si bien se entiende que la competencia del Tribunal Constitucional sólo le permite fallar conforme al requerimiento formulado por los senadores que dieron inicio a este procedimiento, oportuno hubiese sido no evadir un pronunciamiento de fondo sobre la materia, pues entonces se torna irrisoria la convocatoria a audiencia pública.

---

<sup>47</sup> Según el fallo N° 309 del Tribunal Constitucional este artículo es una norma autoejecutable, es decir aquellas que “tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”. Señala además que “la norma versa sobre una materia relativa a la tramitación de una ley que si bien, por cierto, no tiene la entidad o alcance de reformar los preceptos de los artículos 62 a 72 de la Carta Fundamental, si está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ya sea, por la vía de introducir una norma nueva que deberá observarse en la tramitación interna de la ley, ya sea, según algunos por estar convirtiendo en obligatorio para las comisiones legislativas, en cuanto a este punto se refiere, una atribución enteramente facultativa que las referidas comisiones pueden o no ejercer, según su leal saber y entender”. El Tribunal Constitucional responde a estas críticas en la sentencia Rol 2523-13 de la siguiente manera “22°. Que, asimismo, ha sostenido, respecto del mismo tratado, que *“la auto-ejecutividad de un tratado internacional no obsta al desarrollo legislativo del mismo sino que, por el contrario, lo impele.”* (STC 2387/2013). Y que *“es el legislador quien debe definir las autoridades u organismos representativos de las etnias originarias con derecho a participar en la consulta; la oportunidad y forma de participación en los procesos legislativos pertinentes, de modo libre, informado y no coaccionado, además de fijar el procedimiento”* (Sentencia 2387, 2013, Tribunal Constitucional de Chile).

Es necesario señalar que la sentencia fue aprobada con el voto en contra de cuatro<sup>48</sup> de los diez Ministros del Tribunal, quienes estuvieron por acoger el requerimiento y declarar la inconstitucionalidad del Convenio UPOV. Es precisamente este voto minoritario el que analiza con mayor detención lo planteado en la audiencia pública.

Los Ministros Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes, entre otras cosas sostuvieron que, no obstante se reconozca que el Convenio 169 no tiene en sí mismo jerarquía preceptiva de rango constitucional, lo dispuesto por el artículo 5° de la Constitución:

“tiene el efecto de atraer los respectivos preceptos internacionales a su propia esfera garantística, configurando lo que algunos autores han dado en denominar ‘bloque de constitucionalidad’”

Por tanto, la omisión de consulta a los pueblos indígenas constituye una infracción constitucional de un tipo de garantía que:

“no puede ser ignorada so riesgo de convertir en letra muerta los compromisos que el Estado de Chile ha contraído en esta materia ante su propio pueblo y la comunidad internacional”<sup>49</sup>

Por su parte los Ministros Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino parten realizando un acabado análisis sobre la obligación de consulta prevista en el artículo 6 del Convenio 169, y luego se refieren a su obligatoriedad al caso en comento, concluyendo que se ha incurrido en una infracción por omisión en razón de que el Convenio UPOV es una medida legislativa que afecta directamente a los pueblos indígenas y por lo tanto, debía ser consultada. Por último, se refieren a la naturaleza de la infracción, llegando a la determinación que no se trata de un vicio de constitucionalidad, sino que de legalidad<sup>50</sup>, por lo que no es de su competencia el conocimiento de la infracción.

En nuestra opinión, es necesario realizar dos observaciones respecto de las conclusiones que arriban los últimos Ministros.

---

<sup>48</sup> Ministros Hernán Vodanovic Schnake (2015), Francisco Fernández Fredes (2015), Carlos Carmona Santander (2018) y Gonzalo García Pino (2022).

<sup>49</sup> Voto discrepante de los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes N°4.

<sup>50</sup> Entre los argumentos sostenidos para afirmar que se trata de una infracción de legalidad se dijo (N° 15): El artículo 6 del Convenio 169 modifica una normativa legal, la ley 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. La ley orgánica está consagrada entre las materias de ley de acuerdo con el artículo 60 de la Constitución, por lo tanto no cabe otra conclusión que no sea que ella es una ley, y un precepto legal no puede ser asimilable al concepto de Constitución.

El Convenio fue objeto de control preventivo de constitucionalidad. Lo anterior implica considerar al Convenio como una norma con rango o fuerza de ley, y por tanto subordinada a la Constitución. Los tratados no pueden ser a la vez norma examinada y norma examinante.

Finalmente, el Tribunal Constitucional al ser un órgano del Estado no tiene más potestades que las atribuidas por la misma Constitución y como todo órgano debe respetarla. De este modo el Tribunal interpreta la Constitución, pero no la crea, de ahí que no pueda “constitucionalizar preceptos legales. La única forma de incorporar normas a la constitución es mediante la reforma constitucional.

En primer lugar, creemos que efectivamente sí estamos frente a un vicio de constitucionalidad, porque si bien es cierto, se infringió lo dispuesto por una ley, como consecuencia de ello también se transgredió el artículo 6 de la Constitución que consagra el principio de supremacía constitucional, según el cual los órganos del Estado deben someter su acción a la constitución y a las normas dictadas conforme a ella. No es posible concebir que el garante por excelencia de la supremacía constitucional permita que ingrese al ordenamiento jurídico una norma que presenta un manifiesto vicio en su formación.

En segundo lugar, los Ministros al señalar que “esta Magistratura no conoce de toda transgresión” refiriéndose al vicio de legalidad, dejan la pregunta abierta sobre ¿quién es competente para conocer de este tipo de vicio?, y la respuesta a esta interrogante deja al descubierto un sombrío escenario para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas<sup>51</sup>.

En síntesis, el Convenio 169, según la postura mayoritaria del Tribunal Constitucional, tiene un rango inferior a la Constitución. Sin embargo, existe una serie de problemas y contradicciones sin resolver respecto de los tratados internacionales y su incorporación al derecho interno en general que por supuesto afectan la aplicación del Convenio 169. La respuesta acerca de su jerarquía normativa es insuficiente para sobrellevarlas, y en ocasiones hasta contraproducente, ya que cierra momentáneamente un debate que podría resultar fructífero para la resolución de tales cuestiones.

---

<sup>51</sup> La doctrina parece estar conteste en que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es el mecanismo idóneo para controlar la juridicidad formal en los preceptos legales, sin embargo, el Tribunal en la práctica muestra tendencias contradictorias. En ocasiones, la Magistratura omite de llano pronunciación al respecto o, simplemente hace declaraciones vacías, para al final del día recapacitar respecto a una realidad: el Tribunal Constitucional nunca ha declarado inaplicable, en el control represivo, un precepto legal por inconstitucionalidad en la forma. (VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, “*Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿un problema resuelto?*” en Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2010, vol.23, n.2, pp. 112 disponible en <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200005&script=sci_arttext)> al día 21 de agosto de 2013.

Una segunda opción sería recurrir ante los tribunales ordinarios, vía acción de nulidad de derecho público, ya que el artículo 7 de la constitución, no se refiere tan solo a la Administración, sino que a “los órganos del Estado” por lo que en principio podría intentarse, pero ¿serán los tribunales ordinarios competentes? Seguramente resolverían no serlo; igualmente podría intentarse recurrir a la Corte de Apelaciones, vía recurso de protección, bajo este razonamiento: primero, los derechos consagrados en los tratados internacionales ensanchan el catálogo de derechos fundamentales, segundo, para sortear la barrera que representa las causales taxativas de derechos, se acudiría a la llamada propietarización de los derechos y así sostener que los pueblos indígenas tienen un derecho de propiedad sobre la consulta previa. ¿Forzado?, lo reconocemos.

La última opción es reconocer que no hay órgano competente que pueda resolver este tema de forma favorable para los pueblos indígenas, tornándose ilusorios sus derechos y dejándolos en absoluta indefensión. Finalmente, y en el entendido que si existiera un órgano competente que se hiciera cargo de la infracción de legalidad, la acción que se intentase estaría indefectiblemente destinada al éxito, pues, como reconoce el Tribunal Constitucional la existencia de infracción de legalidad no es algo que se discuta.

### 3. Notas definatorias del derecho de propiedad indígena.

#### 3.1 Relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios

El reconocimiento de la existencia de la relación especial que vincula a una comunidad indígena con su territorio ancestral es el primer paso para comprender por qué fue necesario conformar un nuevo estatuto para el derecho de propiedad indígena, distinguible de la protección y regulación que se da para la propiedad privada tradicional.

Como primera aproximación es conveniente tener presente lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio N°169<sup>52</sup> y el artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>53</sup>. Estas disposiciones se refieren en específico a esta relación especial, la que deberá tomarse en cuenta cada vez que se prevean medidas que puedan afectar a un pueblo indígena.

La Corte IDH se pronuncia por primera vez sobre el derecho de propiedad indígena en el caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (2001). La sentencia recaída en este caso se convierte en *leading case* en la materia y sienta las bases de los pronunciamientos posteriores. Sobre este punto el fallo indica que, “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>54</sup>.

Por su parte, los órganos de protección de la OIT han especificado que “los derechos sobre las tierras ocupadas tradicionalmente (...) no tienden solamente a preservar la propiedad y posesión sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica”<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> El artículo 13 del Convenio N°169 se hace cargo expresamente de este vínculo y sostiene que al aplicar las disposiciones de la Parte II “*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación*”.

<sup>53</sup> En este mismo sentido la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el artículo 25 señala que “*Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras*”.

<sup>54</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH (Serie C No. 79, párr. 149).

<sup>55</sup> Documento GB. 299/6/1, párrafo 44.

De lo expuesto podemos concluir que, según los estándares internacionales, la estrecha relación que mantienen las comunidades indígenas con sus territorios sobrepasa lo tradicionalmente previsto como objeto de protección del derecho de propiedad, este último siempre vinculado a aspectos económicos y de libre disponibilidad de los bienes.

Lo anterior obedece a que la tierra para los pueblos es muchas veces sinónimo de vida: la tierra no les pertenece, sino que ellos pertenecen a la tierra. En este sentido, la protección del derecho de propiedad sobre la tierra no implica la sola protección a las facultades de disposición, uso y goce de un bien económico, sino que por el contrario, se vincula con la preservación de bienes de carácter indisponible, como lo es el derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho a la existencia de la colectividad como tal, entre otros. En consecuencia, si se logra asegurar el goce efectivo del derecho de propiedad, se tendrá la base para asegurar el goce y protección de otros derechos de los miembros de la comunidad, tanto colectivos como individuales.

En virtud de lo anterior, resulta necesario que los jueces constitucionales a la hora de resolver controversias en que el derecho de propiedad indígena esté concernido, tomen en cuenta que este último resulta esencial para preservación de la cultura e integridad indígena, y en especial, para su existencia.

Teniendo en cuenta los estándares obligatorios pasaremos a revisar lo que los Tribunales Constitucionales han dicho al respecto.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T- 282/11<sup>56</sup> realiza una síntesis de lo que ha sido su pronunciamiento reiterado, poniendo de relieve lo anteriormente sostenido en la sentencia T-188/93. La magistratura recoge en sus sentencias los criterios internacionales ya revisados de la siguiente manera:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes<sup>57</sup>”.

En igual sentido, la sentencia 0026/2013 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia reproduce textualmente las consideraciones vertidas a este respecto por la Corte IDH, y reconoce que el territorio es un factor esencial en la conservación y construcción de

---

<sup>56</sup> Sentencia T-282/11 (12 de abril de 2011): Corte Constitucional de Colombia (Revisión de acciones de tutela).

<sup>57</sup> Sentencia T-188/93 (6 de mayo de 1993): Corte Constitucional de Colombia. En sentido similar, T-433 de 2011

la identidad cultural<sup>58</sup>. Igualmente en la sentencia 2056/2006, el Tribunal se refiere a esta especial relación con el territorio en los términos que siguen:

“para estos pueblos, la tierra no es un espacio sin vida, sino un territorio integral, con su propia estructura, pensamiento, espiritualidad, economía, cultura; ahí se vive y se convive con la naturaleza, se tiene organización con autoridad, idioma, cultura y conocimientos propios(...)Para las naciones y pueblos indígenas todo tiene vida y se desea que todo ser viva, incluso aquellos que se presentan como maleza o plagas, pues todos son seres con vida; es decir, seres con los que se dialoga y conversa y que tienen derecho a vivir. No lleva a violentar el medio natural, no conduce a un trato irrespetuoso de la vida, ni abuso, maltrato o agotamiento de la tierra, ni a la sobreexplotación de su fertilidad y riqueza”<sup>59</sup>.

Finalmente, en la sentencia 0300/2012, la Magistratura hace alusión explícita a la existencia de otros derechos colectivos vinculados al territorio:

“el derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica”.<sup>60</sup>

El Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia recaída en el Exp. N° 00022-2009-PI, vincula la vulneración del derecho de propiedad con aspectos que trascienden la esfera de protección de un derecho de corte económico,

“cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales”.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ruptura de esta relación, la Corte Constitucional de Colombia advierte sobre las implicancias del desplazamiento forzado:

“[a] este respecto, no puede perderse de vista que la relación de los grupos indígenas con el territorio es crucial para sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material. El desplazamiento genera aculturación, por la ruptura del entorno cultural propio y el shock cultural. Los pueblos indígenas desplazados viven en estado de total desubicación por la ruptura cultural y lingüística que ello conlleva y la inserción abrupta en entornos urbanos y de miseria a los que son completamente ajenos” “[a]nte la pérdida o abandono del territorio se rompen las pautas culturales asociadas a él, lo que implica la violación de esos derechos colectivos y la amenaza de su supervivencia étnica y material”<sup>61</sup>.

Finalmente, otro aspecto importante a considerar, lo vemos reflejado en la sentencia C-030 de 2008 de la misma Corporación, en la cual se dictamina que la relación de los

---

<sup>58</sup> *Sentencia 0026/2013* (4 de enero de 2013): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

<sup>59</sup> *Sentencia 2056* (16 de octubre de 2006): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (Acción de inconstitucionalidad abstracta).

<sup>60</sup> *Sentencia 0300/2012* (18 de junio de 2012): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (Acción de inconstitucionalidad abstracta).

<sup>61</sup> *Sentencia A004* (26 de enero de 2009): Corte Constitucional de Colombia (providencia adoptada con el objeto de proteger los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004).

pueblos indígenas con sus tierras no se entiende solo respecto de las áreas que han sido formalmente delimitadas, sino que se extiende a todo el hábitat natural sobre el cual viven estas comunidades:

“Las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y la ley forestal puede tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc”<sup>62</sup>.

De acuerdo a lo recién expuesto, podemos afirmar que la jurisprudencia constitucional confirma la vinculación entre el derecho de propiedad sobre los territorios y la protección de otros derechos fundamentales. En opinión de Frank Semper, en virtud del reconocimiento de esta especial relación “se desdibujan los contornos específicos del derecho fundamental de la propiedad, que pasa casi por completo a un segundo plano frente al ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida (en forma de la subsistencia) y el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica”<sup>63</sup>.

Como conclusión, la relación entre las comunidades indígenas y su territorio constituye la base fundamental para la mantención de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras. De este modo, la tierra para los pueblos indígenas no es un simple instrumento de producción agrícola que podamos reemplazar sin que a su vez esto signifique una vulneración a otros derechos colectivos e individuales y la amenaza a la supervivencia de su especial modo de vida. Además, esta relación no se limita al bien inmueble que formalmente pueda pertenecerles, sino que sobrepasa dichas barreras formales.

### 3.2 Titularidad.

Este punto tendrá como objetivo identificar las principales controversias suscitadas a partir de la identificación del pueblo indígena como titular del derecho de propiedad indígena, y exponer como éstas han sido resueltas.

Desde ya se debe señalar que el análisis prescindirá de la discusión acerca del concepto de pueblo, pues consideramos suficiente, para efectos de esta memoria, lo preceptuado por el Convenio N° 169 en su artículo 1<sup>o</sup><sup>64</sup> como criterio fundamental para determinar el grupo humano concernido con dicha expresión.

---

<sup>62</sup> *Sentencia C-030* (23 de enero de 2008): Corte Constitucional de Colombia (Demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal”).

<sup>63</sup> SEMPER, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia constitucional*, p. 769, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en el sitio web <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr3.pdf>>, con fecha 16 de diciembre de 2013.

<sup>64</sup> Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

Como primera aproximación se examinará lo que ha dicho la Corte Interamericana al respecto, donde cabe resaltar que los extractos que se presentan a continuación son parte del último pronunciamiento del organismo en la materia a la fecha de esta memoria, caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012). En esta sentencia la Corte en su párrafo 145 repite lo que es su jurisprudencia sobre este punto<sup>65</sup>:

“Entre los pueblos 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.”<sup>66</sup>

Hasta aquí, la sentencia no es más que el fiel reflejo del pronunciamiento reiterado de la Corte IDH, no obstante, en la conclusión del punto relativo a los derechos de consulta y a la propiedad comunal indígena, es notoriamente innovadora al señalar que:

“231. En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva”<sup>67</sup>.

La misma sentencia nos aclara en su nota a pie de página cuales son las “anteriores oportunidades” que tiene a la vista: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname ; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Fondo; Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay; Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam y Caso Xkamok Kasek Vs. Paraguay”<sup>68</sup>. Es decir, que en

---

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ella.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

<sup>65</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (31 de agosto de 2001) párr. 149; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (24 de agosto de 2010): (párrs. 85 a 87); y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006 ) párr. 120; todas de: Corte Interamericana de Derechos Humanos

<sup>66</sup> *Sarayaku vs Ecuador* (27 de junio de 2012): Corte IDH, (párr. 145).

<sup>67</sup> *Sarayaku vs Ecuador* (27 de junio de 2012): Corte IDH, (párr. 231).

<sup>68</sup> *Ibidem*.

todos estos casos, las violaciones de los derechos siempre fueron reconducidas a los miembros de los pueblos indígenas, individualmente considerados.

Esta sentencia marca un hito importante, ya que por primera vez la Corte IDH reconoce directamente a los pueblos o comunidades indígenas como sujetos colectivos del Derecho Internacional. Por lo tanto, no se trata de una comunidad donde cada miembro es dueño de su cuota y pueda disponer libremente de ella, sino, de un sujeto colectivo que ejerce sus propios derechos en pos de hacer prevalecer su identidad cultural, sus creencias y su particular forma de vida.

