

Cuenta Tu Tesis en DD. HH. **2014**

ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA TIERRA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Daniel Patricio Rojas Bastidas

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
Escuela de Derecho

ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA TIERRA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

Daniel Patricio Rojas Bastidas

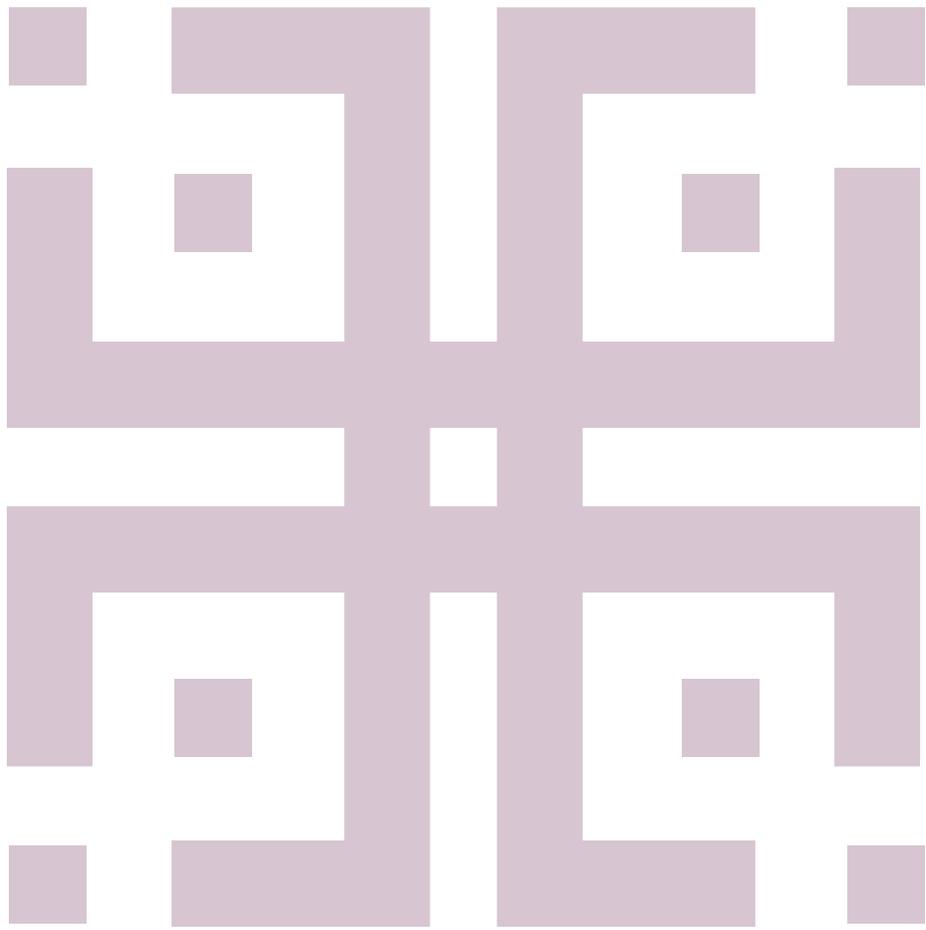
Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Manuel Núñez Poblete

Valparaíso, Chile

2014





“ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO A LA TIERRA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL”

Tesis ganadora del Concurso “Cuenta tu tesis en Derechos Humanos” 2014

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Lorena Fries Monleón, Directora

Miguel Luis Amunátegui Monckeberg

José Aylwin Oyarzún

Carolina Carrera Ferrer

Consuelo Contreras Largo

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Roberto Garretón Merino

Claudio González Urbina

Sergio Micco Aguayo

Manuel Núñez Poblete

Autor

Daniel Rojas Bastidas

Corrección de estilo

Ana María Campillo Bastidas

Diseño y diagramación

Juan Rosales Garrido

Impresión: Maval

ISBN: 978-956-9025-58-7

Registro de Propiedad Intelectual: 244.107

Primera edición: 1000 ejemplares

Santiago de Chile, Diciembre 2014

El Instituto Nacional de Derechos Humanos no se hace responsable por la opinión o el pensamiento del autor de la obra que se publica en esta edición.



“No existe una satisfacción más grande en la vida que preocuparse de la protección y derechos de las personas, en especial de aquellos grupos que se presentan como más vulnerables, y este debe ser el motivo y sustento de toda persona que se interese en la ciencia jurídica”.

Daniel Rojas Bastidas



Daniel Rojas Bastidas nació el 23 de diciembre de 1987 en Huasco, Región de Atacama. Su familia está compuesta por Daniel Rojas Espinosa, su padre, y Patricia Bastidas Naranjo, su madre, además de su hermano José Luis Rojas Bastidas y su hermana Patricia Rojas Bastidas.

Cursó la Educación Básica y Media en el Liceo San Francisco de Vallenar. Actualmente es egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y se encuentra preparando su examen de grado para obtener el título de abogado.

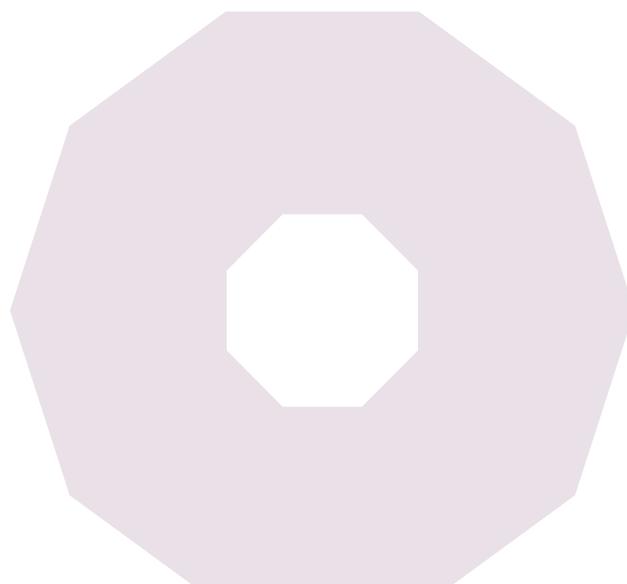
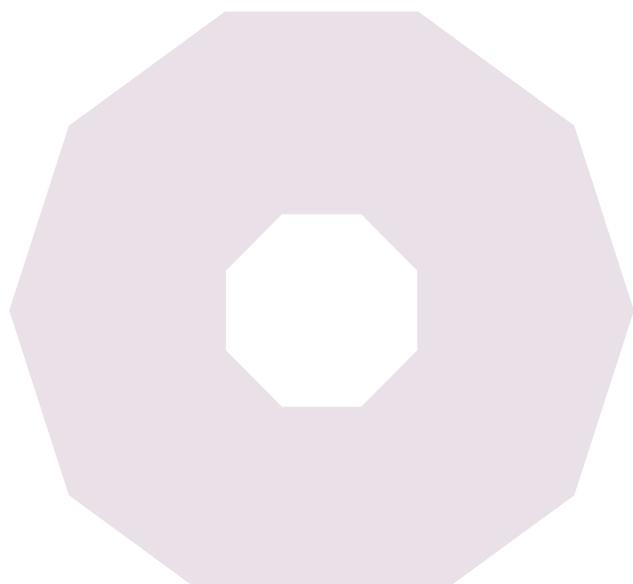
Su tesis, titulada *Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho Internacional*, que contó con la supervisión del profesor Manuel Núñez Poblete, según su propio autor, devela

(...) la importancia de una adecuada regulación y sistematización de los derechos que amparan a la población indígena, y dentro de estos derechos, la importancia del derecho a la tierra, pues corresponde al principal sustento en el desarrollo de sus vidas como pueblos. La consagración de los derechos fundamentales de los pueblos originarios constituye el primer avance en la serie de medidas que permitirán la reparación de la deuda histórica que tiene la sociedad civil con estos pueblos, siendo el derecho a la tierra el elemento que permite materializar todos los demás derechos que les asisten como comunidad.

ÍNDICE

Presentación	10
Introducción	14
1. Nociones básicas	16
1.1. Concepto de “pueblo originario” o “pueblo indígena”	17
1.1.1. El concepto de “pueblo”.....	18
1.1.2. El concepto de “indígena”.....	20
1.1.3. Diferencias con otras figuras del Derecho Internacional.....	23
1.1.4. Conceptos de “pueblo indígena” o “pueblo originario” en el contexto internacional	26
1.2. Conceptos de “tierra” y “territorio”	31
1.2.1. La especial relación de los pueblos indígenas con la tierra y el territorio	32
1.3. Pueblos indígenas y derechos humanos: derechos colectivos	34
1.3.1. La propiedad colectiva de la tierra	35
2. Breve referencia al marco jurídico internacional del Derecho a la Tierra de los Pueblos Indígenas	38
2.1. Sistema Internacional	39
2.1.1. Organización de Naciones Unidas.....	39
2.1.2. Organización Internacional del Trabajo: Convenios 107 y 169.....	41
2.2. Sistema Interamericano	45
2.2.1. Convención Americana de Derechos Humanos	45
2.2.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	46
2.3. Sistema Regional	47
2.3.1. La Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, del año 2001, y la Carta Andina sobre Derechos Humanos del año 2002	47

3. Derecho a la tierra	50
3.1. Concepto	51
3.2. Fundamentos	51
3.2.1. Históricos.....	51
3.2.2. Normativos.....	54
3.3. Naturaleza jurídica	54
3.4. Características	55
3.5. Contenido del derecho a la tierra y su interdependencia con otros derechos	58
3.5.1. Acceso a la tierra.....	58
3.5.2. Derecho de restitución del territorio ancestral	60
3.5.3. Protección frente al desplazamiento forzado.....	61
3.5.4. Derecho a la protección estatal, al acceso a la justicia y a la reparación	61
3.5.5. Derechos de consulta previa y participación.....	61
3.5.6. Derecho al ejercicio de la relación espiritual con la tierra y al acceso a sitios sagrados	62
3.5.7. Otros derechos vinculados al derecho a la tierra	62
3.6. Titulación de las tierras	63
 Conclusiones	66
 Bibliografía	68
 Cuadro tesis ganadoras y menciones honrosas	72





Por tercer año consecutivo, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) realizó el concurso “Cuenta tu tesis en Derechos Humanos”, con el propósito de reconocer aquellos trabajos de titulación de pregrado abocados a la investigación en este campo del saber.

En el marco de la labor de promoción de los derechos humanos, y en su calidad de órgano autónomo del Estado, el INDH ha diseñado e implementado este concurso con el fin de propiciar la integración de estos derechos en la formación profesional universitaria, así como también visibilizar y destacar a quienes han realizado sus tesis de pregrado en esta área de investigación. De esta forma, nuestro propósito es incentivar a los y las jóvenes que se encuentran en el proceso final de obtención de sus títulos profesionales, para estimular y fortalecer su aporte a una cultura de respeto a los derechos humanos en Chile y, a través de ello, impactar en sus carreras y casas de estudio en la toma de conciencia acerca de la importancia de la educación en Derechos Humanos.

Considerando sus distintas versiones, el concurso “Cuenta tu tesis en Derechos Humanos” ya ha recibido más de 130 trabajos de estudiantes de carreras diversas, entre las cuales podemos señalar las siguientes: Ciencias Políticas, Terapia Ocupacional, Pedagogía, Derecho, Sociología, Historia, Administración Pública, Arquitectura, Filosofía, Periodismo, Antropología, Psicología, Diseño, Literatura y Trabajo Social. Tales investigaciones provienen, a su vez, tanto de universidades de la Región Metropolitana de Santiago, como de las Regiones de Valparaíso, Biobío, Coquimbo, Los Ríos, Atacama, Los Lagos y Magallanes.