En este orden de ideas, es necesario preguntarse qué llevó al Tribunal a fallar diferente en los casos anteriores, porque básicamente, tenemos un grupo de sentencias que en sus consideraciones de derecho coinciden pero que, finalmente, resuelven diferente, determinando por ejemplo, que la parte lesionada son los miembros de comunidad<sup>69</sup> o que los beneficiarios de las reparaciones son los miembros detallados en una lista<sup>70</sup> y no derechamente el pueblo indígena como tal<sup>71</sup>, que sería lo congruente teniendo en cuenta la parte considerativa de las sentencias. Creemos que el cambio solo obedeció a la consolidación de los criterios vertidos en su anterior jurisprudencia, siendo destacable que sea la misma Corte que reconozca como titular de derechos al pueblo indígena como tal.

Teniendo estas cuestiones en consideración, pasemos a revisar los criterios que han adoptado los tribunales constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-009/13 se refiere al origen de la necesidad de incorporar la dimensión colectiva a la protección del derecho de propiedad indígena,

“Es por lo anterior [la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras] que, en el caso de los pueblos indígenas y tribales, los principales instrumentos internacionales reconocen en ellos una propiedad de la tierra no sólo individual sino colectiva, que tiene implicaciones mucho más amplias que el reconocimiento simple de una propiedad privada, pues el derecho a la propiedad privada en su concepción más occidental y liberal, entendido como el ejercicio y disfrute del dominio sobre bienes intangibles y tangibles, no ha sido una institución suficiente para entender las exigencias y la cosmovisión de las poblaciones indígenas y tribales”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* (24 de agosto de 2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, (párr. 278).

<sup>70</sup> *Yakye Axa vs Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (Párrafo 189): “189. Sin perjuicio de ello, la Corte considera que los beneficiarios de las reparaciones que se ordenan en la presente Sentencia son los miembros de la Comunidad indígena Yakye Axa, detallados en la lista obrante en el anexo A de esta Sentencia”.

<sup>71</sup> *Sarayaku vs Ecuador* (27 de junio de 2012): Corte IDH, (párr. 284): “El Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana, al Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku, que sufrió las violaciones declaradas en el capítulo de Fondo de esta Sentencia (*supra* párrs. 231, 232, 249, 271 y 278), por lo que lo considera beneficiario de las reparaciones que ordene”.

<sup>72</sup> *Sentencia T-009/13* (21 de enero de 2013): Tribunal Constitucional de Colombia.

Esta misma corporación, en la sentencia T-380/93 explicita los principios constitucionales en que se fundamenta la titularidad colectiva del derecho de propiedad indígena: diversidad étnica y cultural de la nación colombiana,

“8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias”.

En relación al principio constitucional concernido, el pronunciamiento explica enseguida por qué no sería adecuado dejar la defensa de este derecho a los individuos, haciendo alusión a los distintos intereses que los individuos pueden llegar a tener, que no siempre coincidirán con el bienestar y la sobrevivencia del pueblo indígena:

“La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)”.

Asimismo, los jueces advierten sobre la existencia de otros derechos colectivos en el ordenamiento jurídico, mas, estos son distinguibles de los derechos de que es titular el pueblo indígena:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”<sup>73</sup>.

Por su parte la Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Argentina, interpreta sistemáticamente las normas del ordenamiento jurídico para dar cabida a las

---

<sup>73</sup> T-380/93 (13 de septiembre de 1993): Corte Constitucional de Colombia

particularidades que tiene la comunidad indígena como sujeto de derecho, no siendo un impedimento la reciente adquisición de personería jurídica de la comunidad actora para acoger su demanda de prescripción adquisitiva, pues, es la misma Carta Fundamental que reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos argentinos, por lo que una aplicación irrestricta de las normas que regulan los derechos individuales no podría ser posible,

“De todos modos, si alguna duda cabe, sabemos que en materia de posesión, rige el principio de accesión, conforme el cual el poseedor puede unir su posesión a la de su causante y computarla a fin de completar el plazo legal de prescripción (art. 3418 CCiv.), concepto que bien puede aplicarse analógicamente al caso en estudio. Y decimos ello, en tanto y en cuanto la comunidad aborígena que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad”<sup>74</sup>.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Argentina, mediante la resolución de una acción de amparo, sienta otro criterio que es importante considerar al momento de dar cumplimiento a la restitución de las tierras ancestrales, cual es, que la entrega de tierras bajo títulos individuales no cumple con las exigencias del derecho de propiedad indígena. En esta oportunidad la comunidad indígena solicita el cumplimiento de las obligaciones del Estado en orden a demarcar y titular los territorios propiedad de los pueblos indígenas, que hasta esa fecha no se había cumplido, ya que solo se ha otorgado entregas bajo títulos individuales, lo que no es concordante con la concepción de sujeto colectivo. A este respecto, uno de los jueces de la causa cita doctrina (Bidart Campos) para señalar que no todos los derechos de entidades colectivas pueden reconducirse a los derechos individuales contemplados en el plexo de los implícitos, ya que “algunos derechos tienen excepcionalmente enumerados explícitamente como propios de determinados grupos”, por lo tanto, finalmente se resuelve:

“2.- Condenar a la Demandada para que mientras subsista los trámites pertinentes se abstenga de entregar en propiedad a particulares, (sean miembros del pueblo aborígena o terceros) las tierras afectadas para la entrega a las comunidades aborígenas de los departamentos de Cochinoca, Yavi, Tumbaya, Rinconada, Santa Catalina, Susques, Humahuaca, Tilcara, Santa Bárbara y Valle Grande, otorgándosele el término de quince meses para que complete los trabajos y demás gestiones previos a la definitiva transferencia de las mismas en propiedad a las comunidades aborígenas allí asentadas”<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> *Comunidad aborígena de Quera y Aguas Calientes - Pueblo Cochinoca v. Provincia de Jujuy* (14 de septiembre de 2001): C. Civ. y Com. Jujuy, sala 1ª.

<sup>75</sup> *Andrada de Quispe Rosalía Ladiez, Lucio Vasquez, Nicolás Vilca, Primo Guanuco, Raúl Alberto Ramos, René Calpanchay González, Flora Elsa Cruz, Severiano Lamas, Petrona Siveria Salas, Samuel Abel Camacho c/ Estado Provincial*, Expte. N° 8-105.437/03,

De lo anterior se puede inferir que la entrega de terrenos bajo títulos individuales no satisface el cumplimiento de los derechos del pueblo indígena, ni lo respeta como sujeto colectivo, por tanto se ordena a la Administración abstenerse de dicha práctica.

### 3.3 Objeto: tierras y territorios.

La premisa en este ámbito viene dado por el artículo 14 del Convenio 169, el cual expresa que deberá reconocerse a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

Es trascendental tener en consideración, como ya se tuvo oportunidad de explicar, la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con sus tierras, puesto éstas constituyen la base fundamental de la cultura indígena, por lo tanto, la extensión o restricción del concepto tierras tendrá notables consecuencias para el efectivo goce de los derechos de los pueblos indígenas y su subsistencia.

La Corte en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay sobre este punto señaló que: “En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término ‘bienes’ utilizado en dicho artículo 21, contempla ‘aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor’”<sup>76</sup>.

De lo anterior se observa que la Corte incluye dentro del amparo del artículo 21 la estrecha vinculación de los pueblos con sus territorios y recursos naturales. Sin embargo, en la segunda parte del párrafo sostiene una noción netamente económica de lo que se entiende por bienes, sin realizar ninguna concordancia entre dos conceptos: tierras -como base fundamental de la cultura indígena- y bienes – cosa material o inmaterial susceptible de tener un valor- que a primera vista no son compatibles.

Es criticable que se haga alusión sólo al aspecto económico de la tierra en circunstancias que la misma Corte sostiene que “[p]ara las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>77</sup>. Con la simplificación hecha por

---

<sup>76</sup> *Yakye Axa vs Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (Párrafo 137).

<sup>77</sup> *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (31 de agosto de 2001): Corte IDH (párr. 149).

la Corte se está dejando fuera de la protección convencional aspectos que escapan a la evaluación pecuniaria y que son importantes de considerar al establecer los límites del derecho.

Además de considerar la distinción conceptual entre tierra y bien, es necesario detenerse en las expresiones tierras y territorios. La Corte se ha pronunciado sólo una vez acerca de este punto y lo hizo en una nota a pie de página en la resolución del caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam: “Al hacer referencia al término “territorio” la Corte se refiere a la totalidad de tierra y recursos que los Saramaka han utilizado tradicionalmente. En este sentido, el territorio Saramaka pertenece de manera colectiva a los miembros del pueblo Saramaka, mientras que las tierras dentro de ese territorio están divididas entre los doce clanes Saramaka”<sup>78</sup>. Según lo anterior el criterio de distinción entre tierras y territorios para la Corte IDH es el titular (individual o colectivo). No obstante, esta conclusión no parece satisfactoria ni para la doctrina consultada ni para la jurisprudencia revisada.

Para acercarnos más al contenido del término tierras se revisará lo que los tribunales constitucionales han dicho al respecto, y que nos permita arribar a una delimitación conceptual de lo que se entiende por tierras y territorio. Desde ya se debe advertir que entre los fallos seleccionados no existe uniformidad en el uso de los términos tierras y territorio.

En Argentina la Cámara en lo Contencioso Administrativo realiza un intento de describir lo que implican estos conceptos:

“En lo referente a la tierra y el territorio contenidas en el art. 13 al 19 del convenio, se ve que la tierra lejos de ser solamente un medio de producción económica para la población indígena en América Latina, constituye sobre todo el asiento de valores espirituales, culturales y simbólicos. Esa es la razón por la cual se habla de tierra y territorio, porque así se hace referencia a la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan”<sup>79</sup>.

Si contrastamos este pronunciamiento con el de la Corte IDH, obtenemos que no coincide la distinción efectuada por el órgano internacional. Este tribunal nacional sostiene que ambos conceptos -tierra y territorio- se refieren a la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan, sin distinguir entre aldeas o indígenas y pueblos, y por consiguiente tampoco distingue entre tierras y territorios.

Por su parte, la sentencia N° 01126 del Tribunal Constitucional de Perú marca una diferencia entre ambos términos,

---

<sup>78</sup> *Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (28 de noviembre de 2007): Corte IDH.

<sup>79</sup> Argentina Cámara en lo Contencioso Administrativo. "Asociación Comunitaria de Nueva Pompeya; Asociación Comunitaria de Comandancia Frías y Asociación Comunitaria Nueva Población c/ Provincia Del Chaco y/o Subsecretaría de Recursos Naturales Medio Ambiente de la Provincia Del Chaco; Instituto de Colonización Del Chaco y/o quien resulte responsable s/ acción de amparo colectivo de intereses difusos.

“La diferencia entre el concepto de tierra y territorio radica en que el primero se encuentra dentro de una dimensión civil o patrimonial, mientras que el segundo tiene una vocación política de autogobierno y autonomía. Así, esta dimensión política del término territorio se ajusta a la realidad de los pueblos indígenas, que descenden de las poblaciones que habitaban lo que ahora es el territorio de la República del Perú. Pero que, no obstante, luego de haber sido víctimas de conquista y colonización, mantienen sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o partes de ellas”<sup>80</sup>

Por tanto, para esta magistratura la diferencia entre ambos términos sería el componente político implícito en el concepto territorio; distinción que igualmente compartimos y sostenemos.

Pasando a otro punto, es preciso caracterizar el objeto del derecho de propiedad, por lo que revisaremos lo que sobre esto han dicho los tribunales constitucionales. La Corte Constitucional de Colombia realiza una objetivación de los conceptos entregando distintos elementos. En la sentencia T-009/13 reproduce lo siguiente en cuanto al concepto tierra:

“Al respecto, el Manual de aplicación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales señala que el concepto de tierra “suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques ríos montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidad y como pueblo”<sup>81</sup>.

En similar sentido, en la sentencia SU-383 de 2003 la magistratura expuso que la noción de territorio no es igual entre los pueblos indígenas y el resto de la población:

“(…) cabe considerar que la concepción territorial de los pueblos indígenas y tribales no concuerda con la visión de ordenamiento espacial que maneja el resto de la nación colombiana (...) Ese espacio no es necesariamente un espacio geográfico marcado por afloramientos rocosos, quebradas, lomas, cananguchales, pozos, barrancos. Ese espacio geográfico es memoria, es efectivamente escritura de ese proceso de creación que está ocurriendo todo el tiempo: en la crianza de los hijos, en las relaciones sociales, en la resolución de problemas, en la curación de las enfermedades.”<sup>82</sup>

Por consiguiente, el objeto del derecho recae sobre todo el espacio geográfico que los pueblos usan o utilizan de alguna forma, incluido los recursos naturales del suelo y subsuelo. Sin embargo, para la consideración de su extensión es necesario tener presente que las formas de utilización varían de acuerdo al proceso de creación de identidad de cada pueblo, de modo que aun cuando desde una perspectiva urbana una determinada porción de tierras no se esté explotando o utilizando, ésta misma puede ser de especial significación para su vida espiritual, memoria o relaciones sociales. La Corporación aludida complementa la objetivación, en la sentencia T-693 de 2011, al hacer notar dos características del territorio: por una parte, es dinámico, por tanto puede variar de acuerdo a

---

<sup>80</sup> *STC N° 01126-2011-HC/TC*, (11 de septiembre de 2012): Tribunal Constitucional de Perú

<sup>81</sup> *T- 009/13* (21 de enero de 2013): Corte constitucional de Colombia

<sup>82</sup> *Su- 383/03*, (3 de mayo de 2003): Corte Constitucional de Colombia.

las necesidades del pueblo indígena, y también es actual, es decir, referido a las circunstancias de actuales:

“Dada la relación de las comunidades con el hábitat, su concepto de territorio es dinámico, pues para ellas comprende, como indica la doctrina, “todo espacio que es actualmente imprescindible para que un pueblo indígena acceda a los recursos naturales que hacen posible su reproducción material y espiritual, según sus características propias de organización productiva y social. Este espacio se puede presentar, según sea el caso, de manera continua o discontinua. // Aclaro que me refiero a un ‘espacio actual’ porque sitúo la consideración de la definición de límites territoriales de un pueblo determinado, en un momento histórico sincrónico cuyas características demográficas y tecnológicas, una vez determinado el espacio que le corresponde, deberán modificarse y/o readecuarse en el futuro, de tal manera que guarden una relación equilibrada al interior de sus límites”<sup>83</sup>.

Siguiendo con este razonamiento, en la sentencia T- 376/12 luego de señalar las razones que llevaron a considerar a esta Corporación desde la fallo T-188/93 el territorio colectivo como un derecho fundamental se refiere al refiere al carácter expansivo producto de la naturaleza cultural del territorio,

“(…)En virtud de su naturaleza cultural, el territorio no se define exclusivamente en términos geográficos. Si bien su demarcación juega un papel vital para su adecuada protección jurídica y administrativa, no debe perderse de vista que este tiene un efecto expansivo, que comprende lugares de significación religiosa o cultural aunque estén por fuera de sus límites físicos”<sup>84</sup>.

Concluye, el fallo T-693/12, considerando que, efectivamente, los territorios indígenas son mucho más que un espacio geográfico:

“Con base en las precisiones anteriores, es posible concluir que las tierras donde se asientan las poblaciones indígenas y tribales, no se tratan de simples espacios de trabajo o de dominación o de producción, sino de un verdadero espacio del ejercicio de sus tradiciones, ritos, costumbres antiguas y del ejercicio de su autodeterminación diferenciada con las demás poblaciones<sup>85</sup>. Asimismo, asegura la producción de los recursos naturales acorde con sus prácticas tradicionales de producción y autoabastecimiento. Este contexto exige extraer del concepto común de la propiedad privada, nuevas manifestaciones de la propiedad como propiedad colectiva, es decir, como un concepto de territorio mucho más amplio y enfocado a las propias necesidades de las poblaciones indígenas y tribales”<sup>86</sup>.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, hace referencia a otra función del territorio, en tanto considera que el territorio es un elemento dentro de lo que es la comunidad indígena:

---

<sup>83</sup> T-693/11, (23 de septiembre de 2011): Corte Constitucional de Colombia.

<sup>84</sup> T-376/2012, (18 de mayo de 2012): Corte Constitucional de Colombia.

<sup>85</sup> La autodeterminación y el autogobierno son consecuencias inmediatas del reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Estos derechos están reconocidos en el Convenio 169 (preámbulo y artículo 1.3) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículos 3, 4 y 5).

<sup>86</sup> T-693/2012, (23 de septiembre de 2011): Corte Constitucional de Colombia.

“El territorio está íntimamente vinculado a la definición de pueblos indígenas, pues se constituye en un elemento para su caracterización”.<sup>87</sup>

Asimismo ha recalcado también en la sentencia 0300/2012, donde a su vez recoge los anteriores pronunciamientos, que el territorio permite el ejercicio de los derechos a la libre determinación de las naciones: autonomía, autogobierno, ejercicio de su cultura, reconocimiento de sus instituciones y la consolidación de sus entidades territoriales. En este ámbito la importancia del reconocimiento de la propiedad colectiva indígena resalta por sí sola, por tanto,

“los territorios que deben ser reconocidos de manera integral, pues de acuerdo al art. 403 de la CPE, comprenden áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural.

En conclusión, el derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica, es decir, este derecho implica la obligación del propio Estado a respetar tales territorios al grado de que si existe la necesidad de explotación de un recurso natural no renovable o la realización de un proyecto, el Estado está obligado a efectuar una consulta de carácter previo a la realización del proyecto, y naturalmente, al comienzo de las obras dentro del territorio indígena, el no hacerlo de esa manera genera una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas al derecho de la consulta”<sup>88</sup>.

En la sentencia 0645/2012, el Tribunal boliviano añadió que el no reconocimiento de esta relación puede atentar gravemente contra los derechos de los grupos indígenas, nuevamente, sobre la base de que no es la misma relación que personas no indígenas tienen con el espacio territorio:

“El desconocimiento de sus territorios podría devenir en una de las más graves vulneraciones a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, pues podría implicar sin duda alguna su desaparición cultural (caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay).- Piénsese que en la lógica de muchos pueblos y comunidades indígenas, no se observa la necesidad de contar con personería jurídica o poseer un título de propiedad -máxime si se considera que los procedimientos para alcanzar dicha personería jurídica en nuestro país, todavía continúan siendo ineficaces y de difícil tramitación- lo que los hace vulnerables respecto a la pérdida de sus territorios”<sup>89</sup>.

En vista a lo expuesto por los diferentes tribunales constitucionales latinoamericanos, podemos identificar ciertos elementos relevantes sobre lo que es el territorio y la tierra, y esbozar un concepto a partir de esto. “Es necesario señalar que el concepto de tierras y territorios de las comunidades indígenas no puede ser definido en forma precisa, tal como surge de un diccionario. Por el contrario, se tendrá que elaborar su definición en base a distintos elementos culturales, económicos, políticos, sociales, etc, que se valoran de

---

<sup>87</sup> *Sentencia 2003* (25 de octubre de 2010): Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia (Acción de amparo constitucional) y *Sentencia 2056* (16 de octubre de 2006): Corte Constitucional Plurinacional de Bolivia (Acción de inconstitucionalidad abstracta).