Más allá de esta diversidad de disciplinas y universidades, las tesis presentadas también han abordado una gran variedad de temáticas vinculadas a los derechos humanos. Así, estos trabajos se han enfocado, entre otros ámbitos, en los derechos económicos, sociales y culturales; la memoria histórica y las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas bajo la dictadura militar en el período 1973-1990; diversas afectaciones de derecho a grupos de especial protección, como pueblos indígenas o migrantes; la igualdad y la no discriminación, y los deberes y obligaciones del Estado.

Es justamente la interacción de enfoques, perspectivas y temáticas lo que constituye una de las principales fortalezas de este concurso, en la medida en que la articulación de esos saberes nutre el discurso de los derechos humanos, al tiempo que lo hace también más cercano y accesible, tanto para la comunidad académica como para la ciudadanía en general.

En su versión 2014, el concurso recibió 35 tesis provenientes de 17 universidades a lo largo de Chile. Los trabajos abordaron diversos derechos humanos, tales como el derecho a la vivienda; el derecho a la libertad de expresión; el derecho de las personas refugiadas; el derecho a la reparación para el caso de las víctimas cuya dignidad humana fue denigrada en el contexto de la dictadura; la vinculación entre la situación de pobreza de comunidades indígenas y los derechos humanos; las discriminaciones que enfrentan mujeres portadoras de VIH en sus puestos de trabajo; la ausencia de escritoras en programas de estudio de Lenguaje y Comunicación, y el cumplimiento de sentencias ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los trabajos fueron evaluados por un jurado independiente y experto en las diferentes áreas relacionadas con los derechos humanos, y estuvo conformado por las siguientes personas: Juan Pablo Cárdenas, periodista, director de Radio Universidad de Chile; Vivianne Hasse, trabajadora social, académica e investigadora en

Género y Derechos Humanos de la Universidad del Biobío; Leonardo Moreno, abogado, director ejecutivo de la Fundación para la Superación de la Pobreza; María Angélica Oliva, investigadora del Centro de Estudios Avanzados (CEA) de la Universidad de Playa Ancha; Francisco Ugás, abogado, secretario ejecutivo del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Wilson Verdugo, terapeuta ocupacional, director del Departamento de Terapia Ocupacional de la Universidad de Magallanes; Pedro Cayuqueo, periodista y escritor, vicepresidente de la Corporación Mapuche Enama; y Víctor Hugo Lagos, de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

El jurado determinó como ganadora la tesis titulada “Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho Internacional”, de Daniel Rojas Bastidas. El autor es egresado de la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En su investigación, Daniel Rojas destaca la importancia de la tierra como el principal medio en el cual se desenvuelven y relacionan los pueblos indígenas, y en el que establecen lazos culturales, religiosos y alimentarios. A su vez, la tesis señala la amenaza permanente que estos pueblos enfrentan en el ejercicio de su derecho colectivo a la tierra, como producto de los intereses económicos involucrados. Así también, el autor explica cómo este derecho se constituye en un piso mínimo sobre el que descansan otros derechos, como, por ejemplo, la autodeterminación y la participación o la consulta. La obra resulta ser un aporte novedoso, que muestra una realidad relevante desde la perspectiva de los derechos humanos en Chile. En efecto, mediante el estudio del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, sobre la base de un análisis conceptual pertinente, este trabajo permite recopilar e identificar los fundamentos, naturaleza jurídica, características y relaciones que este derecho mantiene con otros derechos fundamentales, lo que favorece, a su vez, una mayor difusión y un mayor resguardo de la cultura de estos pueblos.

Paralelamente, y debido a la alta calidad de las tesis presentadas, el jurado decidió otorgar una mención honrosa a los siguientes trabajos: “42 metros cuadrados. De la intermediación de las normas internacionales sobre el derecho a la vivienda adecuada en el plano urbano chileno, aplicable a la regulación de la vivienda social y a la solución del problema habitacional”, de Emilio Marinao, de la carrera de Derecho de la Universidad de Concepción; y “Derecho a la reparación: ¿es un derecho humano de las víctimas de delito? Especial referencia al ordenamiento jurídico chileno”, de Gonzalo Fibla, de la carrera de Derecho de la Universidad Católica del Norte.

Saludamos y alentamos, a todos aquellos y aquellas que presentaron sus trabajos de tesis, a seguir investigando y proyectando su quehacer profesional en el camino de los derechos humanos, desde sus distintas disciplinas y aproximaciones. Sin duda, estos trabajos representan una importante contribución a la construcción colectiva de una cultura respetuosa de los derechos humanos, al tiempo que potencian la inclusión de estas temáticas, tanto en la academia como en el espacio público, en la medida en que se reconoce la importancia de tales derechos como orientadores del proyecto de sociedad que vamos construyendo como comunidad.

Resituar la reflexión sobre la promoción y garantía de los derechos humanos requiere necesariamente de una aproximación amplia y actualizada. Como sociedad, debemos comprender e internalizar la idea de que el estudio y la comprensión de estos derechos no es un mero ejercicio teórico, abstracto, o un asunto “del pasado”, sino que constituye la base fundamental del presente y el futuro que como país queremos construir.

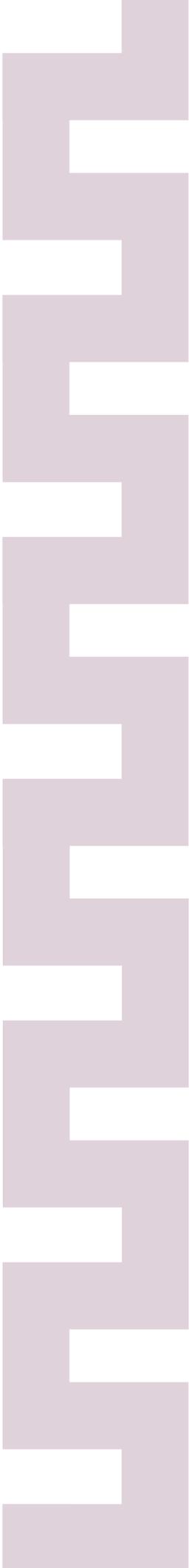
En este desafío, cada una de las tesis presentadas constituye un aporte singular. Es por ello que el concurso “Cuenta tu tesis en Derechos Humanos” se propone seguir insistiendo en la necesidad de considerar, como parte de la misión universitaria, la importancia de formar profesionales con las competencias necesarias para fortalecer una cultura de valoración y ejercicio real de los derechos humanos. En nuestra opinión, tal propósito debería ocupar un lugar destacado en los cambios que hoy las y los estudiantes, y distintos actores políticos, reconocen como indispensables para la mejora de la calidad de la educación en Chile.