<sup>88</sup> *STC 0300/2012(TIPNIS)*, (19 de junio de 2012): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

<sup>89</sup> *STC 0654/2012*, (23 de julio de 2012): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

acuerdo al desenvolvimiento de las comunidades indígenas”<sup>90</sup>. Además, debe tenerse en consideración que “el significado que tiene el derecho a la tierra para los pueblos indígenas es más complejo que el simple reconocimiento de su posesión colectiva. Incluye también el reconocimiento de un conjunto de garantías culturales, sociales y políticas que son inescindibles de los derechos territoriales”<sup>91</sup>.

Con estas consideraciones, jurisprudencialmente podemos entender que se trata de un espacio geográfico, un hábitat ocupado por las comunidades indígenas, que constituye para las mismas tanto un medio de producción económica como asiento de valores espirituales, culturales y simbólicos, convirtiéndose por tanto en la base de su subsistencia económica y cultural, y en razón de esto, imponiendo al estado la necesidad de protección. No existe una clara diferenciación a nivel de jurisprudencia entre las nociones de territorio y tierras, que se usan de forma equívoca. Además, podemos añadir, como características, el que temporalmente puede ser dinámico; y que al constituirse como el espacio primordial para el ejercicio de otros derechos<sup>92</sup>, es que se entiende que existe la posibilidad de exigir al estado que proteja este espacio, mediante acciones directas, abstenciones, etc. “Sabemos que para la cultura indígena, la tierra ancestral es fuente de vida, y, es parte esencial de su identidad, por tal razón la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo. En consecuencia, como tal, no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros”<sup>93</sup>.

Es importante además tener en cuenta que la idea de propiedad sobre estos territorios o tierras no necesariamente coincidirá con lo que las diferentes legislaciones internas contemplen como propiedad y su objeto, es decir, puede escapar del concepto del concepto de propiedad tradicional, pues se enmarca dentro de lo que es la propiedad colectiva

---

<sup>90</sup>ZAMUDIO, Teodora, *Derechos de los pueblos indígenas*, en <<http://www.indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>>, revisado con fecha 30 de noviembre de 2013.

<sup>91</sup> HERNÁNDEZ HERREÑO, Ángel Libardo, *Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia*, p. 247. Disponible en <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr031-32/elotrdr031-32-10.pdf>>, con fecha 30 de noviembre de 2013.

<sup>92</sup> “Un punto central que debe resolverse en la construcción teórica del derecho a la tierra tiene que ver con su especificación como derecho humano, que es un campo de investigación por explorar. Ya anotamos la dificultad evidente que ha tenido la doctrina para defender abiertamente la idea de un derecho humano *per se* a la tierra y su tendencia a construir la idea del derecho a la tierra a partir de su conexión con otros, como el derecho a la propiedad, al trabajo, a la vida, a la subsistencia, a la alimentación, a la vivienda y a la cultura, al punto de considerarse que la tierra es una especie de derecho-condición para el ejercicio de los demás derechos. Esta lógica de asociar la tierra con el disfrute *sine qua non* de otros derechos humanos ha sido también la base en que se han inspirado los pueblos originarios colombianos para la defensa de sus territorios. Aunque los pueblos indígenas no reclaman un derecho a la tierra en sentido estricto, la reivindicación del territorio que caracteriza a sus luchas actuales no difiere en lo sustancial de esta noción, pues muestra claramente que sin la posesión y el disfrute de las tierras ancestrales sus derechos colectivos a la supervivencia física y cultural se ponen en riesgo. La construcción del territorio en las comunidades étnicas colombianas ha significado al mismo tiempo un proceso de afirmación política frente a la institucionalidad y un proceso de diferenciación frente a otros grupos sociales, que empieza con la delimitación de un dominio territorial en el cual pueden ejercer soberanía, poder y autonomía” (HERNÁNDEZ HERREÑO, cit. (87), pp. 251 y 252).

<sup>93</sup> ZAMUDIO, Teodora, cit. (86).

indígena. Por ejemplo, no requiere necesariamente título –o no en sentido tradicional del mismo, como se verá en breve-, hay diferencias en cuanto a sus titulares, implicancias sociales que conlleva, delimitaciones, exigencias especiales al estado, etc. Sin embargo, quizás la diferencia entre la propiedad entendida tradicionalmente y ésta, tiene que ver con que el territorio representa y significa: es parte central de la sobrevivencia de los pueblos indígenas, es decir, sin él (y en condiciones básicas de protección) hablamos de la posible desaparición de las comunidades.

En resumen, “los derechos que deben ejercer libremente las comunidades indígenas sobre sus tierras, territorios, y recursos naturales abarcan, no sólo los aspectos materiales relacionados con el espacio físico o hábitat que ocupan o utilizan, sino también un conjunto de aspectos inmateriales, de carácter político, simbólico, y, cultural que son generalmente ignorados por las legislaciones, y, que son fundamentales para la supervivencia y desarrollo de estas comunidades”<sup>94</sup>.

Siendo de literal vital importancia, es que podemos criticar el hecho de que no exista un concepto que determine lo que se entiende por tierras y territorios a nivel de las diferentes cortes constitucionales revisadas. En general se pueden extraer algunos elementos o características, pero no es posible hablar de nociones conceptuales, que podrían generar –y generan- inseguridad jurídica y lo más relevante, eventuales no protecciones y consecuentes vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Sin perjuicio de los conceptos a nivel jurisprudencial y lo señalado respecto de ellos, la doctrina ha señalado que “la noción “tierra” es un concepto amplio y ambiguo que termina denominando simplemente un bien representado en un espacio geográfico delimitado, susceptible de propiedad privada o colectiva y al que se le asignan múltiples usos, la mayoría de explotación económica. La noción de “territorialidad” en cambio se relaciona estrechamente con las formas culturales de apropiación material y simbólica de las tierras que pueblos originarios han habitado históricamente, y las cuales tienen significado, no sólo por brindar los medios para la subsistencia sino además porque son el soporte en el cual las comunidades tradicionales desarrollan sus identidades y sus visiones del mundo. Mientras que la “tierra” a secas es una idea que remite a un carácter básicamente instrumental, la noción de territorialidad indica procesos complejos de construcción cultural ligados a la ocupación y al uso de las tierras ancestrales. En tanto, la acepción del “territorio” si bien conserva un marcado carácter cultural, su esencia determinante es política pues ha servido para defender el ejercicio de la autonomía por parte de las comunidades originarias frente a la institucionalidad estatal y a la sociedad mayoritaria, concretándose para ello en la demarcación de áreas territoriales en las cuales los pueblos étnicos pueden desarrollar sus proyectos de vida”<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> HERNÁNDEZ HERREÑO, cit. (87), pp. 249 y 250.

#### 4. Fundamento de la propiedad indígena: el título indígena.

Del examen de la jurisprudencia constitucional, uno de los temas que se rescata es la discusión acerca del fundamento de la propiedad indígena, los pueblos consideran que tienen un título ancestral a usar y poseer las tierras ocupadas por ellos ancestralmente, este título es el que sustentaría su derecho de propiedad, como también las reivindicaciones y restituciones de tierras que reclaman.

Podemos afirmar que existe cierto consenso entre los órganos internacionales y la jurisdicción nacional en que el derecho de propiedad indígena sobre las tierras encuentra su causa legítima, su fundamento, en la posesión y uso ancestral ejercido por el pueblo indígena<sup>96</sup>.

Por consiguiente, este punto examinará lo relativo al fundamento del derecho de propiedad indígena, y en particular, las implicancias que tiene el reconocimiento de la posesión ancestral como título suficiente del derecho de propiedad indígena.

Por posesión ancestral entenderemos “aquella tenencia tradicional ligada a la continuidad histórica de una comunidad”<sup>97</sup>. Mientras que, el sentido que se le dará a la expresión “título indígena” será el de causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real.

Generalmente la justicia constitucional cuando se refiere al fundamento de la propiedad utiliza la expresión “título” por ser una expresión análoga a lo que se quiere significar. Sin embargo, tal como la Corte Constitucional de Colombia lo hace notar:

“Se utiliza el término ‘*título*’ entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese *continuum* entre cultura, autonomía y territorio”<sup>98</sup>.

En efecto, Gonzalo Aguilar sostiene en el mismo sentido que “los pueblos indígenas nunca han utilizado, por su propia voluntad, ese tipo de parámetros para determinar los límites de sus tierras y para justificar su propiedad”<sup>99</sup>. No obstante, los magistrados optan por su utilización, ya que se trata de un concepto que forma parte del lenguaje jurídico común.

---

<sup>96</sup> Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina.

<sup>97</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericana de derecho humanos*, párrafo 70. Tomado de la página web <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>>, visitada el día 17 de agosto de 2013.

<sup>98</sup> Sentencia T-282 (2011), Tribunal Constitucional de Colombia (p. 15).

<sup>99</sup> AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”. *Ius et Praxis*, [online]. 2005, vol.11, n.1 [citado 2013-07-17], pp. 269-295. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100010>

Pero, cuál es la fuente de derecho que obliga al Estado a respetar esta posesión ancestral como causa legítima de transmisión de un derecho real. A saber, es posible identificar al menos tres fuentes distintas en las que se sustentaría el título indígena, a) los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos indígenas, b) las leyes del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas, y c) el derecho consuetudinario de la comunidad<sup>100</sup>.

La fuente que nos interesa primeramente, es aquella que dice relación con el derecho propio indígena, su derecho consuetudinario<sup>101</sup>, pues a partir principalmente de esta fuente, es que los órganos interamericanos de protección han explicado el fundamento de la propiedad indígena.

En este sentido la CIDH ha resaltado que “los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas [...] generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención”<sup>102</sup>.

Asimismo la Corte IDH ha precisado que “como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”<sup>103</sup>

En relación a la falta de reconocimiento estatal, los órganos de control de la OIT sostienen que la “ocupación tradicional confiere derecho a la tierra en virtud del Convenio,

---

<sup>100</sup> AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno” “la legislación que ha surgido del Estado en cuyo territorio están los pueblos indígenas; los tratados concertados entre los conquistadores, colonizadores o los Estados y los pueblos indígenas; y finalmente, el Derecho propio indígena que representa las fuentes indígenas propiamente tales ya que comprende la tradición histórico-jurídica indígena.

<sup>101</sup> La simplificación de solo hacer alusión al derecho consuetudinario obedece, a que igualmente es posible llegar a idéntica conclusión por medio del Convenio 169 (ley para los Estados ratificantes) pues este instrumento entre sus disposiciones, en particular los artículos 8, 13 y 17.1, remite al derecho propio e instituciones de los pueblos indígenas. Por lo tanto tratándose incluso de aquellos países reacios a aceptar el derecho consuetudinario como fuente de derecho, como es el caso de Chile, por vía de las obligaciones del Convenio llegaríamos a la aplicación de éste cuando se trate de la resolución de controversias donde el derecho de propiedad indígena este concernido.

<sup>102</sup> CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (31 de agosto de 2001): Corte IDH, párr. 140(b).

<sup>103</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH, párr. 151.

independientemente de que tal derecho se hubiera reconocido o no”<sup>104</sup>. Como consecuencia de esto, el Consejo de Administración (mediante la adopción del informe del comité tripartido encargado del examen de reclamaciones contra los Estados) enfatiza que la tenencia tradicional de las tierras por parte de la comunidad, no constituye ocupación ilegal por el solo hecho de no tener título formal de propiedad, una opinión en ese sentido contraviene el artículo 14 del Convenio<sup>105</sup>.

Los estándares internacionales, reconocen que la posesión ancestral constituye título suficiente del derecho de propiedad, independiente del reconocimiento estatal, no obstante diferir en cuanto a la fuente. Los órganos interamericanos fundamentan el derecho de propiedad indígena en el respeto que se le debe al derecho consuetudinario de la comunidad respectiva, mientras que los órganos de la OIT encuentran la fuente en el artículo 14 del Convenio<sup>106</sup>. Sin embargo estos postulados no son excluyentes, sino que se complementan entre sí, según Gonzalo Aguilar para que el título indígena tenga validez y aplicabilidad en el orden jurídico interno, es necesario un reconocimiento constitucional o legal de dicho título, este rol lo cumpliría el Convenio 169 de la OIT. No obstante, el autor aclara que ese reconocimiento solo tendría un carácter meramente declarativo y el real fundamento del título indígena residiría, en la posesión, ocupación y uso que tradicionalmente han hecho los pueblos indígenas de sus tierras, en consecuencia “el título indígena no se encontraría limitado por el derecho estatal en el sentido de que emanaría de él sino sólo en el sentido de que para su aplicación por los tribunales debería ser admitido en el orden jurídico interno y, por lo tanto, este título sería oponible erga omnes, incluso al propio Estado”<sup>107</sup>

De lo anterior podríamos concluir, que respecto de los países que estamos estudiando, el título indígena es una institución de aplicación obligatoria, ya sea en virtud del respeto que se le debe dar al derecho consuetudinario (por aplicación del artículo 21 y 1.1 de la Convención) o en virtud de del Convenio 169, o si fuera el caso, por el reconocimiento de éste por el derecho constitucional. Implicancias del reconocimiento del título indígena.

---

<sup>104</sup> Comisión de Expertos, 91ª reunión, Observación, Perú, publicación 2003. “También manifiesta que la opinión vertida por el Gobierno en el sentido de que la tenencia de las tierras que las comunidades indígenas ocupan tradicionalmente es ilegal al no tener título de propiedad no está en conformidad con el Convenio cuyo artículo 14 reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente.

<sup>105</sup> Documento GB.299/6/1, párrafo 45.

<sup>106</sup> El artículo 14 N°1 del Convenio 169 establece que el Estado debe reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. De la disposición es posible inferir que la posesión ancestral ejercida sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, cumple dos funciones que interesan por sus consecuencias jurídicas, la primera consiste en servir de fundamento para el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, es decir, constituye título suficiente. Mientras que la segunda consiste en servir para la determinación de la extensión espacial que abarcará dicho derecho de propiedad. En este punto abordaremos solo lo tocante al fundamento.

<sup>107</sup> AGUILAR CARVALLO, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el Derecho chileno”. *Ius et Praxis*, [online]. 2005, vol.11, n.1 [citado 2013-07-17], pp. 269-295. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100010&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100010>

Aclarado lo anterior, toca hacer referencia a lo señalado por la Corte IDH respecto de la posesión ancestral y sus implicancias como título del derecho de propiedad. En la sentencia recaída en el en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, la Corte realiza una síntesis de sus pronunciamientos y los enlaza para ofrecer el siguiente esquema que a continuación reproduciremos,

“128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”<sup>108</sup>.

Como es posible advertir, el acogimiento de la institución del título indígena es fundamental para el reconocimiento adecuado del derecho de propiedad indígena. Pero esto no es todo, la sentencia nos entrega aún más elementos conexos a esta institución, pues no basta con el simple reconocimiento de este derecho, sino que además es necesario que se haga efectivo, es por esto que la posesión ancestral otorga el derecho a exigir la delimitación, demarcación, titulación y registro de sus tierras, de modo de entregar seguridad jurídica a esta posesión evitando conflictos con terceros, empresas y con el Estado mismo.

Ahora, lo relativo al derecho de restitución de tierras y la entrega de tierras alternativas es un tema que abordaremos con detalle más adelante. A saber, estos derechos están vinculados con la pérdida del derecho de propiedad, pues se activan frente a los casos en que se haya perdido la posesión ancestral por causas ajenas a su voluntad, habiendo sido las tierras trasladadas legítimamente a terceros de buena fe. Producto de esa situación, el pueblo indígena correspondiente es titular del derecho a recuperarlas, ya sea por vía de acuerdo o mediante expropiación, tornándose en excepcional el derecho a recibir tierras alternativas.

Dicho lo anterior, estamos en condiciones de pasar a revisar cómo ha sido acogida la institución del título indígena por la jurisprudencia constitucional en los países objeto de análisis.

---

<sup>108</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte IDH, párr. 128.

#### 4.1 Recepción de la institución del título indígena

A la hora de analizar la jurisprudencia de las cortes constitucionales en este tema, sobresalen las sentencias dictadas por los tribunales de Argentina, en atención a que el control de la constitucionalidad es del tipo difuso, por lo tanto, tendremos juzgados civiles y penales aplicando la institución del título indígena en diversas materias y haciéndose cargo de varios puntos que son interesantes tratándose de la posesión y uso ancestral del territorio.

Dentro del ámbito penal, destaca el fallo “Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación”. Esta decisión, según enfatiza la Comisión de Expertos<sup>109</sup>, se alinea con el Convenio 169 en tanto reconoce la nueva época en materia de derechos sobre las tierras indígenas estableciendo que,

“hoy es la época del reconocimiento y porque no, como tanto se mencionó en el debate, de la recuperación o reafirmación de sus derechos que han sido consagrados constitucionalmente. Un fallo criminalizando la conducta que desplegó el pueblo mapuche el día 31 de enero de 2005 sería retroceder a tiempos pasados y desconocer el marco legal y constitucional actual”<sup>110</sup>

Como es predecible, el juez no hace lugar a las argumentaciones sostenidas por la fiscalía y absuelve a los imputados del delito de usurpación. En lo que respecta a este punto, destacaremos lo sostenido por el juez a propósito de una de las argumentaciones sostenidas por la fiscalía, la cual consistía en afirmar que si la comunidad indígena creía tener derechos posesorios sobre las tierras debía acudir a la justicia civil para que esta así lo decretara y no usurparlas. Frente a esta argumentación el juez señala que,

“La argumentación de la fiscalía en cuanto la comunidad debía iniciar las acciones legales atinentes a recuperar sus tierras queda desvirtuada, en razón de que la comunidad si bien está reclamando un reconocimiento expreso de su propiedad entiende que ya tiene un título o causa suficiente que es la que surge de la propia constitución, motivo por el cual no reconoce la propiedad en un tercero y si bien conocen que González utiliza las tierras que consideran propias tampoco reconocen la posesión de este”<sup>111</sup>.

En consecuencia, según el razonamiento del juez, el título, causa o fundamento del derecho de propiedad indígena, tal como lo señala la Constitución Nacional, surge de la posesión comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, y no de la decisión de un tribunal civil. El rol que juegan los actos estatales en esta materia consiste en efectuar un simple reconocimiento destinado a otorgar seguridad jurídica. No es la decisión de un órgano judicial o administrativo la que constituye el derecho, sino que la causa de su derecho descansa en la posesión ancestral que han venido

---

<sup>109</sup> Observación (CEACR) - Adopción: 2009, Publicación: 99ª reunión CIT (2010)

<sup>110</sup> *Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/ usurpación* (30 de octubre de 2007): Juzgado Correccional de la IV Circunscripción de la Provincia de Neuquén.

<sup>111</sup> *Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/ usurpación* (30 de octubre de 2007): Juzgado Correccional de la IV Circunscripción de la Provincia de Neuquén.

ejerciendo estas comunidades desde antaño, motivo por el cual desde esta perspectiva no les sería oponible a la comunidad la propiedad o posesión alegada por un tercero.

En este mismo sentido, pero ahora desde el ámbito civil, el Juzgado Civil N°1 de Zapala, aclara el sentido que se le debe dar al término título. Este pronunciamiento recepciona la exhortación del Tribunal Superior de Justicia de la provincia y la Corte Suprema de Justicia Federal, en orden a dar aplicación a la preceptiva constitucional y supraconstitucional referida a los pueblos indígenas<sup>112</sup>, ajustándose a lo que más arriba especificamos que entenderíamos por título indígena,

“Que el artículo 2356 del Código Civil define al poseedor de buena fe como aquel que se encuentra persuadido de la legitimidad de su posesión y ostenta justo título. Adviértase que el vocablo "título" precedentemente utilizado, no debe ser entendido ni asumido aquí como equivalente a "documento" o "instrumento probatorio del dominio del inmueble", sino como causa legítima de la trasmisión o adquisición de un derecho real [...] debiendo considerarse en el particular como "causa legítima", la ocupación tradicional ejercida por la comunidad indígena a la que pertenecen los demandados, preexistente al Estado”<sup>113</sup>.

Es importante resaltar la razón por la que no es conveniente asimilar el título indígena con el “documento o instrumento probatorio de dominio”. En general, a lo largo de esta memoria, podemos identificar distintos tipos de controversias que giran en torno a la propiedad indígena, una de éstas, dice relación con la aparición de terceros que argumentan, en base a instrumentos probatorios (como permisos de ocupación o títulos de propiedad) contar con un mejor derecho sobre las tierras que las comunidades poseen ancestralmente, y por tanto, en función de aquellos, pretenden impedir el ejercicio de actos posesorios de las comunidades indígenas mediante la promoción de acciones civiles de desalojo y de reivindicación o incluso por medio de acciones penales (generalmente por delito de usurpación)<sup>114</sup>. Por ello, cuando la jueza advierte lo que debe entenderse por justo título, previene un juzgamiento en base a la simple existencia de estos documentos (que por otra

---

<sup>112</sup> Es de destacar que la Corte Suprema de Justicia federal argentina ha decidido reiteradamente que todos los jueces del país tienen la obligación de aplicar los tratados internacionales en las condiciones de su vigencia, tomando como guía la interpretación que hacen de ellos los órganos internacionales competentes para su aplicación. Con respecto a los pueblos indígenas, tal criterio se receptó en el fallo “Comunidad Eben Ezer” de 2008 en donde se citaron las sentencias “Awas Tingny vs. Nicaragua” y “Yakye Axa vs. Paraguay”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se determinó la aplicación del Convenio 169 de la O.I.T. En el caso del Tribunal Superior de Justicia, en el “Comunidad Mapuche Mellao Morales c/Provincia del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa” (R.I. 6941/09 en Expte. N° 2642/09 SDO ha dejado claro que todos los tribunales de esta Provincia se hallan obligados a la aplicación directa del Convenio 169 de la O.I.T. y las demás normas que resguardan los derechos humanos de los pueblos indígenas

<sup>113</sup> *Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto* (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina. En igual sentido, Juez Emilio Riat, de Bariloche, Río Negro, cuando revela en su sentencia de autos “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo”.

<sup>114</sup> Ponencia a cargo del Dr. Darío Rodríguez Duch, en las Jornadas sobre Derecho Indígena en la ciudad de Santa Fe, Argentina, 26 y 27/9/06.

parte, pudieron haberse expedido mediante fraude o engaño o con omisión de la obligación de consulta), y en cambio, atiende a la causa legítima de dicha posesión.

Siguiendo con el examen, resulta igualmente enriquecedora la sentencia T- 282/11 de la Corte Constitucional de Colombia. La sentencia cohesiona planteamientos jurisprudenciales anteriores en relación al derecho de propiedad indígena y en específico, se refiere a la posesión ancestral como título de propiedad,

“Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad<sup>115</sup>.

En lo que sigue de sus fundamentos, la Sala considera necesario citar algunas conclusiones de la Corte IDH, dando especial énfasis en lo que concierne a la posesión ancestral como título del derecho de propiedad sobre las tierras, se trata del párrafo 128 del caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay que anteriormente citamos y respecto del cual la Corte Constitucional establece las obligaciones que el Estado debe cumplir frente a la eventual pérdida de la posesión ancestral,

“De lo expuesto, cabe resaltar que la posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en caso de desplazamiento forzado), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena”<sup>116</sup>.

Lo relativo al derecho al retorno y la obtención de tierras alternativas, será examinado con posterioridad, por ahora es necesario tener presente que se trata de derechos que surgen como producto de la pérdida de la posesión ancestral, los cuales deben ser satisfechos por el Estado, pues se considera que el derecho de propiedad se mantiene aún ante la pérdida de esta posesión.

Tratándose de la recepción de la institución en Chile, por lo menos en lo que respecta al Tribunal Constitucional, el único fallo que se refiere a la propiedad indígena es la sentencia rol N°309, que sostiene que al ser el artículo 14 una norma netamente programática, no es posible considerar su ejecución con el solo mérito del tratado, por tanto a nivel constitucional el título indígena no tendría cabida,

“de la lectura de estos incisos del Convenio [artículo 14], se desprende que ellos son programáticos. En efecto, el número 1° expresa “deberán reconocerse”, “deberán tomarse medidas”, “deberá prestarse particular atención”, “los gobiernos deberán”, “deberán instituirse procedimiento

---

<sup>115</sup> Sentencia T-282 (2011), Tribunal Constitucional de Colombia.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

adecuados en el marco del sistema jurídico nacional, lo que permite concluir que tales disposiciones responden al tipo preceptos no ejecutables con el solo mérito del tratado”<sup>117</sup>

## 4.2 Uso ancestral

Un tema no resuelto del todo, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal es el tratamiento que se le debe dar al uso ancestral de la tierra que se da por temporadas y que se realiza con ánimo de señor y dueño, a propósito del cual surgen varias interrogantes.

Una primera cuestión, se encuentra vinculada con la posible imputación de abandono de las tierras que podría plantearse por parte de terceros interesados en dichos terrenos. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional de Perú es preciso al señalar que el ejercicio de estas prácticas, por ser manifestación de la identidad cultural propia de los pueblos indígenas, debe respetarse y salvaguardarse, por lo tanto, el juzgador es llamado a prescindir de la aplicación de criterios propios de un contexto urbano, pues la aplicación de estos últimos pueden llevarlo a considerar como abandonadas tierras sobre las cuales los pueblos indígenas mantienen una relación especial,

“Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio (...) frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes”<sup>118</sup>

Las razones que pueden dar lugar al uso estacional de la tierra son variadas, sin embargo lo que se destaca por el Tribunal es el respeto indistinto que se le debe dar a éste por ser producto de la costumbre de la comunidad indígena correspondiente.

Despejado este punto, cabe preguntarse una segunda cuestión relativa a la naturaleza jurídica del uso estacional. La pregunta surge porque al menos en la forma en que se expresa la jurisprudencia interamericana, el uso de la tierra constituye posesión ancestral, de modo que nace la interrogante acerca del uso “intermitente”: ¿constituye esta situación un hecho que podamos subsumir dentro de la posesión y uso ancestral a la que atribuíamos la calidad de título indígena o se trata acaso de otra clase de derecho?; y, por otro lado, ¿cuál es en esencia la diferencia entre los conceptos de ocupación y uso ancestral?

Los autores Montt y Matta realizan una clasificación de los derechos territoriales contemplados en el artículo 14 del Convenio 169 que podría brindar una respuesta. Los autores distinguen entre “propiedad tradicional”, “servidumbre tradicional” y “derecho al hábitat”, el segundo de ellos correspondería a aquel “derecho de uso no exclusivo ni excluyente sobre tierras a las que tradicionalmente los pueblos han tenido acceso para sus

<sup>117</sup> *Sentencia 309* (4 de agosto de 2009): Tribunal Constitucional de Chile, considerando 66.

<sup>118</sup> *Sentencia 0022* (9 de junio de 2010): Tribunal Constitucional de Perú, considerando 45 y 46.

actividades tradicionales y de subsistencia (esta ‘servidumbre tradicional’ es especialmente relevante tratándose de pueblos indígenas que se han dedicado al pastoreo, caza y recolección)”<sup>119</sup>.

La distinción anterior se ajusta a lo prescrito por el Convenio 169, texto que establece la obligación de tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos. No obstante, deja sin resolver aquella situación en que el pueblo indígena usa dichos territorios para actividades tradicionales o de subsistencia, desconociendo la posesión de terceros, es decir, bajo la creencia de un uso exclusivo.

Este fue el problema planteado frente al juzgado de Zapala, Argentina. El actor, Pedro Duarte, interpuso acción de interdicto de recobrar contra una comunidad mapuche, acción que tiene como objeto amparar al poseedor o tenedor de los actos materiales que lo inquieten, perturben o amenacen. La sentencia argentina desestima la acción por no haberse configurado sus requisitos de procedencia, consistente uno de ellos, en detentar la posesión “exclusiva” del bien,

“Que así las cosas, atento que la posesión ejercida por el actor y la detentada por los demandados son del mismo género (a título de dueño), que confluyen sobre una misma cosa (Fracción I del inmueble de mayor extensión), que emanan de causas opuestas (compra, en lo que respecta a Duarte; ocupación ancestral, en relación a los demandados, en su condición de miembros de una comunidad indígena) y que obra cada una en un interés separado, queda descartada la coexistencia simultánea de dichas posesiones (art. 2401, CC.) e impide tener por configurado el primer requisito para la procedencia del interdicto planteado, consistente en detentar la posesión del bien”<sup>120</sup>.

El juez en tanto reconoce que el pueblo mapuche concernido, detenta igualmente la posesión sobre las tierras en disputa, y aún más lo hace de buena fe, asume que el uso estacional de la tierra es título suficiente del derecho de propiedad. Se afirma lo anterior en atención a que la jueza da por probado que los demandados utilizan invariablemente el inmueble para la ejecución de tareas de pastoreo, dando a ese uso protección constitucional en la parte resolutive de la sentencia:

“En el particular, tratándose de una comunidad indígena, el justo título a la posesión se asienta y sostiene en la creencia de sus miembros de ser propietarios ancestrales del territorio que poseen, resultando por ende trivial desentrañar si los demandados han nacido o no en el lugar que específicamente ocupan, si han tenido en el mismo una residencia continua o si, por el contrario, ocupan el territorio en forma intermitente, como producto del traslado estacional -" veranada" - propio de las actividades de trashumancia que constituye la principal ocupación del grupo, deviniendo incluso irrelevante que uno, alguno o todos los demandados hubieran reconocido la condición de poseedor de Duarte -por lo demás, expresamente negada al responder la acción- en

---

<sup>119</sup> MONTT y MATTA, cit. (16), p.199.

<sup>120</sup> Duarte, *Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto* (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina.

virtud del carácter irrenunciable, inajenable (art. 75 inc. 17 CN.) y por ende indisponible del derecho a la posesión constitucionalmente reconocido a favor de los pueblos originarios”<sup>121</sup>

Esta decisión constituye un ejemplo de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y fue celebrado como tal por parte de las comunidades indígenas y de las organizaciones que defienden sus derechos<sup>122</sup>. Uno de los aspectos que se destaca es precisamente el reconocimiento por parte del tribunal del uso estacional como título suficiente del derecho de propiedad, respondiendo de esta forma a la segunda interrogante que nos planteamos. De este modo, según el razonamiento de este tribunal, el uso estacional no da lugar a un derecho distinto, sino que constituye, al igual que la ocupación y uso “continuo” de las tierras, fundamento del derecho de propiedad indígena, resultando irrelevante si han tenido residencia continua o no.

Ahora, como es sabido, “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”<sup>123</sup> es por eso, que ya conociendo el fundamento del derecho de propiedad indígena, pasamos a revisar las obligaciones de regularización de esta propiedad que recaen sobre los Estados.

## 5. Obligaciones estatales de delimitación, demarcación y titulación de tierras.

Estas obligaciones tienen lugar en aquellas situaciones en que una comunidad indígena, si bien cuenta con título indígena respecto de sus territorios y por tanto, es titular del

---

<sup>121</sup> *Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto* (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina.

Mismo sentido, *Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo* (12 de agosto de 2004): IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única, “Es trivial, por lo tanto, que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí o para otro, etcétera (cuestiones que fueron sometidas vanamente a prueba: fs. 299, 373, 391, 400, 421, etcétera). Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inajenable (artículo 75 -inciso 17- ya citado). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria. Y especialmente repugnante al nuevo derecho constitucional es el reproche de una supuesta interversión unilateral del título por parte del indígena porque éste, de acuerdo con la nueva Constitución, siempre poseyó por y para la comunidad. El título fue siempre el mismo; no hubo cambio ni interversión alguna.”

<sup>122</sup> “Por el uso ancestral”, de la organización ADKIMVN, extraído de <<http://adkimvn.wordpress.com/2012/11/22/por-el-uso-ancestral/>>, con fecha 2 de noviembre de 2013. En igual sentido la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI), analiza “el trascendente fallo” [http://derechosindigenas.org.ar/index.php?start=6;\\_\\_\\_Asociacion de abogados de Buenos Aires \(AABA\)<http://www.aaba.org.ar/noticia/sentencia-%E2%80%9Cduarte-pedro-c-claleo-silvia-y-otros-s-interdicto%E2%80%9D-caso-claleo-notas-remitidas-po>;](http://derechosindigenas.org.ar/index.php?start=6;___Asociacion%20de%20abogados%20de%20Buenos%20Aires%20(AABA)<http://www.aaba.org.ar/noticia/sentencia-%E2%80%9Cduarte-pedro-c-claleo-silvia-y-otros-s-interdicto%E2%80%9D-caso-claleo-notas-remitidas-po>;) Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI) <http://odhpi.org/2012/11/fallo-judicial-reconoce-derechos-mapuches-frente-a-terratiente/>

<sup>123</sup> *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, (17 de junio de 2005): Corte IDH, párr. 143.

derecho de propiedad, carece este derecho de reconocimiento oficial por parte del Estado. Como ya tuvimos oportunidad de revisar, la falta de reconocimiento estatal no es obstáculo para la existencia del derecho de propiedad, ya que la causa legítima de éste se encuentra en la ocupación y uso ejercido ancestralmente por las comunidades indígenas, teniendo la posesión tradicional, en consecuencia, efectos equivalente al título de pleno dominio que otorga el Estado<sup>124</sup>.

Sin embargo, aun cuando el reconocimiento oficial no sea requisito para la existencia misma del derecho, sí es necesario para su operatividad o efectividad, dado que, según ha sostenido la Corte IDH, al no delimitar y demarcar la propiedad comunal se viola el derecho al uso y goce sobre los bienes, pues se crea una situación de incertidumbre permanente en la comunidad (y también en los terceros), en cuanto no saben con certeza hasta donde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal, y consecuentemente, desconocen hasta donde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes<sup>125</sup>. Es por lo anterior, que el alto tribunal sostiene que la posesión tradicional otorga no solo el derecho de propiedad, sino que también concede a las comunidades el derecho a exigir el reconocimiento oficial del mismo y su registro, lo que implicara en primer término delimitar y demarcar sus tierras<sup>126</sup>.

En cuanto a lo prescrito por el Convenio N° 169, el tratado establece en su artículo 14 n° 2 que los Estados deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. La determinación de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades, se realiza mediante un proceso al que se le denomina genéricamente como proceso de *regularización* de tierras indígenas, y que contempla las etapas de identificación, demarcación y titulación. A propósito de este procedimiento, los órganos de control de la OIT han sostenido que su objeto no es sólo garantizar el derecho de propiedad y posesión, sino también la propia sobrevivencia de los pueblos indígenas como tales y su continuidad histórica<sup>127</sup>.

En definitiva, según los estándares internacionales, las obligaciones de delimitación, demarcación y titulación derivan del derecho de propiedad, pues tienen por objeto proteger y garantizar el goce efectivo del mismo. El cumplimiento de estas obligaciones se lleva a cabo mediante un procedimiento que deberá ser regulado por el Estado con participación de los pueblos indígenas<sup>128</sup>. El procedimiento puede ser de carácter judicial o administrativo, según lo determine el Estado; en cualquiera de los casos se trata de un proceso complejo que necesariamente tomará tiempo para su conclusión, por lo que se aconseja al ente

---

<sup>124</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte IDH, párr. 128.

<sup>125</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH, párrafo 153.

<sup>126</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte IDH, párr. 128.

<sup>127</sup> Documento GB. 299/6/1, párrafo 44.

<sup>128</sup> Documento GB. 272/7/2 párrafo 34.

encargado que durante su desarrollo adopte medidas transitorias que estén encaminadas a proteger el derecho de propiedad<sup>129</sup>. Por último, a este procedimiento se le aplican las garantías del debido proceso, siendo particularmente importante el derecho a un plazo razonable<sup>130</sup>.

Establecido este marco ideal, pasaremos a revisar los aportes de la jurisprudencia constitucional en esta materia sobre algunos puntos en particular, cuales son: determinación de la titularidad de los derechos de delimitación y titularización, finalidad de los procedimientos, gestiones a cumplirse en los procedimientos y aplicación del derecho al debido proceso.

### 5.1 Determinación de la titularidad de los derechos de delimitación y titularización

La sentencia N° 00024-2009-AI del Tribunal Constitucional de Perú recoge lo planteado por la Corte IDH reconociendo como consecuencia del derecho de propiedad comunal la titularidad de la comunidad del derecho a exigir reconocimiento oficial de su propiedad y registro, en palabras del Tribunal,

“Desde luego, el carácter especial y, al mismo tiempo, relacional del derecho a la propiedad comunal, acarrea determinadas consecuencias. En ese sentido, como ha indicado la Corte Interamericana, la posesión tradicional resulta equivalente al título de pleno dominio otorgado por el Estado, por lo que los indígenas tienen el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad y su registro”<sup>131</sup>.

Según lo anterior, si se prueba la ocupación tradicional se reconoce la titularidad del derecho de propiedad y consecuentemente la titularidad de los derechos de delimitación, demarcación y titularización de las tierras.