La tarea en derechos humanos no es sencilla. En efecto, dicha tarea no solo significa promover la reflexión en un ámbito que no siempre es reconocido al interior de la comunidad académica como primordial, sino que implica, sobre todo, trabajar fuertemente en derribar una serie de prejuicios que en nuestro país comúnmente restringen esta discusión a los horribles crímenes cometidos durante la dictadura. Por ello, nos parece de la máxima importancia incentivar y promover las condiciones necesarias para que docentes, estudiantes, investigadoras e investigadores se aboquen a la tarea de incorporar el enfoque de derechos humanos en sus quehaceres. Este esfuerzo resultará clave para avanzar en la producción y difusión de los conocimientos necesarios, desde la perspectiva de los derechos humanos, y nos permitirá profundizar, asimismo, en nuestras reflexiones y análisis críticos sobre las diversas realidades que nos toca observar en nuestro país. Como Instituto Nacional de Derechos Humanos, esperamos ser un aliado de toda la comunidad en ese camino.

Lorena Fries Monleón

Directora

Instituto Nacional de Derechos Humanos





INTRODUCCIÓN

Hablar del derecho a la tierra de los pueblos indígenas es hablar, en primer término, de pueblos indígenas. Ambas ideas aparecen como indisolubles cuando nos adentramos en ellas, ya que solo es posible la existencia de pueblos indígenas u originarios si es garantizado su derecho a la tierra de forma eficaz.

La tierra es el principal medio en el cual se desenvuelven estos pueblos, y con ella mantienen lazos culturales, religiosos y alimentarios. Es, además, el lugar en el cual han vivido por siglos y, por regla general, quieren seguir viviendo. Actualmente “los pueblos indígenas constituyen un tercio de los 900 millones de personas que viven en zonas rurales en condiciones de extrema pobreza”¹; representan, por tanto, “aproximadamente el 5 % de la población total del mundo, [y] comprenden alrededor del 15 % de la población pobre mundial”². La tierra para estos pueblos constituye su principal sustento, y la pérdida de esta “amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos”³.

En el contexto actual ocurre lo siguiente:

(...) muchas tierras indígenas se han vuelto aún más interesantes (para fines productivos o de extracción minera) para gobiernos y empresas transnacionales que en algunos casos intentan comprarlas (o arrendarlas a largo plazo) y en otros casos simplemente desalojan a las comunidades residentes sin una adecuada compensación que se ajuste a la legislación nacional y a los principios internacionales de derechos humanos.⁴

Lo anterior trae aparejado consecuencias en extremo complicadas, como señalan los mismos autores:

(...) por un lado, a las comunidades les resulta más difícil reivindicar con éxito el derecho a las tierras ancestrales. Por otro lado, se alimenta el conflicto entre las comunidades mismas, pues si bien hay comunidades y personas dispuestas a vender, también hay otras que quieren seguir viviendo conforme a sus tradiciones. El cambio climático, entre otros factores, amenaza, por ende, no solo la base vital de las comunidades indígenas, sino también su cultura, su identidad y su estilo de vida tradicional.⁵

Por su parte, el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola ha destacado el hecho de que el Estado chileno es uno de los cinco en América Latina que no reconoce en su Constitución a los pueblos indígenas y sus derechos:

(...) la Ley 19.253 no reconoció a los pueblos indígenas ni a sus organizaciones tradicionales como tales, sino solo como “etnias”. Tampoco les reconoció derechos políticos –como la autonomía y los sistemas de justicia indígena– ni derechos territoriales –tales como aquellos sobre los recursos naturales–. Las políticas públicas son contradictorias por tratar de incorporar a las comunidades (muchas veces contra su voluntad) a un proyecto globalizador que no respeta su derecho a decidir sus opciones en materia de desarrollo, así como los derechos sobre sus tierras y recursos naturales. Ha existido una tendencia a la criminalización de las demandas indígenas, obteniendo como resultado la violación de derechos individuales básicos y poniendo en evidencia la discriminación de los distintos poderes del Estado del mundo indígena.⁶

¹ GROPPPO, Paolo, CENERINI, Carolina. *Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible*, FAO (junio, 2012), p. 7.

² FAO. *Política de la FAO sobre pueblos indígenas y tribales* (2011), p. 2.

³ OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT; Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO, 169)*, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo (2009), p. 91.

⁴ GROPPPO, Paolo, CENERINI, Carolina, op. cit. (1), p. 7.

⁵ *Ibíd.*

⁶ FIDA. *Nota técnica de país sobre cuestiones de los pueblos indígenas: República de Chile* (noviembre, 2012), p. 11.

Resulta necesario, por lo tanto, una adecuada regulación y sistematización de los derechos que amparan a la población indígena. Entre ellos, la importancia del derecho a la tierra es crucial, pues corresponde este al principal sustento en su desarrollo como pueblos originarios, y constituye también el elemento que permite materializar todos los otros derechos que les asisten como comunidad.

El presente trabajo busca –en tanto objetivos específicos– realizar un estudio conceptual de los elementos que dan forma a este derecho; determinar el sentido de propiedad tal como es entendido en las sociedades indígenas; establecer la naturaleza de la relación que mantienen estas con las tierras que habitan, además de recopilar las fuentes más importantes que en materia internacional consagran este derecho fundamental; y por último, efectuar una sistematización y conceptualización del derecho a la tierra, mediante la identificación de sus fundamentos, naturaleza jurídica, características, contenido, y de las relaciones entre este y otros derechos.

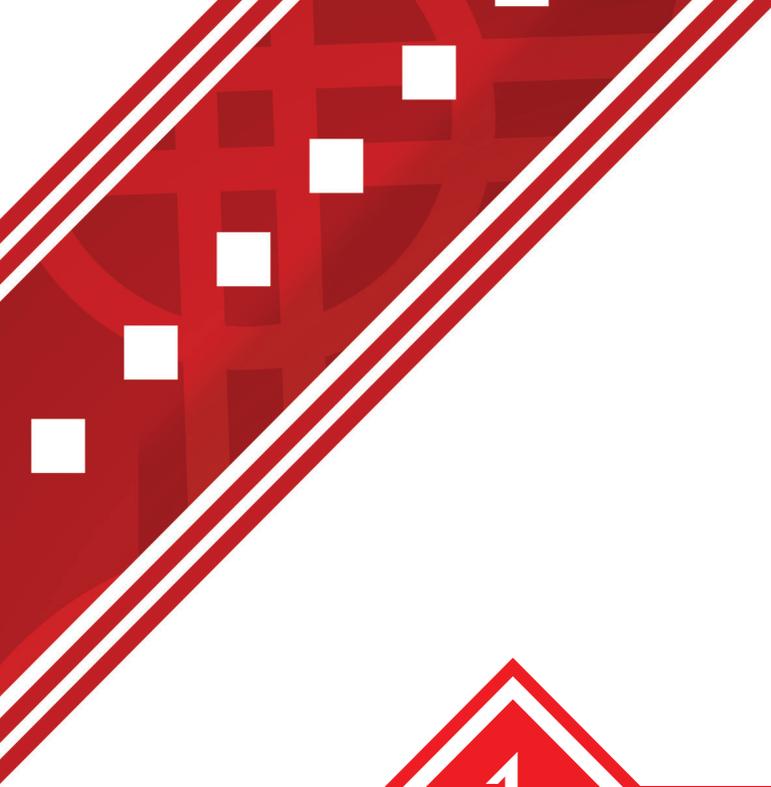
Sobre la base de tales objetivos es posible generar un soporte teórico, basado en argumentos técnicos y jurídicos del Derecho Internacional, para una sistematización del derecho a la tierra de los pueblos indígenas. De esta forma será posible contribuir a la difusión de sus derechos, garantizando así una adecuada protección de estos pueblos y de su cultura.

Con todo, cabe destacar que cada realidad indígena es distinta, y no solo varía de nación en nación, sino también de pueblo en pueblo. Desde esa perspectiva, este trabajo no busca dar una única interpretación a la cuestión indígena, ni adentrarse en un análisis casuístico de los problemas de los distintos pueblos, sino más bien analizar, sobre la base de los conceptos que componen este derecho, su alcance y características en el marco del Derecho Internacional. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso reconocer que las legislaciones internas de los países no siempre cumplen con los estándares que la comunidad internacional establece.

Para realizar dichos objetivos revisaremos textos doctrinales elaborados por profesores y profesoras expertos en Derecho Indígena e Internacional, entre los que destacan los informes de los Relatores Especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como también aquellos elaborados por instituciones públicas internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Organización Internacional del Trabajo, entre otras.

También hemos recurrido a los trabajos preparatorios del Convenio 169 de los años 1988 y 1989, y a las sentencias relevantes en esta materia dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Otra valiosa fuente de información son los tratados vigentes sobre la materia, tanto en el ámbito internacional, como interamericano y regional.





NOCIONES BÁSICAS



En principio, resulta imperioso acercarse a las distintas ideas que componen el objeto de análisis de este trabajo, dado que cada palabra implica un concepto con sus propias características. Así, el concepto de “derecho a la tierra de los pueblos indígenas” debe ser desglosado, para distinguir y comprender exhaustiva y cabalmente los elementos que le dan forma.

Analizaremos los conceptos de “pueblo originario” o “pueblo indígena”, y aquellas nociones denominadas “territorio” y “tierra”, como el objeto de este derecho. Veremos también el especial vínculo que establecen los pueblos indígenas con las tierras y territorios que ocupan, así como también su visión de propiedad colectiva de la tierra, claramente diferenciable de la idea de propiedad del derecho común.

1.1. Concepto de “pueblo originario” o “pueblo indígena”

La definición de pueblo originario o indígena en el Derecho Internacional no ha sido fácil. En primer lugar, debido a la diversidad que presentan estos pueblos, pero también, como una causa determinante, debido a la incapacidad de los Estados liberales de dar respuestas claras a los requerimientos de una sociedad multicultural⁷. En este sentido, el profesor Freeman ha dicho:

*This lacuna in liberal-democratic theory is manifested by the problematic status of indigenous peoples, who are nations without states, and who have been variously conceptualized by liberal states as alien peoples, as minorities with special rights, and as aggregates of individuals, but rarely with respect for either their collective values or the rights of their individual members.*⁸

Esta falta de reconocimiento adecuado por parte de los Estados liberales, que denuncia el profesor Freeman, ha llevado a que la mayoría de las legislaciones internas hayan regulado el derecho indígena desde una perspectiva errada, desde una óptica de asimilación e integración, apartándose de la orientación de la doctrina internacional, principalmente en los trabajos realizados por la OIT y la ONU.

Nos encontramos, pues, ante un concepto de difícil comprensión, toda vez que carece de una definición certera. En palabras de Stavenhagen, “en el ámbito internacional no existe una definición internacionalmente convenida de pueblos indígenas”⁹. Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala lo siguiente: “Una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva”¹⁰.

Sin embargo, esto no debería constituir un problema, pues, como expresa el profesor Gonzalo Aguilar, “existen diversos conceptos en derecho internacional que son objeto de aplicación regular y no se encuentran definidos por el Derecho Internacional”¹¹. A este respecto, la OIT ha llegado incluso a decir que esta definición no es necesaria para proteger los derechos humanos de estos pueblos¹².