En este último sentido se manifestó el Juzgado Federal de Orán, Argentina, conociendo de un recurso de apelación<sup>132</sup> de una acción de amparo. La acción se sustenta en la omisión del Estado en garantizar la vigencia del derecho de propiedad de las comunidades indígenas actoras, desatención materializada según éstas, en la falta de demarcación y titularización de las tierras que ocupan. El Tribunal, para dar por probada la titularidad de los derechos se vale principalmente de informes antropológicos, de organismos públicos y declaraciones testimoniales, señalando que,

---

<sup>129</sup> Documento GB. 299/6/1, párrafo 45. Reiteración en Comisión de Expertos, 99ª reunión, 2009, Observación, Guatemala, publicación 2010.

<sup>130</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH, párrafo 137.

<sup>131</sup> *Sentencia N° 00024-2009-AI* (26 de julio de 2011): Tribunal Constitucional de Perú, fundamento 20.

<sup>132</sup> En primera instancia, el juez resuelve rechazar el amparo en atención a que las amparistas no agotaron la vía administrativa, puntualizando además que lo pretendido por las comunidades actoras requiere de mayor amplitud de debate y prueba, ya que los derechos supuestamente vulnerados por la omisión del Estado no resultan de una certeza concluyente en cuanto a su extensión y amplitud, debiendo recurrir a un procedimiento de conocimiento amplio.

“se encuentra verificada la condición de las actoras como comunidades indígenas preexistentes; la ocupación tradicional y actual de las tierras en las que se hayan instaladas y la estrecha relación que tienen con ellas y los recursos naturales, vínculo que conlleva a su identidad y cultura.- De lo precedentemente expuesto puede afirmarse que en los términos de las normas legales citadas las accionantes resultan ser titulares de los derechos a la determinación y regularización dominial de las extensiones que ocupan”<sup>133</sup>

Este pronunciamiento cobra mayor trascendencia si consideramos lo que se dijo en primera instancia respecto de la existencia misma de estos derechos. El tribunal *a quo*, en presencia de la misma prueba rendida, considera que “la vía [amparo] deviene improcedente ante la inexistencia de un derecho cierto y líquido”<sup>134</sup>, pues la ocupación tradicional ejercida por la comunidad (el título indígena) no generaría un derecho cierto y líquido, siguiendo este razonamiento, mucho menos se podría sostener la titularidad respecto de los derechos de demarcación y regularización.

En conclusión, la titularidad de los derechos de delimitación, demarcación y titularización se relacionan directamente con el reconocimiento del derecho de propiedad, por tanto, cobrará en esta materia importancia la posición que tenga el tribunal respecto de la institución de título indígena, ya que ante la falta de reconocimiento oficial por parte del Estado, la circunstancia de adoptar o no esta institución determina la existencia del derecho.

## 5.2 Finalidad de los procedimientos

A saber, los procedimientos de delimitación y titularización tienen como finalidad principal la protección del derecho de propiedad. Sin embargo, desde otra perspectiva pueden cumplir más de alguna función.

La Corte Constitucional de Colombia, revisando la decisión por la cual la Corte Suprema de Justicia negó el amparo al derecho de propiedad colectiva, reitera jurisprudencia y advierte sobre la importancia del derecho de delimitación del territorio para la mantención del carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, haciendo notar las consecuencias que tendría su desatención, por cuanto,

4.8. La Corte reitera de esa manera, (...) (ii) que el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas, como ya se ha dicho, reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional al ser esencial para la preservación de las culturas y los valores espirituales de estos pueblos. Por ende, el dominio comunitario sobre tales territorios debe ser definido claramente por el Estado, en tanto su desconocimiento quebrantaría de manera grave la identidad misma de la comunidad, implicaría ruptura del principio constitucional que la reconoce y, en el fondo, llevaría a destruir la independencia que los caracteriza, con notorio daño para la conservación y adecuado desarrollo de sus

---

<sup>133</sup> *Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ Amparo* (23 de febrero de 2011): Juzgado Federal de Orán, Expte. N° 330/10.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

culturas y creencias. Atendiendo lo reseñado, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, el Estado Colombiano como Estado parte de la Convención se ve obligado a asegurarle a esta comunidad, la protección efectiva de su derecho de propiedad<sup>135</sup>.

La sentencia 00022-2009 del Tribunal Constitucional de Perú, destaca la conveniencia de la delimitación de los territorios indígenas. Como ya hemos dicho, una cuestión inherente a estos procedimientos es otorgar protección y seguridad jurídica al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, pero además de esta importante función, estos procesos otorgan seguridad a los agentes económicos que decidan emprender actividades de exploración o explotación de recursos naturales, ya que estos conocerán las normas especiales aplicables a la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas,

“Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso”<sup>136</sup>.

### 5.3 Gestiones a cumplirse en los procedimientos

Como reconocen los estándares internacionales, los procedimientos son complejos y requieren de tiempo, pero, además, necesitan de la inclusión de gestiones administrativas que tengan por finalidad lograr una precisa determinación del territorio.

La sentencia T- 433/11 de la Corte Constitucional de Colombia resolvió conceder la tutela del derecho de propiedad indígena y ordenó, en consecuencia, la realización de estudios que deben incluirse en el procedimiento de determinación del territorio indígena,

“Por todo lo anterior, se revocará el fallo de segunda instancia para conceder el amparo solicitado y ordenar al INCODER, única entidad de las accionadas que tiene la competencia para ello, que continúe el proceso de reconocimiento del resguardo Embera Dobida de Eyakera, contando con la participación de la comunidad indígena, y con la realización de un estudio técnico y socioeconómico que permita definir el área que corresponda a la comunidad, se realicen los estudios respecto a los títulos de dichos predios, se verifique si los mismos son continuos y si en el área baldía a legalizar hay presencia de colonos”<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Sentencia T-433 (año 2011): Corte Constitucional de Colombia, fundamento 4.8.

<sup>136</sup> Sentencia 00022-2009-PI (9 de junio de 2010): Tribunal Constitucional de Perú, fundamento 44.

<sup>137</sup> Sentencia T- 433/11, (23 de mayo de 2011): Corte Constitucional de Colombia.

El procedimiento de regularización es complejo, pues implica el cumplimiento de varias etapas que son necesarias para la efectiva protección del derecho de propiedad, entre ellas, debe cumplirse con la inclusión de estudios técnicos y socioeconómicos, estudios sobre los títulos y la presencia de colonos, así como también se debe contar con la participación de la comunidad indígena.

En directa relación, es menester recordar lo visto en el acápite Objeto, respecto de la ampliación de los territorios en función de las necesidades que se presentan con el paso del tiempo, situación análoga a los procedimiento de regularización de las tierras.

La sentencia T-009/13 pronunciada por la Corte constitucional de Colombia señala,

“Así las cosas, teniendo en cuenta el significado de la propiedad colectiva, para lograr una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas, es necesario que el Estado, en primera medida, reconozca a las comunidades indígenas y tribales un territorio colectivo en el que desarrollen su cultura y su proyecto de vida, y en segunda medida, garantice, en el marco de los procesos de delimitación territorial, exploración y explotación de recursos naturales en tierras comunales, la participación de los interesados en la adopción de medidas tendientes a desarrollar y garantizar las formas de vida de los miembros de las comunidades indígenas, a partir del reconocimiento de su concepto dinámico de territorio”<sup>138</sup>.

Esta misma Corporación en el fallo T- 129 de 2011, se refiere a las gestiones y estudios que el INCODER<sup>139</sup> debe efectuar,

“le compete [al Instituto] adelantar estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierras de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relaciones con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras. Al igual que el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad; la calidad, condiciones agrológicas y uso de los suelos; el tamaño y distribución de la población, su situación socioeconómica y cultural. Referencias que permiten al Instituto obtener una visión clara y preciso de un determinado territorio y de su población”<sup>140</sup>

A modo de síntesis, el procedimiento de regularización debe necesariamente llevarse a cabo con la participación de la comunidad indígena concernida y cumplir con diversas gestiones. Algunas gestiones tendrán como función velar por una demarcación acorde a las reclamaciones y necesidades del pueblo indígena, o velar para que delimitación respete las costumbres y el uso que los pueblos indígenas le dan a la tierra, mientras que otras tendrán por objeto precaver conflictos futuros o (solucionar los actuales) con terceros que puedan atribuirse algún derecho sobre las tierras. De este modo, aun cuando la inclusión de estas gestiones incida en el tiempo que deba prolongarse el procedimiento en general, su ejecución es de suma importancia, tanto para los pueblos indígenas como para terceros

---

<sup>138</sup> *Sentencia T-009/13*, (21 de enero de 2013): Corte Constitucional de Colombia.

<sup>139</sup> Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

<sup>140</sup> *Sentencia T- 129* (3 de marzo de 2011): Corte Constitucional de Colombia.

interesados, ya que es la instancia precisa para plantear las oposiciones o discrepancias, pero por sobre todo, porque a este procedimiento, por ser de aquellos que pueden con su decisión afectar los derechos de las personas<sup>141</sup>, se le aplican las garantías del debido proceso, y estas gestiones habilitan una instancia para ser oídos y ofrecer y producir pruebas si fuera necesario.

#### 5.4 Aplicación del derecho al debido proceso. Plazo razonable.

Los órganos interamericanos de protección han examinado los procedimientos de delimitación, demarcación y titularización a la luz de los requisitos de efectividad y plazo razonable, aplicando los derechos al debido proceso legal y a las garantías judiciales establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana<sup>142</sup>.

Asimismo, consideran que no es suficiente que haya normas jurídicas que reconozcan y protejan la propiedad indígena, sino que deben existir procedimientos específicos y efectivos (distintos a los establecidos para la población en general) que ofrezcan una posibilidad real de que los miembros de los pueblos indígenas recuperen sus tierras tradicionales<sup>143</sup>.

La sentencia T-433/11 de Colombia reconoce la aplicación del derecho al debido proceso a los procedimientos de regularización de la propiedad indígena, y sostiene al respecto lo siguiente respecto del plazo razonable,

“el derecho al debido proceso administrativo puede verse infringido ante dilaciones administrativas que perpetúen la incertidumbre de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, por la indefinición de la titulación que les corresponde culminar. Recuérdese que al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso administrativo puede verse alterado, en su arista de “dilaciones injustificadas” en la toma de decisiones que como en este caso, competen al Estado. Por ello, es imperioso ordenarle al INCODER que agilice el trámite de titulación sobre el resguardo “Embera Dobida de Eyakera, debido a que las demoras en la culminación del proceso les ocasionaría perjuicios irremediables, como ya se indicó”<sup>144</sup>.

En esta línea, el Juzgado Federal de Orán, Argentina, considera que el Estado con su inacción arbitraria ha vulnerado los derechos de delimitación y demarcación. La situación que se presenta en este caso es la siguiente: en el marco de la legislación nacional se fijó un plazo máximo al año 2013 para regularizar lo atinente a la propiedad indígena, sin embargo, tratándose de la provincia donde se verifica el conflicto, existía un acuerdo con la Nación dirigido a completar la tarea en un plazo menor. En este contexto se pronuncia el tribunal, de la siguiente forma,

---

<sup>141</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (12), párr..338

<sup>142</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH, párrafo 114; y *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH, párrafo 104.

<sup>143</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (12), párr..336.

<sup>144</sup> *Sentencia T-433* (año 2011): Corte Constitucional de Colombia.

“Obsérvese en primer término que, como se anticipó, el plazo vigente para las partes en virtud del acuerdo Nación- Provincia se halla cumplido. Pero si por hipótesis no se siguiera éste sino el Nacional, aun cuando no se encuentre vencido el término otorgado por la ley 26.554 a la Administración para regularizar la situación territorial de las comunidades indígenas, éste se presenta como excesivo a la luz de las referidas circunstancias del caso particular y de la jurisprudencia sobre la materia, entre la que se destaca la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos según la cual “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias de los pueblos indígenas, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad”<sup>145</sup>

Este pronunciamiento debemos contrastarlo con lo fallado por el tribunal *a quo*. En primera instancia se rechazó el amparo presentado, ya que, entre otras cosas, este tribunal sostuvo que “no se desconocen los legítimos derechos de los cuales podrían ser titulares las Comunidades de mención, como así tampoco el marco jurídico que las ampara y su consagración constitucional”. Por lo tanto, podemos inferir, que para el tribunal *ad quem* no basta con el “no desconocimiento”, sino que, para que se entienda que no están siendo vulnerados los derechos en cuestión, se debe propender a su protección efectiva reflejada en acciones concretas. En virtud de esta última consideración, no es razonable esperar hasta que trascurra el plazo nacional, ya que de aguardar, los desmontes de los que son víctimas estas comunidades seguirían produciéndose en su territorio, violando de esta forma su derecho de propiedad.

En la causa *Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros c/Estado Provincial*, se resuelve una acción de amparo, y se establecen criterios en cuanto al plazo necesario para efectuar la regularización de la propiedad indígena. En esta causa, al igual que en la anterior se le imputa al Estado una conducta omisiva y arbitraria, dado que,

“sin perjuicio de que el Estado ha venido avanzando en la concreción de algunas actividades enderezadas a la efectiva determinación y reconocimiento de los derechos de las comunidades originarias, igualmente son reales las demoras (...), que por haber excedido sobradamente toda expectativa razonable, el transcurso de una década conforma una inacción injustificada, reprochable de la administración que necesariamente erige en agravio manifiesto de los derechos supraleales establecidos a favor de las comunidades aborígenes actoras.- (...) de ninguna manera ha probado en autos [el Estado] ni la existencia de impedimentos técnicos o de fuerza mayor, ni la materialización de cursos de acción razonablemente aptos para concretar en tan extenso lapso las diversas medidas tendientes a adjudicar las tierras en cuestión”<sup>146</sup>

Los anteriores criterios los podemos vincular con la garantía del plazo razonable. Al primero de ellos lo llamaremos, criterio de la expectativa razonable. Por tanto, para evaluar el tiempo transcurrido, debemos establecer una relación entre las gestiones que han de realizarse y la expectativa que existe en cuanto a su demora. Al tribunal le consta que los

---

<sup>145</sup> *Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ Amparo* (23 de febrero de 2011): Juzgado Federal de Orán, Expte. N° 330/10.

<sup>146</sup> *Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros c/Estado Provincial* (2 de mayo de 2006): Tribunal Contencioso Administrativo, Argentina (expediente núm. 8-105.437/03).

procedimientos de regularización requieren de tiempo, sin embargo el transcurso de una década, considerando los estudios y gestiones que se deben realizar, excede sobradamente toda expectativa razonable.

El segundo de ellos, si bien se utiliza para verificar si existe o no omisión, también puede relacionarse con la garantía del plazo razonable, se trata del criterio de “ausencia de imposibilidad”. Por este criterio, se podría justificar las demoras en la conclusión del procedimiento si se probara la existencia de una imposibilidad técnica, material, o jurídica, coetánea o sobreviniente de cumplir con el deber jurídico. Como vemos del caso expuesto, el Estado no ha probado la existencia de estas imposibilidades, por lo que sólo permanece vigente el primer criterio para juzgar la razonabilidad del tiempo transcurrido.

Criterios similares utiliza la Corte IDH en el caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Para la Corte la sola demora prolongada constituye en principio una violación a las garantías judiciales. No obstante, la violación referida puede ser desvirtuada por el Estado si expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes del mismo<sup>147</sup>.

En general, a los procedimientos de regularización se le aplican las garantías del debido proceso, sea que éste se trate de un procedimiento administrativo o judicial. Como señala la CIDH en virtud de los artículos 25 y 8.1 de la Convención Americana y del Convenio 169 “el Estado tiene la obligación de proveer a la comunidad indígena (...) de un recurso efectivo para solucionar su reclamación territorial, de garantizar que la Comunidad sea oída con las debidas garantías y de determinar un plazo razonable para garantizar los derechos y obligaciones sometidos a su jurisdicción”<sup>148</sup>.

A través de estos procedimientos se garantiza la protección del derecho de propiedad, por lo tanto, la forma en que se lleven a cabo será determinante para el efectivo cumplimiento y protección de ese derecho, a saber, un procedimiento que no oiga a la comunidad ni respete sus costumbres no es acorde a la finalidad de este procedimiento, tampoco lo será aquel que no se lleve a cabo en un plazo razonable o no sea efectivo, ni aquel que no cree las instancias para oponerse a una decisión o aportar nuevos antecedentes. Por tanto como es dable reiterar, el solo establecimiento de un procedimiento no satisface las exigencias que demanda la efectiva protección del derecho de propiedad, sino que es necesario tomar aún más resguardos para dar cumplimiento a la obligación convencional adoptada por los Estados.

---

<sup>147</sup> *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH, párrafo 86.

<sup>148</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (12), párr. 131.

## 6. Pérdida de la posesión

En este apartado utilizaremos como guía el párrafo 128 de la sentencia recaída en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, pronunciada por la Corte IDH. Sobre los numerales 1) y 2) de dicho párrafo ya nos referimos en el acápite referente al título indígena, y a continuación nos avocaremos a la revisión de los numerales que le prosiguen, los cuales establecen lo siguiente:

“3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”<sup>149</sup>.

A continuación replantearé este párrafo con el objeto de distinguir dos situaciones: primero, aquellas en que la pérdida de la posesión implica pérdida del derecho de propiedad indígena; y segundo, aquellas situaciones en que el derecho de propiedad se mantiene. Asimismo, revisaremos las acciones que el pueblo indígena tiene en cada caso.

Para examinar lo antes dicho es recomendable imaginar una línea de tiempo. El primer hecho en esta línea de tiempo lo representaremos con un pueblo indígena titular del derecho de propiedad, que ocupa y usa sus tierras tradicionales de manera pacífica y sin turbaciones. Un segundo hecho está representado por la pérdida involuntaria de la posesión material de dichas tierras. Esta pérdida puede tener su origen en diversas situaciones, a saber:

- A) desplazamiento forzoso por conflicto armado o catástrofes naturales,
- B) ocupación de las tierras por terceros que se aprovechan de las costumbres de los pueblos o del desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, y
- C) adjudicaciones o concesiones otorgadas por el Estado a terceros.

En todos estos casos existe pérdida de la posesión material, sin embargo, el derecho de propiedad se mantiene. Para recuperar la posesión los pueblos indígenas tienen a su disposición distintas acciones y derechos. Tratándose del caso A), las comunidades son titulares del derecho de retorno contemplado en el artículo 16.3 del Convenio 169. En el supuesto del caso B), los pueblos indígenas podrían valerse de las acciones posesorias contempladas en el código civil; o bien, el procedimiento de reivindicación al que se refiere el artículo 14.3 del Convenio 169 (en el caso que el Estado lo hubiese implementado) o, en caso de que la comunidad no ejerza acciones legales y sea el tercero quien ventile el

---

<sup>149</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte IDH, párr. 128.

conflicto ante tribunales, queda a su disposición la excepción de inoponibilidad. La comunidad podría también ejercer una acción penal si la conducta del tercero fuera típica respecto de algún delito (tal como usurpación o estafa) o bien, preferir la aplicación de las sanciones a las que se refiere el artículo 18 del Convenio 169 (nuevamente, siempre que el Estado las haya previsto). Finalmente, siempre estará a su disposición la acción de amparo (o recurso de protección en Chile).