⁷ AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo. *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, (Santiago 2007), p. 307.

⁸ FREEMAN, M. *Are there collective human rights? Political studies*, vol. 43., *special issue* (1995), p. 40; cit. por AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, op. cit. (7), p. 308.

⁹ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, 2002. E/CN.4/2002/97, párr. 92.

¹⁰ CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales; normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (2010)*, p. 10.

¹¹ AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, op. cit. (7), p. 308.

¹² OIT, op. cit. (3), p. 9.

Hechas estas previsiones, en el Derecho Internacional existen diversos criterios que nos permiten adentrarnos en el concepto de pueblo indígena, así como también diversas propuestas de definición, ya sea de organismos internacionales como de distintos expertos en esta materia.

1.1.1. Concepto de “pueblo”

El Derecho Internacional no nos proporciona una definición completa, acabada e inequívoca de lo que debemos entender por pueblo. Es más, estamos en presencia de un concepto polisémico¹³. Aun así, podemos adoptar la siguiente noción como válida para comprender por qué las comunidades indígenas pueden ser entendidas como pueblos:

(...) aquella comunidad humana o grupo social que comparte una serie de características comunes y una identidad singular que los hace diferente a otros. Además, a los mismos se les puede atribuir una serie de elementos objetivos que los hacen cognoscibles: puede ser, sin que tengan que estar todos presentes, una lengua común, un origen étnico común, un devenir histórico compartido, una misma religión, una cultura propia y también una voluntad de tener un autogobierno o una autonomía política.¹⁴

El hecho de calificar o no a las comunidades indígenas como pueblos es una cuestión de vital importancia, principalmente por la consecuencia práctica que deriva de esta denominación, esto es el derecho a la libre determinación¹⁵. Los pueblos indígenas, como ha dicho la Relatora Irene Daes, “tienen gobiernos tradicionales y legítimos, una cultura, una historia y lazos raciales y religiosos, una base económica común y territorios. Por eso, estas características les habilitan para ser reconocidos como pueblos”.¹⁶

El profesor Gonzalo Aguilar, en su obra *Dinámica internacional de la cuestión indígena*, al adentrarse en el concepto de pueblo¹⁷ según el Derecho Internacional, y con el propósito de establecer si este es aplicable o no a las comunidades indígenas, nos dice lo siguiente:

Un análisis comparativo entre la definición de comunidades indígenas propuesta por el Relator Especial Martínez Cobo, y los elementos de las distintas definiciones de pueblo planteadas en el seno de la ONU, arroja como resultado que ambos conceptos comparten elementos comunes. En primer lugar, en ambos se encuentran presentes ciertos rasgos objetivos, tales como lenguas, religiones, historia o identidad cultural común. En segundo lugar, ambos son grupos humanos con conciencia colectiva de sí mismos, en el sentido de que saben que poseen unas determinadas características compartidas que los distinguen de otros grupos humanos. Finalmente, en los dos conceptos se puede encontrar una solidaridad de grupo con la voluntad de tener un proyecto de vida en común.¹⁸

Esto, sin perjuicio de que las comunidades indígenas poseen otros elementos diferenciadores del concepto general de pueblo, que las especifican y permiten su denominación de pueblo indígena u originario. De esta forma, vemos que los pueblos indígenas poseen una etnicidad propia que buscan preservar, con la

¹³ MARTIN LÓPEZ, Miguel Ángel. *Soberanía popular y derecho internacional* (Barcelona), p. 11.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 12.

¹⁵ PAPADOPOLO, M. *El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas*, p. 11, cit. por AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, op. cit. (7), p. 384.

¹⁶ DAES, E.-I. Native peoples rights, en *Les cahiers de droit*, vol. 27, núm. 1/1986, p. 127. cit. por AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, op. cit. (7), p. 388.

¹⁷ Para más información sobre el concepto de pueblo, ver AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, op. cit. (7), pp. 373-387.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 388.

salvedad de que la categoría de pueblo indígena excede a la de mero grupo étnico¹⁹. Los pueblos indígenas u originarios poseen también otro elemento diferenciador, compuesto principalmente por la idea de pueblo originario y su ocupación histórica de la tierra, es decir, desde sus “orígenes”, lo que se ha denominado “la propiedad ancestral” de las mismas²⁰.

Es por esto que no nos debe sorprender el hecho de que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en Nueva York el 13 de septiembre del 2007, ratifique estos lineamientos doctrinales calificando a las comunidades indígenas como verdaderos pueblos. Es así como en su Anexo se puede leer lo siguiente:

(...) Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales.

Así también, en su articulado se les reconoce de manera expresa la principal y más importante consecuencia derivada del reconocimiento de una entidad como “pueblo”, esto es el principio de “autodeterminación” o “libre determinación”. En concreto, en sus artículos 3° y 4° la Declaración se expresa en los siguientes términos:

(...) los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Y agrega:

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

A esto debemos añadir que los cuatro países angloparlantes que se opusieron férreamente a la Declaración –Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Estados Unidos–, han cambiado su postura inicial sobre el tema y actualmente la apoyan²¹. Por último, debemos decir que si bien la aprobación de la Declaración del año 2007 ha representado un avance enorme en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, y se ha mostrado satisfactoriamente aclaratoria respecto de los derechos que les asisten especialmente, dicha Declaración no tiene carácter vinculante para los Estados que la suscriben. Esto, sumado a las cláusulas de salvaguarda²² adoptadas durante la aprobación del Convenio 169 de la OIT²³ y la declaración final de la Conferencia de Durban²⁴, no nos permite terminar de manera definitiva con los cuestionamientos que algunas pocas voces disidentes aún mantienen sobre la calificación de las comunidades indígenas como pueblos propiamente tales según el Derecho Internacional.

¹⁹ IIDH. Los derechos de las poblaciones indígenas y la labor del juez, en *Udicium et vita*, núm. 6 (1998), p. 26 cit. por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 389.

²⁰ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 389.

²¹ Announcement of US Support for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/184099.pdf> y consultado el 25 de enero de 2013.

²² CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel. *La contratación internacional: guía práctica* (Esic, 1999), p. 30.

²³ En Chile el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 309, 4 de agosto de 2000, al tratar la constitucionalidad del Convenio 169 manifestó una opinión contraria a la sostenida en este trabajo, señalando que otra interpretación volvería al Convenio evidentemente inconstitucional. El Tribunal Constitucional señala en sus considerandos un argumento de texto, esto es, la no utilización del vocablo “pueblo” en la Ley Indígena N° 19.253, y la utilización, en su remplazo, del vocablo “etnia”. Para más información, ver NÚÑEZ POBLETE, Manuel (Director), *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas*, edición anotada, (Ed. Librotecnia, 2010) pp. 288-289.

²⁴ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 392.

Con todo, es constatable que existe una mayoría muy amplia que apoya la tesis de que estamos en presencia de verdaderos pueblos, en el sentido que el Derecho Internacional establece, con las consecuencias prácticas que derivan del derecho a la autodeterminación o a la libre determinación. Dicho esto, nos hacemos eco de las palabras de la Relatora Daes:

*Indigenous groups are unquestionably “peoples” in every political, social, cultural and ethnological meaning of this term. They have their own, specific languages, laws, values and traditions; their own long histories as distinct societies and nations; and a unique economic, religious, and spiritual relationship with the territories in which they have lived.*²⁵

1.1.2. El concepto de “indígena”

Sin perjuicio de que existen distintos términos para referirse a los pueblos indígenas –sea indígena, originario, nativo, aborígen o autóctono–²⁶, también distintos grupos étnicos caben dentro de este concepto, como se observa en la cita a continuación:

*(...) the diverse indian and aboriginal societies of the western hemisphere, the Inuit and Aleut of the artic, the aboriginal peoples of Australia, the Maori of Aotearoa (New Zeland), Native Hawaiians, and other Pacific Islanders, the Sami of the European far North, and at least many of the tribal or culturally distinctive non-dominant peoples of Asia and Africa.*²⁷

En efecto, siempre se responde a la misma noción: se es indígena si se tiene una vinculación especial con la tierra en que se vive o se quiere vivir, es decir, una raíz ancestral vinculada a esta, mucho más profunda que la de otros sectores sociales que habitan en el mismo territorio²⁸. El término “indígena”, que viene a ser la expresión más comúnmente utilizada, se explica de la siguiente forma en palabras de la Relatora Daes:

El inglés y el español comparten una raíz común con el término latino *indigenae*, que se utilizaba para distinguir entre las personas que habían nacido en un lugar determinado y las que procedían de otros lugares (*advenae*). La expresión francesa *autochtone* tiene, en cambio, una raíz griega, y al igual que la expresión alemana *ursprung*, sugiere que el grupo a que se refiere fue el primero que existió en un lugar determinado. Así pues, las raíces semánticas de las expresiones utilizadas históricamente en el Derecho Internacional moderno comparten un elemento conceptual común: la prioridad en el tiempo.²⁹

A pesar de que el elemento temporal es una característica de suma importancia a la hora de precisar el concepto de indígena, este no satisface de forma completa todas las aristas que dicho concepto posee, y se hace necesario vincularlo con otros criterios que lo completan³⁰. Existe, por lo tanto, una

(...) continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión o colonización; caracterización cultural propia y diferenciada del resto de la población del Estado; consideración como grupos no dominantes; poseer

²⁵ DAES, E.-I. *Native People´s Rights*, párr. 7; cit. por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 391.

²⁶ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 310.

²⁷ ANAYA, James. *Indigenous peoples and the international system* (2009), p. 1.

²⁸ *Ibid.*, p. 1.

²⁹ Documento de trabajo de la Presidente-Relatora, Sra. Érica-Irene A. Daes, sobre el concepto de “pueblos indígenas”. Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. 14º período de sesiones (19 de julio a 2 de agosto de 1996). Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2. Párr. 10, cit. por Andrés, “Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas”; Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, pp. 51-52.

³⁰ ARTEAGA, Andrés. “Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas”; Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, (Concepción, 2007) p. 52.

una especial relación con la tierra deseando conservar dicha relación y transmitirla a sus descendientes; conciencia de grupo con deseo de continuar su existencia diferenciada; y autoidentificación (Arteaga, Andrés. 2007, p. 52).

En efecto, la autoidentificación de los pueblos indígenas es un elemento trascendental:

(...) el concepto de indígena está basado también en la identificación colectiva que el propio pueblo indígena pueda hacer de sí mismo y, por lo tanto, de cada uno de sus miembros. El autorreconocimiento, es decir, el derecho de la comunidad a definir sus propios miembros, es un ejercicio de identidad colectiva indígena. En definitiva, lo que define a un pueblo indígena y determina su visión holística del mundo es la identidad que él tiene de sí mismo en cuanto comunidad que forma parte de la naturaleza, de “lo creado”. En consecuencia, solo los propios indígenas pueden determinar quiénes comparten sus valores cosmogónicos.³¹

Sobre este respecto, el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 1.1 (b), al señalar su ámbito de aplicación establece que serán considerados indígenas:

(...) por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la pertenece el país en la época de la Conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

A su vez, en su artículo 1.2 establece que “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”.

En la Guía de Aplicación del Convenio 169 se establecen distintos criterios objetivos, a saber, la continuidad histórica, la conexión territorial y las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias o se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo está dado por la autoidentificación colectiva en tanto pueblo indígena³². A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, si bien no otorga una definición del concepto “indígena”, establece en su artículo 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Con respecto a este punto, cabe destacar que la legislación chilena, en la Ley Indígena 19.253, estableció el siguiente concepto de “indígena”:

Artículo 1°. - El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura.

³¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 316.

³² CIDH, op. cit. (10), p. 10.