Finalmente, en lo que respecta al caso C), se debe realizar una distinción, puesto que la legalidad de esos actos administrativos dependerá especialmente de si se dio cumplimiento a la obligación de consulta previa y del derecho a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios. En el caso en que no se haya dado cumplimiento, el pueblo indígena podrá impugnar dichos actos por medio de recursos administrativos, nulidad de derecho público o recurso de protección.

Retomando la línea de tiempo, existe un último hecho, que trata de aquella situación que sucede a la pérdida involuntaria de la posesión y que implica pérdida del derecho de propiedad. Para que hablemos de pérdida del derecho de propiedad se deben dar dos requisitos copulativos: el primero de ellos es que las tierras hayan sido legítimamente trasladadas; y el segundo, es que esta transferencia se realice a terceros de buena fe. Concurriendo estos requisitos, el pueblo indígena ha perdido su derecho de propiedad.

Sin embargo, tal como señala la Corte IDH, el pueblo indígena que se halle en la situación antes descrita es titular del derecho de recuperación de sus tierras y/o del derecho a obtener tierras alternativas, de igual extensión y calidad (éste último es de carácter excepcional, pues solo tiene lugar cuando la recuperación de las tierras se torna imposible por razones fundamentadas, aunque en todo caso, el pueblo indígena podría concebirlo como opción preferente).

#### 6.1 Derecho de retorno.

El derecho de retorno, como ya mencionamos, está reservado para aquellas situaciones en que el pueblo indígena debió abandonar sus tierras por motivos de fuerza mayor, como sucede por ejemplo, en caso de conflictos armados, catástrofes naturales o emergencias sanitarias. Si el hecho que motivó el traslado cesa, las comunidades tienen derecho a retornar a sus tierras. En cambio, cuando el retorno es imposible deberán recibir tierras alternativas que permitan mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida buena<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> *Sentencia T-282* (año 2011): Corte Constitucional del Colombia.

Es a esta situación a la que se refiere el artículo 16, en específico los párrafos 3 y 4 del Convenio 169<sup>151</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-282/11 resuelve una acción de amparo por la que se pretende suspender una orden de desalojo dirigida contra comunidades indígenas asentadas en propiedad del Estado. Éstas últimas abandonaron su territorio por causa del conflicto armado, por lo que la Corte deberá analizar lo atinente al derecho a retorno,

“4. En relación con las poblaciones indígenas desplazadas o trasladadas de su territorio por motivos de fuerza mayor, el Convenio 169 de 1989 establece el derecho al retorno de la comunidad a su hábitat ancestral y, en caso de que este sea imposible, el deber estatal de entregar tierras de igual o mejor calidad y estatuto jurídico de las que poseía la comunidad antes del desplazamiento, lo que debe realizarse de forma consensuada con los afectados. (Convenio 169, artículo 16.4)”<sup>152</sup>.

La Corte, para analizar la eficacia del derecho al retorno ordena analizar los siguientes aspectos:

“la eficacia del derecho al retorno depende de varios factores, entre los que cabe destacar: (i) la situación de orden público del lugar de origen, así como la existencia o inexistencia de conflictos de hecho y de derecho con propietarios, poseedores o tenedores privados; (ii) la voluntad de retorno del grupo de personas en situación de desplazamiento; y (iii) que el Estado es el obligado a garantizar el derecho al retorno en condiciones adecuadas para las víctimas de desplazamiento forzado”<sup>153</sup>.

Si de la aplicación de estos criterios, resulta no ser posible el retorno de las comunidades, entonces el Estado deberá dar cumplimiento a la obligación convencional de entregar tierras alternativas de igual o superior calidad y estatus jurídico<sup>154</sup>.

## 6.2 Reivindicación e inoponibilidad

Es importante recordar el supuesto bajo el cual nos encontramos, ya que estas instituciones tienen lugar siempre que se trate de pueblos indígenas que hayan perdido la posesión material de sus tierras total o parcialmente, pero no obstante esto, conserven el derecho de propiedad y por tanto la posibilidad de reivindicar sus tierras.

---

<sup>151</sup> Artículo 16. 3. *Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.*

4. *Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas.*

<sup>152</sup> *Sentencia T-282* (año 2011): Corte Constitucional de Colombia, antecedentes N°4

<sup>153</sup> *Sentencia T-282* (año 2011): Corte Constitucional de Colombia, “análisis del caso concreto” N° 18.1

<sup>154</sup> *Sentencia T-282* (año 2011): Corte Constitucional de Colombia, “análisis del caso concreto” N° 20.4

En cuanto a la reivindicación, el artículo 14.3 del Convenio 169 dispone lo siguiente: “3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados*”. De la disposición se infiere que la posibilidad de solucionar los problemas de reivindicaciones de los pueblos indígenas depende de que el Estado instituya procedimientos especiales que recojan las particularidades de los pueblos indígenas, (en específico su situación de especial vulnerabilidad y su derecho consuetudinario). En el caso que el Estado no cumpla la obligación convencional de proveer este procedimiento, el pueblo indígena podría valerse del ejercicio de la acción reivindicatoria del código civil u otras acciones posesorias.

Respecto de este punto es necesario advertir que en esta parte nos alejamos de la interpretación que hace la CIDH de esta norma. La Comisión no realiza distinción entre el derecho de recuperación y el derecho de reivindicación<sup>155</sup>, por el contrario, los asimila<sup>156</sup>. Sin embargo, no compartimos dicha postura, y la razón: el uso de los términos. El término reivindicar se utiliza para referirse a la acción de “reclamar algo a lo que se cree tener derecho”<sup>157</sup>, asimismo la acción reivindicatoria tiene como presupuesto la titularidad del derecho de propiedad. Por tanto, cuando el pueblo indígena pretende reivindicar sus tierras, no está persiguiendo la recuperación del derecho, pues entiende que es titular indiscutido del derecho de propiedad, sino que está exigiendo la restitución de sus territorios. En consecuencia, creemos que se tratan de instituciones que responden a distintos supuestos, en un supuesto el pueblo indígena es titular del derecho de propiedad, y en el otro, el pueblo indígena ha perdido el derecho e intenta recuperarlo, de modo que si fallan las vías encaminadas a recuperarlo, tienen derecho a recibir tierras alternativas. El derecho a recibir tierras alternativas no se contempla en el procedimiento de reivindicación, pues no hay razones jurídicas para no restituir las tierras a su dueño si se cumplen con los requisitos.

En cuanto a la inoponibilidad, nos referiremos a ella en atención a que algunos tribunales argentinos la han aceptado como defensa en los juicios que van dirigidos contra comunidades indígenas. A saber, en el caso Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/

---

<sup>155</sup> En cuanto a la Corte IDH, por medio de sus pronunciamientos ha ido distinguiendo entre estos derechos, lo que es posible notar de la lectura de los casos Yakyé Axa y Sawhoyamaxa. En el primero de ellos, la Corte IDH usa indistintamente los términos reivindicación y recuperación para referirse al derecho que le asiste a la comunidad para recuperar sus tierras de manos de terceros propietarios, incluso al referirse a la reivindicación se plantea la posibilidad de expropiación, lo que resulta contradictorio, puesto que, si la comunidad está reivindicando sus territorios es bajo el presupuesto de que son los únicos propietarios (párrafos 141, 143, 217). En cambio, en el caso Sawhoyamaxa, la Corte en su párrafo 128 sienta la base de la distinción que estamos realizando, singularizando el derecho que le asiste a los pueblos que han perdido su propiedad como “derecho de recuperación” y no de reivindicación.

<sup>156</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (12), párr. 131.

<sup>157</sup> Definición extraída de la Real Academia de la Lengua Española, en su primera acepción (las otras acepciones son: 2. Argumentar en favor de algo o de alguien; 3. Reclamar para sí la autoría de una acción; 4. Reclamar o recuperar alguien lo que por razón de dominio, cuasi dominio u otro motivo le pertenece). Disponible en la página oficial y diccionario de la RAE, con fecha 21 de diciembre de 2013: <<http://lema.rae.es/drae/?val=reivindicar>>).

interdicto, el tribunal dispuso que el título de propiedad que ostenta el demandante no le es oponible a la comunidad aborigen por no haberse expedido conforme al artículo 6.1 del Convenio N°169,

“Que no obsta a tal conclusión la condición de propietario del inmueble que reviste el actor pues, como el conflicto suscitado envuelve y compromete derechos de ocupación de la tierra por parte de integrantes del pueblo indígena mapuche; la expedición del título de propiedad a Duarte -que debió ser precedida de la previa consulta a los pueblos interesados a quienes su otorgamiento afectare en forma directa (art. 6.1.a), Convenio 169 OIT)- con fundamento en las disposiciones de la Ley de Tierras Fiscales Provinciales N° 263 y Ley sobre Tierras Fiscales Rurales N° 1306, resulta inoponible a los demandados por contravenir normas jerárquicamente superiores que amparan la posesión y propiedad de territorios ocupados por comunidades indígenas”<sup>158</sup>

Por lo tanto, en este caso la causa de inoponibilidad es la falta de consulta. En un sentido similar, en la causa Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo, el tribunal sostiene que la causa de la inoponibilidad es el carácter de indisponible del derecho de propiedad indígena conjugado con la preexistencia de la posesión del demandado,

“Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable (artículo 75 -inciso 17- ya citado). Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad.- 7º) Que, de todos modos, el desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió (art. artículo 2789 del código civil).<sup>159</sup>

### 6.3 Derecho de recuperación

El derecho de recuperación tiene lugar en aquellos casos en que la comunidad indígena ha perdido el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales, por haber sido éstas trasladadas legítimamente a terceros de buena fe<sup>160</sup>.

Respecto a este tema, la jurisprudencia constitucional ha sido poco generosa, por lo que principalmente haremos referencia a lo asentado por la jurisprudencia interamericana.

En cuanto a la limitación temporal de este derecho, la Corte IDH en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006) puntualiza que para dilucidar este asunto se debe tomar en cuenta que la base espiritual de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su especial relación con sus tierras tradicionales, por lo tanto,

---

<sup>158</sup> Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina.

<sup>159</sup> Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo (12 de agosto de 2004): IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única.

<sup>160</sup> Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 128.

mientras esa relación exista, el derecho de recuperación permanecerá vigente. Por el contrario, si la relación desaparece, el derecho se extinguirá<sup>161</sup>.

La existencia de la relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena que se trate, como por ejemplo, a través del uso y presencia tradicional, asentamiento o cultivos esporádicos, lazos espirituales o ceremoniales, recolección estacional o pesca, etc<sup>162</sup>. Además, la relación debe ser posible, de modo que si los indígenas se ven imposibilitados de realizar estas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, ya sea por el ejercicio de violencia o amenazas en su contra, se entenderá que “el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”<sup>163</sup>.

Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales está vigente, corresponde al Estado iniciar los procedimientos necesarios para devolverlas al pueblo que las reclama. No obstante, si el Estado se ve imposibilitado de devolverlas, por motivos objetivos y fundamentados, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad. La elección de estas tierras deberá resolverse de manera consensuada con la comunidad correspondiente<sup>164</sup>.

Es necesario resaltar que la Corte IDH considera que “el hecho de que las tierras tradicionales de la Comunidad se encuentre en manos privadas, o el hecho de que tales tierras estén racionalmente explotadas, no son *per se* motivos ‘objetivos y fundamentados’ que impidan su devolución”<sup>165</sup>. De lo contrario, el derecho de recuperación carecería de sentido, y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias<sup>166</sup>.

#### Procedimientos para recuperación de tierras: expropiación.

Dentro de los procedimientos que el Estado puede iniciar para la recuperación de las tierras se encuentra la compra de los territorios a los actuales propietarios y la expropiación en caso de que no se pueda llegar a acuerdo con los últimos. A continuación pasaremos a revisar lo que los tribunales constitucionales han dicho sobre el mecanismo de la expropiación.

---

*Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 131.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 132.

<sup>164</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 135.

<sup>165</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 214.

<sup>166</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 138.

Si bien una de las vías que tienen los Estados para la recuperación de las tierras tradicionales es mediante la expropiación, este mecanismo no está desprovisto de cuestionamientos.

Un primer tipo de cuestionamiento dice relación con la aplicación misma de la institución como medio para conseguir la restitución de las tierras ancestrales.

La sentencia Rol N° 309 del Tribunal Constitucional de Chile debía pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 14 del Convenio N°169, y en específico, sobre si la expropiación sería un procedimiento constitucionalmente idóneo para obtener la recuperación de las tierras ancestrales:

“en relación a la necesidad de expropiar tierras para ser entregadas a los pueblos indígenas, (...) debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas, deben ajustarse al marco del sistema jurídico nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto”

Como se desprende de la lectura del extracto, el Tribunal Constitucional chileno formaría parte de la postura que niega la posibilidad de expropiar tierras en favor de los pueblos indígenas. Sin embargo, esto no es categórico, ya que no aclara si la inconstitucionalidad de la aplicación de este procedimiento se subsanaría con la dictación de un ley general o específica que cumpla con los requisitos constitucionales o, si en ningún caso podría ser éste un procedimiento idóneo para la recuperación de las tierras por no satisfacer el requisito de que se realice por causa de utilidad pública o interés nacional. No obstante, del contexto de la sentencia, pareciera adherir a la tesis de los requirentes en cuanto las expropiaciones a solicitud de un ente colectivo y en su propio beneficio transgrede el marco conceptual de la expropiación en Chile<sup>167</sup>.

Postura contraria mantiene la Corte IDH en la sentencia Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay al sostener que el Estado “deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”<sup>168</sup>; en tanto considera que la recuperación de las tierras cumple un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En esta misma línea se puede mencionar lo descrito en la sentencia “Comunidad Kolla de los Naranjos del Departamento de Orán c/ Estado Nacional s/ Medida cautelar”,

“la ley 24.242 (B.O.2/11/93) declaró de utilidad pública la expropiación de las tierras del departamento de Orán destinadas a las comunidades aborígenes del pueblo Kolla (art. 1) y estableció que “el Poder Ejecutivo Nacional dispondrá la transferencia de las tierras expropiadas a la autoridad de aplicación creada por la ley 23.302, la que adjudicará las mismas en propiedad a las comunidades aborígenes del pueblo Kolla actualmente radicadas dentro de los límites de la finca (...) que son:

---

<sup>167</sup> *Sentencia 309* (4 de agosto de 2009): Tribunal Constitucional de Chile.

<sup>168</sup> *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH, párrafo 217.

comunidad de ‘Los Naranjos’, de ‘Río Blanquito’ y de ‘Angosto de Paraná’ en los términos de los arts. 8 a 12 de la citada ley”<sup>169</sup>

Un segundo tipo de controversia lo representa la consideración de la extensión de los terrenos sujetos a expropiación, en específico se cuestiona la aplicación del principio de razonabilidad.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un fiscal del Estado Argentino contra una ley expropiatoria que abarca tres cuartas partes del departamento de Lavalle, en que aduce se violaría el principio de razonabilidad, al ser una magnitud injustificada, puesto que aún no se determinaría cuantas comunidades y personas se encuentran asentados en la zona, ni su lugar exacto de asentamiento; sosteniendo además que,

“La afectación realizada por el Poder Legislativo se encuentra viciada atento que la misma ha excedido el fin que invoca y ha desconocido las tradiciones culturales de los descendientes de los huarpes al concederle las tierras a las comunidades y no a sus beneficiarios directos”

Frente a esto, la Excma. Suprema Corte de Justicia señala:

“Cabe consignar como base del razonamiento que es privativo de los poderes autores de la legislación el ponderar adecuadamente cuál es la extensión apropiada para cumplir los fines de utilidad pública que inspiran el dictado de la ley(...)Únicamente en el exceso evidente, debidamente demostrado a través de los medios probatorios a su disposición, este Poder Judicial podría establecer la presencia de algunos de los vicios propios de la actividad discrecional como son la irracionalidad y la desviación de poder (...)Y aquí es donde tampoco se observa el exceso pretendido. La prueba aportada deja claramente establecido que la unidad productiva no es la tradicional propia del valle productivo bajo riego de nuestra provincia o de los oasis irrigados con que, en escasa cantidad, cuenta el territorio provincial. Surge de los testimonios y de la prueba producida que la cantidad de hectáreas necesarias para alimentar el ganado es muy superior a aquella que ocupa el mismo cometido en el valle productivo. -También se ha acreditado la cantidad de integrantes de las comunidades huarpes, contados en miles, y las formas específicas comunitarias del manejo de la tierra, que indican claramente que la superficie a emplear no es de las dimensiones tradicionales. En otras palabras, la determinación de la superficie no aparece en modo alguno como arbitraria o carente de fundamento técnico acorde con la finalidad perseguida por la expropiación”<sup>170</sup>.

De todas formas, conviene tener presente que, según los estándares internacionales obligatorios, el procedimiento de expropiación, en la medida que se realice por causa de utilidad o interés público, es un mecanismo idóneo para recuperar las tierras. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado

---

<sup>169</sup> *Comunidad Kolla de los Naranjos del Departamento de Orán c/ Estado Nacional s/ Medida cautelar*” (21 de noviembre de 2013): Juzgado Federal de Salta n° 1.

<sup>170</sup> Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, *Fiscalía de Estado de la provincia de Mendoza c/Gobierno de la provincia de Mendoza s/ac. Inc.*

multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”<sup>171</sup>.

## 7. Conflicto de derechos e/o intereses

En este acápite revisaremos algunos problemas concretos que han surgido entre el derecho de los pueblos indígenas y otros derechos. Si bien es cierto, no es tan extraño que derechos con igual jerarquía se enfrenten y deban ponderarse. La situación aquí es particular, ya que respecto de los conflictos en que está involucrado el territorio indígena, la dificultad para brindar una solución justa aumenta.

Se sostiene lo anterior, porque en los asuntos referidos al territorio indígena, se enfrentan dos visiones culturalmente diferentes, sobre todo cuando se encuentran intereses diferenciados y enfoques opuestos respecto de la relación que tienen las comunidades indígenas con la tierra, su significado cultural y las creencias que estas tienen<sup>172</sup>. De ahí que sea importante exponer algunos de los criterios que los tribunales han utilizado para resolver estas controversias.

### 7.1 Referencia a la relación entre derecho de propiedad indígena y satisfacción de otros derechos.

El derecho de propiedad indígena es fundamental para los pueblos indígenas, ya que de su satisfacción depende la satisfacción de otros derechos.

Como ya tuvimos oportunidad de revisar, la relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica<sup>173</sup>. Como consecuencia de esto, resulta lógico que el derecho de propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales tenga directa relación con la satisfacción de otros derechos, pues mientras el derecho de propiedad sobre las tierras esté efectivamente resguardado se mantendrá esta especial relación, que repetimos es base para el desenvolvimiento de su cultura y supervivencia.

Así las cosas, y habiendo casi completa unanimidad en este punto, solo reproduciremos algunas decisiones que se refieren a los derechos que se encuentran relacionados. La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-433/11 sostiene,

---

<sup>171</sup> *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* (29 de marzo de 2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 140.

<sup>172</sup> Documento GB.272/7/2), MEXICO.

<sup>173</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, (31 de agosto de 2001): Corte IDH (Serie C No. 79, párr. 149).

“que el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas, como ya se ha dicho, reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional al ser esencial para la preservación de las culturas y los valores espirituales de estos pueblos”

El Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia recaída en el Exp. N° 00022-2009-PI, vincula la vulneración del derecho de propiedad con la existencia misma del pueblo indígena,

“cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales”.

Asimismo en la sentencia N° 01126 la magistratura vincula el derecho de propiedad con el desarrollo de la identidad cultural,

“Como ya se ha anotado, esta protección a la propiedad de la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las comunidades nativas y campesinas, puesto que brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la comunidad.”

La Corte IDH en el caso Comunidad Yakye Axa en los párrafos 147 y 148 se refiere a los derechos que se desconocen al no proteger el derecho de propiedad sobre el territorio,

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.- Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.

Sin embargo, no obstante reconocerse esta relación la Corte IDH sostiene que el derecho de propiedad indígena no es un derecho absoluto, puesto que,

“Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión”

En efecto, anotada esta relación del derecho de propiedad con el derecho a la existencia misma del pueblo indígena, el desarrollo de la identidad cultural; y el aporte que representa para una sociedad multicultural, es dable resaltar que aun así, no se trata de un derecho absoluto, por lo tanto, en caso de colisión con otros derechos deberá ponderarse cada uno de ellos. A continuación pasaremos a revisar algunos casos en que el derecho de propiedad y/o sus relacionados se encuentran concernidos, y la forma en que el tribunal ha fallado en caso de colisión.

## 7.2 Patrimonio público vs. derecho a la diversidad, identidad y autonomía de los pueblos indígenas

En la sentencia T-282/11 pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia, se ventila un caso donde se enfrenta el derecho a la diversidad, identidad y autonomía de los pueblos indígenas contra el patrimonio público.

La controversia se inicia cuando varias comunidades indígenas abandonan sus tierras tradicionales (por causa del conflicto armado que afecta al país) y deciden asentarse en un terreno baldío, que resultó ser propiedad del Estado. El Estado presenta una orden de desalojo contra las comunidades indígenas, y éstas para evitar que la diligencia tenga lugar, interponen una acción de amparo. A la Corte Constitucional le toca analizar la procedencia de la suspensión de la diligencia de desalojo a partir de un examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

La Corte señala que la medida de desalojo es razonable, idónea y necesaria. Pero el examen solamente se completa si ésta es proporcional en sentido estricto. Para dar una respuesta, la Corte debe ponderar los bienes jurídicos en conflicto teniendo presente que la decisión será legítima si el beneficio de los fines constitucionales perseguidos con el desalojo es superior a la lesión de los bienes constitucionalmente relevantes que pueden verse afectados en el trámite policivo. La Corte se pronuncia de la siguiente manera respecto de la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación),

Siguiendo a la doctrina más autorizada, la ponderación se llevará a cabo mediante la determinación de (i) *el peso abstracto prima facie* de los bienes en conflicto; (ii) la evaluación de la *gravedad de la intervención* en cada uno de ellos, y (iii) la *certeza* de que se verán lesionados a partir de la información empírica disponible en este trámite<sup>174</sup>.

En cuanto al peso abstracto *prima facie* la Corte considera que los derechos de los pueblos indígenas tiene un peso ligeramente mayor, ya que la protección de esta población,

“representa una proyección del principio de igualdad material y del carácter social del Estado de derecho, elemento definitorio de nuestra Constitución Política, al punto que el propio constituyente consideró legítimo restringir el principio de igualdad formal cuando exista la necesidad de medidas especiales de protección a favor de sujetos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta”. Además a esto se agrega, “la necesidad de tomar en consideración el principio de pluralismo (artículo 2º) y la presencia de personas vulnerables”

Tratándose de la evaluación de la gravedad de la intervención, la Sala estima que “el número de personas indígenas desplazadas que se verían afectadas por el desalojo, y la presencia de niños, ancianos y mujeres embarazadas en un eventual desalojo, así como la posibilidad de que se trunque el proceso organizativo de la naciente comunidad de Alto Nápoles *Nasa Ukawe sx' Thaj* son aspectos que llevan a considerar como intensa la intervención al grupo de intereses protegidos de los accionantes”

Finalmente respecto de la certeza de la lesión, la sentencia analiza los fines a que estaba destinado el inmueble a fin de dar cuenta de la certeza de la lesión, llegando a la convicción

---

<sup>174</sup> Entre otras, las sentencias T-427 de 1998, C-1287 de 2001, C-210 de 2007, C-417 de 2009, T-023 de 2006 y, especialmente, T-617 de 2010, entre otras.

de que carecía de un uso socialmente adecuado, por lo tanto se reduce la afectación al patrimonio público, y es considerada por la Corte como intermedia. En cambio respecto de los derechos del pueblo indígena, se indica que,

“Existe también certeza sobre la afectación del proceso comunitario iniciado por las familias del predio Alto Nápoles si las familias que desean constituirse en cabildo indígena se ven separadas a raíz de la diligencia de desalojo, enfrentándose cada una por su cuenta a un medio cultural ajeno y, en sus condiciones de precariedad de medios de subsistencia y de carencia de un territorio colectivo en el que desarrollar su modo de subsistencia, sin lugar a dudas, hostil”.

Por lo tanto, concluye la Corte, “Este análisis lleva a concluir que en el caso concreto debe darse prevalencia a los intereses constitucionalmente legítimos de los peticionarios, de encontrar condiciones mínimas de vivienda y de iniciar un proceso de reconstrucción de tradiciones ancestrales de manera autónoma, sobre el interés también legítimo de la autoridad de policía accionada de recuperar el patrimonio público”.

### 7.3 Explotación de recursos naturales vs. preservación de la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas

La sentencia T-380/93 de la Corte Constitucional de Colombia, se refiere a la tensión existente entre razón económica y razón cultural. Dicha tensión se da sobre todo respecto de la explotación de recursos naturales existentes en los territorios indígenas, en especial en las zonas de reserva forestal, puesto que estas zonas demandan un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice el desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución. Por lo tanto, la relación existente entre el desarrollo económico y la protección de la flora y fauna debe ser de completo equilibrio. Pero cuando existe un pueblo indígena que habita dichos territorios, las exigencias se elevan, pues la explotación de los recursos deben realizarse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades, que depende directamente de estos, en tanto el territorio desprovisto de los recursos pierde toda significancia.

La Corte Constitucional se refiere a esta clásica tensión a propósito de la omisión de un organismo estatal de supervigilar la extracción de recursos naturales, con la posterior inacción de restaurarlos, la Corte adoptó como criterio las consecuencias que la omisión ciertamente causa y sostuvo a este respecto,

*“La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente - CODECHOCO mediante Decreto 760 de 1968 - constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la desaparición forzada de la comunidad indígena”.*

#### 7.4 Propiedad indígena y autonomía vs. Libertad de tránsito

En la sentencia proveniente del Tribunal Constitucional de Perú expediente N° 01126-2011-HC/TC se resuelve un conflicto de derecho que involucra el derecho de propiedad indígena, en específico, la facultad de administración que sobre su territorio tradicional tiene la comunidad, y el derecho fundamental a la libertad de tránsito.

El conflicto se origina cuando dos empresas de transporte utilizan un camino que se encuentra dentro del territorio de la Comunidad Nativa Tres Islas, sin que medio título legítimo que así lo autorice. Ante esta situación, la Comunidad en su conjunto toma la decisión de cerrar el camino y construir una caseta que controle su uso. Sin embargo, esta situación fue denunciada ante la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, este tribunal ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y la remisión de los antecedentes al Ministerio Público. Posterior a esto, la Comunidad interpone el presente recurso de agravio constitucional contra la resolución de dicho tribunal.

El Tribunal Constitucional observa que la sentencia cuestionada solo se centró en la libertad de tránsito invocada por los demandantes, indicando que tal vía no puede ser cerrada ya que se trata de una vía privada pero de acceso público, ya que la misma tiene larga data en su uso como tal, y por tanto su cierre afectaría un interés mayor, como lo es el tránsito por determinadas áreas.

El Colegiado, rechaza estos argumentos y pondera los intereses constitucionalmente protegidos que están en juego, señalando que,

“En efecto, no basta con argumentar que el cierre de tal camino afecta un interés de naturaleza colectiva, como lo es el desplazamiento de personas, cuando de otro lado existe otros derechos o intereses igualmente legítimos”

Los otros derechos a los que se refiere el Tribunal son los derechos de propiedad y autonomía, que son ejercidos por la comunidad dentro del marco constitucional y legal,

“Al respecto, debe tomarse en cuenta que la autonomía de las comunidades nativas y campesinas debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal, siempre que no se desnaturalice la esencia del derecho. En este caso, la comunidad nativa no ha afectado disposiciones legales ni administrativas. Por el contrario, la construcción de la caseta y del cerco de madera fue decisión legítima tomada en virtud de su autonomía comunal, reconocida por el artículo 89° de la Constitución. En tal sentido, al ser tal medida el ejercicio de un derecho constitucionalmente protegido, no podrían generarse consecuencias lesivas a tal actividad, de lo contrario se estaría vaciando de contenido la esencia de tales cláusulas constitucionales”.

De la lectura de los extractos, podemos considerar que los criterios utilizados por el Tribunal son dos: por una parte se ponderó los derechos fundamentales concernidos y en segundo lugar se juzgó acerca de la desnaturalización de la esencia del derecho. La

aplicación de estos criterios, finalmente decantaron en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

### 7.5 Propiedad privada individual vs. propiedad colectiva indígena

En los siguientes casos la colisión de derecho se presenta respecto del derecho de propiedad privada individual y el derecho de propiedad colectiva indígena. en primer lugar revisaremos lo que la Corte IDH para estos casos ha determinado como mecanismo a seguir para la resolución de controversias.

En la sentencia de la Corte IDH caso Comunidad Yakye Axa, se hace referencia a las consideraciones que tiene el alto tribunal al resolver casos en que el derecho a la propiedad comunal indígena entra en contradicción real o aparente a la propiedad privada particular. Se trata de ciertas pautas que han de seguirse para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber las restricciones deben,

“a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”<sup>175</sup>

“Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”<sup>176</sup>

Es decir, en estos casos lo ideal sería someter a ambos derechos, propiedad privada y propiedad colectiva, a un examen de razonabilidad y proporcionalidad que analice los cuatro puntos expuestos. Teniendo en cuenta esta pauta entonces se debería proceder a la ponderación y, bajo las consideraciones que resulten del caso, restringir un derecho amén del otro.

Pasando a la revisión de otro caso, (recurso de amparo presentado ante el Juzgado Federal de Orán), se reclama la tutela de los derechos de delimitación, demarcación y titulación, que como ya se analizó, son consecuencias del derecho de propiedad indígena. En esta oportunidad, el tribunal concede la tutela a los primeros dos, sin embargo, no ocurre lo mismo con el derecho de titulación, pues el tribunal estima que no resulta posible hacer lugar a lo solicitado sin vulnerar las garantías que deben rodear a todo proceso en que se puedan ver comprometidos otros derechos, también reconocidos por el ordenamiento jurídico, como es el derecho de propiedad privada. En este contexto puntualiza el Tribunal,

---

<sup>175</sup> *Yakye Axa vs Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (Párrafo 144)

<sup>176</sup> *Yakye Axa vs Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH (Párrafo 146).

“En este orden de ideas resulta importante señalar que el reconocimiento que el constituyente hiciera de los derechos de las comunidades indígenas no entraña -ni puede ser así considerado- “la perención de los derechos de terceros o de otros grupos. Y es que así como nuestra Carta Magna jerarquiza el derecho de propiedad de las comunidades de mención, también lo hace respecto de los particulares, que en el caso de autos pudieren eventualmente invocarlo”

En este sentido nuestra Corte Suprema precisó que “los derechos constitucionales no son absolutos ni pueden actuar de manera aislada, toda vez que conforman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca”

Sobre tales bases, debe advertirse que la vida en sociedad conlleva la coexistencia de un entramado de derechos que al encontrarse suscitan la necesidad de armonizar su ejercicio. En este sentido no se tienen, como lo señalaba Jean Dabin frente al Estado o frente a los demás, sino que en rigor se tienen con los demás y en la comunidad que cada titular de derechos habita. De ahí que deben en el supuesto de conflicto de intereses en los que se encuentren en juego derechos constitucionales estarse a su armonía y no su contradicción”<sup>177</sup>

Lo expuesto pretende resaltar las relaciones que deben darse entre los derechos de los distintos representantes de la sociedad, siendo tarea del juez, precaver el enfrentamiento entre los derechos de los particulares a través de decisiones que vayan dirigidas a la coexistencia de los derechos constitucionales concernidos para de esta forma lograr una operatividad armoniosa.

En la sentencia emanada del Juzgado de Zapala, Argentina, por el contrario se sigue otra línea, puesto que se enfrenta el derecho de propiedad indígena y el derecho de propiedad privada. En este supuesto, la contradicción es tal, que el juez opta por la preferencia de uno en desmedro de otro.

Entre las consideraciones que llevaron a la jueza a la convicción de que debía desestimar la acción del actor que pretendía el desalojo, se encuentra un criterio de temporalidad, en tanto,

“confrontado el título exhibido por el actor con el ostentado por los demandados, surge demostrado que el de éstos últimos posee relevancia superior al de aquél por resultar anterior en el tiempo y por ende preferido en derecho, en tanto que el otorgado a Duarte resulta temporalmente posterior a la posesión tradicional y comunitaria que ostentan los accionados, con límites que invaden la zona de ancestral ocupación del pueblo mapuche”

Finalmente, una última muestra acerca de esta colisión, se encuentra en la sentencia del tribunal constitucional de Perú N°00022-2009 en que se sostiene que el derecho de propiedad indígena sede frente algunos intereses, y es por esto que puede ser expropiada. Sin embargo, cuando el Estado se disponga a hacer pago de la indemnización debe considerar los demás derechos y valores que son inherentes al territorio tradicional indígena,

---

<sup>177</sup> “Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frias c/ Estado Nacional a/ Amparo”, (23 de febrero de 2011): Juzgado Federal de Oran.

“Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos. De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre”

Por tanto, la consideración de los derechos relacionados (identidad e integridad cultural, existencia del grupo organizado), no debe solo analizarse a efectos de la ponderación de los derechos en colisión, sino que, como lo indica el extracto, también deben ser tomados en cuenta para el cálculo de la indemnización si se decretase la restricción del derecho de propiedad indígena.

## CONCLUSIONES

Como hemos podido observar en el proceso de esta investigación, el desarrollo del derecho de propiedad indígena en el derecho internacional de los derechos humanos tiene un origen netamente jurisprudencial, que principalmente se lo debemos a los órganos interamericanos de protección. Es más, aun en el ordenamiento jurídico interno, el desarrollo de esta garantía está a cargo principalmente de los tribunales de justicia, en especial, de las directrices que sientan los tribunales constitucionales, en base al control de convencionalidad.

Dentro del esquema propuesto se revisaron varios temas y áreas de la propiedad indígena.

El primer capítulo -Derecho de Propiedad Indígena en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- es principalmente descriptivo, pero su relevancia viene dada porque sirve de base para comprender cabalmente los otros puntos de esta memoria, ya que trata de las fuentes más relevantes, las cuales, han guiado a los tribunales nacionales en el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, desde el momento que el Convenio 169 es el único instrumento internacional obligatorio de carácter específico en la materia; además es importante resaltar en este punto la revisión de criterios interpretativos, por cuanto, posteriormente los vimos ser aplicados por la jurisprudencia objeto de estudio.

En el segundo capítulo entramos ya al análisis del Derecho de Propiedad Indígena en la jurisdicción constitucional, donde un tema determinante es el cómo se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos de cada país y su relación consecuente con la Constitución. En este punto, resalta el caso de Chile, ya que es el único país que entiende que estos tienen una jerarquía infraconstitucional.

Nuestro país tiene la posibilidad -como apoya parte de la doctrina- de entender que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 5 de la CPR, o al menos asignarle una función normativa privilegiada, como lo han hecho nuestros vecinos desde una construcción jurisprudencial. Sin embargo, de las interpretaciones que se hacen respecto de la jerarquía normativa del Convenio 169 (en nuestra opinión, rigurosamente formales) se evidencia una indiferencia al tratamiento de los derechos de las comunidades indígenas; la que se aprecia aún más, tratándose del derecho de propiedad (que según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ni siquiera es norma autoejecutable).

Finalmente creemos que la indiferencia viene determinada, entre otras cosas, por la ausencia en nuestro texto constitucional del reconocimiento de la multiculturalidad o de la diversidad étnica o, cultural (principios constitucionales del resto de los países estudiados). Pues bien, estos principios constituyen la base para reconocer derechos especiales a minorías identificadas entorno a elementos culturales. Además, en nuestra opinión,

también juega un papel importante la formación (o voluntad) de los Ministros pues, aun cuando se diga que estos solamente se ajustan a lo que la Constitución les encomienda, lo cierto es que, en todas las sentencias que hasta el momento se han referido a los derechos de los pueblos indígenas, existe al menos un ministro disidente que es capaz de argumentar jurídicamente y dentro del marco de sus competencias, para llegar a un solución favorable para los derechos de las comunidades.

El segundo punto de este capítulo se encarga de exponer las notas definitorias del derecho de propiedad indígena. Este es el punto de partida, pues la definición de estas notas nos lleva a abandonar lo que nos han inculcado sobre el derecho de propiedad, siendo necesario enforarse en aspectos espirituales, culturales y ambientales. La propiedad de las tierras tradicionales tiene menos relación con lo económico y más, con el derecho a la vida y la subsistencia de una cultura. Las tierras tradicionales de las comunidades constituyen una extensión de su existencia y son fundamentales para su subsistencia y el desarrollo de sus otros derechos, cuestión que se pudo reafirmar en el estudio de la relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios, y la idea que se maneja de lo que es la tierra y territorio, que son profundamente diferentes a lo que nuestro sistema jurídico propone.

Hasta aquí la sola definición de los aspectos característicos de este derecho no ofrece mayores garantías para la propiedad de los pueblos indígenas. Sin embargo, el punto tercero ya permite elaborar una mejor defensa de este derecho. Según la jurisprudencia el fundamento del derecho de propiedad indígena descansa en la posesión y uso ancestral ejercido por la comunidad sobre sus territorios, por lo tanto, el reconocimiento estatal no hace más que declarar un derecho preexistente.

De este modo, si se reconoce la posesión y uso ancestral como fundamento del derecho de propiedad, nos olvidamos de todo aquello relativo a los registros de propiedad, de las inscripciones de dominio, de los plazos de prescripción, e incluso, es irrelevante que la comunidad reconozca la posesión de un tercero ajeno, porque para los pueblos indígenas “la tierra no les pertenece, sino que ellos pertenecen a la tierra”

El título indígena juega un papel muy relevante, ya que cumple el rol de reconocer esta situación de ocupación y relación con la tierra preexistente, sin embargo, no es suficiente. Los pueblos indígenas de todas formas son parte de un estado, y en razón de esto, siempre habrá ciertas reglas a las que se deben plegar y cumplir para una convivencia sana y respetuosa. Para que se logre este respeto, hay derechos asociados, entre los cuales está la delimitación, demarcación y el que se titularice su territorio. Como advertimos se trata de un derecho a favor de los pueblos indígena y una obligación respecto del Estado. Por tanto, si el pueblo indígena no los ejerce, esto no implica la pérdida del derecho de propiedad.

Estos derechos tienen como finalidad hacer efectivo el derecho de propiedad y otorgar protección contra terceros que se arroguen o pretendan la propiedad, posesión o utilización de sus territorios. Además entregan seguridad jurídica, en tanto los pueblos indígenas sabrán hasta donde tienen derecho de usar y gozar de sus tierras, como también habrá seguridad jurídica respecto de terceros, empresas o el Estado mismo, ya que todos sabrán de antemano las obligaciones y normativas que deben cumplir si pretenden, por ejemplo, explotar recursos naturales o implementar alguna medida legislativa o administrativa, pues en tanto esto afecte a las tierras o al hábitat de los pueblos indígenas, se deberá cumplir con el trámite de consulta previa, los estudios de impacto ambiental y social y la justa participación en los beneficios producto de la explotación de los recursos naturales.

Los derechos antes mencionados tienen lugar cuando el pueblo indígena conserva la posesión ancestral, sin embargo, qué sucede cuando estos la pierden. A este cuestionamiento le dimos respuesta en el punto relativo a la pérdida de la posesión, distinguiendo entre los supuestos en que como consecuencia de la pérdida de la posesión se pierde el derecho de propiedad, de aquel supuesto en que el derecho de propiedad se mantiene. El criterio para distinguir es identificar si las tierras han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe. Si lo último ha ocurrido, entonces el pueblo indígena ha perdido su derecho de propiedad, pero es titular del derecho de recuperación de sus tierras.

El derecho de recuperación de las tierras puede hacerse efectivo mediante la expropiación de las tierras tradicionales. Respecto de este punto reluce nuevamente la importancia de reconocer la multiculturalidad como un bien jurídico a proteger en nuestra Constitución, puesto que, a diferencia de los demás países donde el procedimiento expropiatorio no ofrece cuestionamientos, pues se yergue como una vía idónea para lograr un fin legítimo: la protección de la diversidad cultural; en nuestro país, no ocurre lo mismo. Por cuanto, como sentencia el Tribunal Constitucional, nuestro sistema jurídico no da cabida a expropiaciones para tal efecto, ya que no se percibe utilidad pública alguna.

Finalmente, como último punto, expusimos algunos casos en que se enfrentaban distintos derechos de los pueblos indígenas, y se utilizaban distintos criterios para su resolución. Hemos de concluir que el examen de la razonabilidad y proporcionalidad ofrece mayores garantías de análisis, sin embargo, no es por esto es el único criterio aceptable.

Ahora, bien es cierto, que el Convenio 169 juega un rol importante en el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, no obstante, al final del día, la incorporación de los temas concerniente al derecho de propiedad indígena depende netamente del Estado y en específico del poder legislativo, por lo que la virtualidad del Convenio se ha visto más en relación al uso que de este instrumento han hecho los órganos interamericanos y algunos tribunales constitucionales. Como consecuencia de lo anterior, se debe tener presente que la

sola ratificación del instrumento en nuestro país aún no genera un cambio trascendental y general, y su aplicación solo favorece, si tienen suerte, a algunas comunidades indígenas que invocan sus derechos ante tribunales ordinarios.

Es por eso, que se reconoce como el germen del desarrollo de este derecho a la jurisprudencia. Sin embargo, aún queda mucho por hacer. Y es que, de la casuística de las decisiones de los tribunales resulta una tarea compleja extraer criterios generales que puedan responder y aplicarse a todos los casos.

No obstante, esto que parece un obstáculo, puede al mismo tiempo ser una ventaja. Y es que todos los pueblos indígenas son diferentes, y tratar de sistematizar para dar una mayor protección y seguridad a los pueblos indígenas puede en definitiva terminar perjudicándolos. En efecto, puede que la normativa, con sus notas de generalidad limite el ejercicio de los derechos a puntos que no se pueda con certeza determinar (ejemplo de esto es el DS N°40 que determina *a priori* cuando una comunidad indígena se verá afectada con una medida legislativa o administrativa). Es por esto, que aparentemente resulta más conveniente, considerando las singularidades de cada pueblo, que cada situación se resuelva caso a caso, por vía del derecho jurisprudencial.

Esto de ninguna manera significa que no sean necesarias normas que regulen la cuestión indígena, es más, la existencia de éstas ha permitido el desarrollo jurisprudencial, sino que estas normas se formulen en base a principios, y no a reglas estrictas, tales como el respeto al derecho consuetudinario, el reconocimiento de la multiculturalidad, la autonomía de estas comunidades, la participación en los asuntos que las afecten.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1) Bibliografía general

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo en Ius et Praxis*, año 16 (2010)

ARANGO OLAYA, Mónica, *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, en *PRECEDENTE*, 2004

AYLWIN, José (ed.) *Derechos humanos y pueblos indígenas: tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera (Temuco, 2004)

Comisión de Expertos, 73ª reunión, Observación, Perú, publicación 2003

Comisión de Expertos, 96ª reunión, 2006, Observación, Colombia, publicación 2007

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericana de derecho humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (2009).

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *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 del Derecho Internacional X* (México, 2010)

GAETE URIBE, Lucía, *El convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa*, en *Revista Ius et Praxis Año 18* (2012)

GONZÁLEZ PALOMINOS, Karina; MEZA-LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías; SÁNCHEZ CURIHUEWENTRO, Rubén, *Política de tierras y derechos territoriales de los pueblos indígenas en Chile: el caso de las comunidades “Carimán Sánchez y Gonzalo Marín” y “comunidad Manuel Contreras”*, Documento de Trabajo 6, Observatorio Ciudadano, (Temuco, 2010)

GONZÁLEZ QUIROGA, Paulina et alii, *Aspectos jurídicos del derecho a consulta a las comunidades indígenas del convenio 169* en *Revista de Estudios Ius Novum 5*, (Valparaíso, 2012)

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, *Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente*, en Zúñiga Urbina, Francisco (a cura di), *Reforma Constitucional* (Santiago, 2005)

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María, *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Anuario de Derechos Humanos* 8 (2012)

INFORME DE DERECHOS HUMANOS EN ARGENTINA, *Informe sobre situación de los pueblos indígenas en Argentina: La agenda pendiente para el relator de pueblos indígenas* (diciembre, 2011)

MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (Ed.), *Las implicancias de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT en Chile*<sup>2</sup>, Documento de Trabajo 10, Observatorio Ciudadano (2010)

NÚÑEZ, Manuel (Dir.), *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas* (Santiago, 2010)

OLANO GARCÍA, Hernán., *El bloque de Constitucionalidad en Colombia* en Estudios constitucionales, año/vol. 3, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile

PEÑA TORRES, Marisol, *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional en Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (Santiago, 2003) 1.

PROGRAMA DE DERECHO INDÍGENAS, *Los derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Instituto de Estudios indígenas, Universidad de la Frontera, (Temuco, 2003).

PROGRAMA PARA PROMOVER EL CONVENIO NÚM. 169 DE LA OIT, *Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: Una recopilación de casos*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009).

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *La consulta previa de los pueblos indígenas en el Perú. Compendio de legislación y jurisprudencia* (Lima, 2012).

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios* (Lima, 2012)

SALGADO, Juan Manuel; GOMIZ, María Micaela *Convenio 169 de la O.I.T sobre Pueblos Indígenas: su aplicación en el derecho interno argentino*<sup>2</sup> (Neuquén, 2010)

SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz Eugenia, “*La entidad territorial indígena y la jurisprudencia de la Corte Constitucional*”, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2005

ZIMERMANN Silvana; CAPURRO ROBLES Facundo; ROJAS Mishkila, *El tratamiento de los reclamos indígenas: el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” Año III (Buenos Aires, 2009), 4

## 2) Fuentes legales y jurisprudencia

*Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y otros c/Estado Provincial* (2 de mayo de 2006): Tribunal Contencioso Administrativo, Argentina (expediente núm. 8-105.437/03)

*Antiman, Víctor Antonio y Linares, José Cristóbal Linares s/ usurpación* (30 de octubre de 2007): Juzgado Correccional de la IV Circunscripción de la Provincia de Neuquén.

*Caso Almonacid Arellano y otros* (26 de septiembre de 2006): Corte IDH

*Caso Cabrera García y Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010): Corte IDH

*Caso del Vapor “Wimbledon”* (23 de junio de 1923): Corte Permanente de Justicia Internacional

Código Civil de Chile

Código Procesal Constitucional de Colombia

Código Procesal Penal de Chile

*Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ Amparo* (23 de febrero de 2011): Juzgado Federal de Orán, Expte. N° 330/10, Argentina

*Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*

*Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.*

*Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (17 de junio de 2005): Corte IDH

*Comunidad Kolla de los Naranjos del Departamento de Orán c/ Estado Nacional s/ Medida cautelar”* (21 de noviembre de 2013): Juzgado Federal de Salta n° 1, Argentina.

*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* (31 de agosto de 2001): Corte IDH

Constitución de la Nación Argentina

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia

Constitución Política de Colombia

Constitución Política de la República de Chile

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Convención sobre los Derechos del Niño

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Convenio sobre la Diversidad Biológica

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Declaración Universal de Derechos Humanos

*Duarte, Pedro contra Claleo, Silvia y otros s/ interdicto* (09 de Noviembre de 2012): Juzgado Civil N° de Zapala, Argentina.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

*Pueblo Saramaka Vs. Surinam* (28 de noviembre de 2007): Corte IDH.

*Sarayaku vs Ecuador* (27 de junio de 2012): Corte IDH

*Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/ desalojo* (12 de agosto de 2004): IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única.

*Sentencia 00024* (26 de julio de 2011): Tribunal Constitucional de Perú

*Sentencia T-188* (1993): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia 0022* (9 de junio de 2010): Tribunal Constitucional de Perú

*Sentencia 004* (26 de enero de 2009): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia 009* (2013): Corte constitucional de Colombia

*Sentencia 0300* (18 de junio de 2012): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

*Sentencia 2003* (25 de octubre de 2010): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

*Sentencia 2056* (16 de octubre de 2006): Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia

*Sentencia 383* (13 de mayo del 2003): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia C-030* (23 de enero de 2008): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia N° 0047-2004- AI/TC* (fundamento 22); *Sentencia N° 0025-2005-PI/TC* (fundamento 33); *Sentencia N° 03343-2007- PA/TC* (fundamento 31); *Sentencia N° 06316-2008- AA/TC* (fundamento 19); *Sentencia 0022- 2009- PI/TC* (fundamento 9): Corte Constitucional de Perú.

*Sentencia N° 05427* (2009): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia Rol 2523* (30 de septiembre de 2013): Tribunal Constitucional de Chile

*Sentencia Rol 309* (4 de agosto de 2009): Tribunal Constitucional de Chile.

*Sentencia Rol 376* (2012): Tribunal Constitucional de Colombia

*Sentencia Rol N° 1988* (24 de junio de 2011): Tribunal Constitucional de Chile

*Sentencia T- 129* (3 de marzo de 2011): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia T-009* (2013): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia T-282* (12 de abril de 2011): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia T-433* (2011): Corte Constitucional de Colombia

*Sentencia T-693* (2011) Corte Constitucional de Colombia

### 3) Recursos Web

AYLWIN, José, *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos* (Cepal, Santiago, 2002) disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/11303/LCL1767-II.pdf>, con fecha 15 de agosto de 2013

C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), extraído del sitio web: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CO DE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C169), a la fecha 13 de agosto de 2013

COBO ROMANI, Nicolás, *Desafíos de implementación del Convenio 169 para los Estados: el caso de Chile*, disponible en <http://www.lasil-sladi.org/webdav/site/lasil->

[sladi/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%2012%20Cobo%20Roman%C3%A4D.pdf](#)>, con fecha 3 de septiembre de 2013

FERNÁNDEZ ALEMANY, Andrés; DE LA PIEDRA RAVANAL Cristhian, *Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169*, en *Estudios Públicos* 121 (verano, 2011), disponible en <[http://www.cepchile.cl/1\\_4766/doc/implementacion\\_y\\_evolucion\\_de\\_los\\_derechos\\_contenidos\\_en\\_el\\_convenio\\_oit\\_169\\_a.html#.UbdyCfmnqj8](http://www.cepchile.cl/1_4766/doc/implementacion_y_evolucion_de_los_derechos_contenidos_en_el_convenio_oit_169_a.html#.UbdyCfmnqj8)>, al día 15 de septiembre de 2013

FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*, disponible en <<http://www.dplf.org/es/resources/manual-para-defender-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas>>, con fecha 17 de noviembre de 2013

HARGUINDEGUY, Juan Manuel, *Un largo camino hacia el reconocimiento de derechos indígena*, 2010, con fecha 19 de noviembre, tomado de <[http://www.upf.edu/historiadeldret/\\_pdf/Un\\_largo\\_camino\\_hacia\\_el\\_reconocimiento\\_de\\_dchos\\_indxgenas.pdf](http://www.upf.edu/historiadeldret/_pdf/Un_largo_camino_hacia_el_reconocimiento_de_dchos_indxgenas.pdf)>

HERNÁNDEZ HERREÑO, Ángel Libardo, *Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia*. Disponible en la página web <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr031-32/elotrdr031-32-10.pdf>>, con fecha 30 de noviembre de 2013

LÓPEZ-MURCIA, Julián Daniel; MALDONADO-COLMENARES, Gabriela, *La protección de la propiedad de la tierra en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos y su aplicación al caso de las comunidades campesinas en Colombia*, en *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, 2009, n.14. Disponible en el sitio de internet: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-81562009000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-81562009000100004&lng=es&nrm=iso)>, al día 5 de noviembre de 2013

MANSILLA ARIAS, Alejandro, *El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia*, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 10, (2004), disponible en <<http://www.uv.es/cefd/10/mansilla.pdf>>, al día 19 de octubre de 2013

MEDINA QUIROGA, Cecilia, *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*, en *Anuario de Derechos Humanos*, No 5 (2009), disponible en <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11499/11859>>, con fecha 19 de agosto de 2013

MEREMINSKAYA, Elina, *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Derecho internacional y experiencias comparadas*, en *Estudios Públicos* 121 (verano, 2011). Disponible en

[http://www.cepchile.cl/1\\_4768/doc/el\\_convenio\\_169\\_de\\_la\\_oit\\_sobre\\_pueblos\\_indigenas\\_y\\_tribales\\_derecho\\_internaci.html#.UbjNy\\_mnqj8](http://www.cepchile.cl/1_4768/doc/el_convenio_169_de_la_oit_sobre_pueblos_indigenas_y_tribales_derecho_internaci.html#.UbjNy_mnqj8), al día 13 de agosto de 2013

*Monitoreo de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales a través de los Convenios de la OIT*”, disponible en la página web de la OIT, con fecha 19 de agosto de 2013 (<[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_150209.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_150209.pdf)>)

MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN, Manuel, *Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile* en *Estudios Públicos* 121 (verano, 2011), pp. 133-212. Disponible en <[http://www.cepchile.cl/1\\_4767/doc/una\\_vision\\_panoramica\\_al\\_convenio\\_oit\\_169\\_y\\_su\\_implementacion\\_en\\_chile.html#.UbkFEvmnqj8](http://www.cepchile.cl/1_4767/doc/una_vision_panoramica_al_convenio_oit_169_y_su_implementacion_en_chile.html#.UbkFEvmnqj8)>, con fecha 8 de diciembre de 2013

NIKKEN, Pedro, *El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la Obligación de Ejecutar en el Orden Interno las decisiones de Los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponible en <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/nikken-speech.pdf>>, visitada el 29 de junio de 2013

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Consideraciones sobre el Fallo del Tribunal Constitucional Respecto del Tratado de Roma que Establece la Corte Penal Internacional en Ius et Praxis*, 2002, vol.8, n.1. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000100032&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100032&lng=es&nrm=iso)>, el día 6 de agosto de 2013

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Guía para la Aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT*, disponible en <<http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indi g/conten.htm>> (última visita el 28 de agosto de 2013)

PAUL DÍAZ, Álvaro, *Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación*, en *Ius et Praxis*, 2012, vol.18, n.1. Extraído de la página web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122012000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100004&lng=es&nrm=iso)>, con fecha 28 de julio de 2013

Real Academia de la Lengua Española, Diccionario, disponible en la página oficial y diccionario de la RAE, con fecha 21 de diciembre de 2013: <<http://lema.rae.es/drae/?val=reivindicar>>

SEMPER, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia constitucional*, p. 769, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en el sitio web <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr3.pdf>>, con fecha 16 de diciembre de 2013

VALDIVIA, José Miguel, *Alcances Jurídicos del Convenio 169 en Estudios Públicos* 121(Verano, 2011), Extraído del sitio web: [http://www.cepchile.cl/1\\_4765/doc/alcances\\_juridicos\\_del\\_convenio\\_169.html#.Ubkpfv\\_mnqj8](http://www.cepchile.cl/1_4765/doc/alcances_juridicos_del_convenio_169.html#.Ubkpfv_mnqj8), con fecha 15 de octubre de 2013

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio, *Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?* en *Rev. Derecho (Valdivia)* [online]. 2010, vol.23, n.2, pp. 112 disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502010000200005&script=sci_arttext) al día 21 de agosto de 2013.

ZAMUDIO, Teodora, *Derechos de los pueblos indígenas*, en <http://www.indigenas.bioetica.org/mono/inves60.htm>, revisado con fecha 30 de noviembre de 2013