A su vez, en el artículo segundo de la mentada ley se exponen los siguientes criterios:

Se considerarán indígenas, para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva;

Se entenderá por hijos de padre o madre indígena a quienes descendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena;

Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones; y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas.

Esta definición significa un avance en lo que se refiere a la comprensión del concepto “indígena” por parte del Estado, pues la antigua ley indígena (17.729) establecía un concepto que obviaba el tema de la autoidentificación. Dicha ley establecía una definición que seguía tres criterios: territorial-reduccionista, lingüístico y étnico, siendo este último el más determinante³³. Esto explica la principal crítica que se formulaba a esta ley, a saber:

La identidad, en el caso del Artículo 1º de la Ley Nº 17.729, era, por el contrario, asignada por un acto de la autoridad y por la posesión de signos diacríticos insuficientes por sí solos para configurar el “etnos indígena”. Con ello se dejaba de lado el elemento psicológico que involucraba el sentido de pertenencia necesario para que cada individuo se sintiera parte de su pueblo, y por ende, practicara y mantuviera su identidad cultural.³⁴

La nueva ley ha modificado en parte este criterio, como lo han manifestado algunos autores:

(...) así, después de más de un siglo de una política de corte deliberadamente asimilacionista, el Estado chileno ha puesto en marcha una política indígena que, según la tipología establecida en el informe Martínez Cobo, combina la fusión y el pluralismo.³⁵

Empero, los mismos reconocen las múltiples falencias en las que sigue incurriendo esta ley, que se manifiestan en el cuerpo de la misma³⁶.

³³ VALENZUELA, Mylène. “La política indígena del Estado Chile y la legislación mapuche”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, revisada y complementada por su autora en diciembre del año 2002, pp. 96-100.

³⁴ *Ibid.*, p. 100.

³⁵ BOCCARA, Guillaume; SEQUEL-BOCCARA, Ingrid. *Políticas indígenas en Chile (siglos XIX y XX) de la asimilación al pluralismo: El caso mapuche*. Nuevo Mundo Mundos Nuevos [En línea], BAC - Biblioteca de Autores del Centro, Boccara, Guillaume; Puesto en línea el 14 de febrero de 2005. Texto disponible en: <http://nuevomundo.revues.org/594>; DOI: 10.4000/nuevomundo.594 párr. 67, consultado el 28 de enero de 2013.

³⁶ *Ibid.*, párr. 67-71.

A modo de conclusión, es pertinente recordar la siguiente frase de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay: “la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma como esta se autoidentifique”³⁷.

1.1.3. Diferencias con otras figuras del Derecho Internacional

Antes de aproximarnos a los intentos de elaboración de un concepto de “pueblo indígena”, debemos resolver los posibles conflictos con otras figuras del Derecho Internacional que pueden llevar a confusión en lo que se refiere al “derecho indígena”.

Una evidente relación se observa entre los conceptos “indígena” y “tribal”, principalmente porque ambos son tratados de forma conjunta –y en ocasiones indiferenciada– en gran parte de los textos que abordan la problemática indígena.

Un pueblo tribal es definido de la siguiente forma por la Corte IDH:

(...) un pueblo que no es indígena a la región que habita pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.³⁸

En la práctica, la distinción entre pueblo indígena y pueblo tribal es poco clara, ya que por regla generalísima todo lo dicho respecto a los pueblos indígenas es también aplicable a los pueblos tribales. Es así como el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 1.1 a), extiende su ámbito de aplicación también a estos pueblos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos nos dice que, “tal como ocurre con los pueblos indígenas, un grupo en particular se puede considerar como “tribal” dependiendo de una combinación de factores objetivos y subjetivos”. Según ha explicado la OIT, los elementos objetivos que caracterizan a los pueblos tribales incluyen:

(i) una cultura, organización social, condiciones económicas y formas de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo, en sus formas de sustento, lengua, etc.; y (ii) tradiciones y costumbres propias, o un reconocimiento jurídico especial.

El elemento subjetivo consiste en la identificación propia de estos grupos y de sus miembros como tribales. Así, un elemento fundamental para la determinación de un pueblo tribal es la autoidentificación colectiva e individual como tal. El criterio fundamental de autoidentificación, según el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT, es igualmente aplicable a los pueblos tribales³⁹.

La CIDH ha establecido como una obligación de los Estados la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento de los derechos de los pueblos tribales, incluido el derecho a la posesión

³⁷ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214, párr. 37.

³⁸ CORTE IDH. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172, párr. 79.

³⁹ CIDH, op. cit. (10), pp. 11-12.

colectiva de la propiedad. En este sentido, menciona explícitamente:

(...) la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en relación con el derecho de propiedad colectiva, se aplica no solo en relación con los pueblos indígenas, sino también en relación con los pueblos tribales, que mantienen sus formas de vida tradicionales basadas en un vínculo especial con sus tierras y territorios. Así, en los casos Aloboetoe, comunidad Moiwana y Saramaka, las víctimas pertenecían a diversas comunidades o pueblos que forman parte de la población *maroon* de Surinam, descendientes de esclavos autoemancipados que se asentaron en sus territorios desde el periodo colonial, y que por tanto no se consideran, en sentido estricto, “indígenas”. La Corte consideró que los *maroon* constituyen pueblos o comunidades tribales”.⁴⁰

Una segunda consideración se refiere a la distinción que es necesario hacer entre pueblos indígenas y meras poblaciones. Al respecto, Díez de Velasco afirma que las poblaciones son “un conjunto de personas que de modo permanente habitan el territorio del Estado y están en general unidas a este por vínculo de la nacionalidad”⁴¹. A su vez, la Corte Suprema de Canadá, en el caso de la secesión de Quebec de 1998, declaró:

La población equivale a la comunidad nacional, esto es, el conjunto de personas unidas al Estado por el vínculo jurídico y político de la nacionalidad, el grupo humano diferenciado que se agrupa en cada sociedad estatal.⁴²

Se suma a esto la siguiente afirmación:

(...) en sentido estrictamente jurídico, población es uno de los elementos constitutivos del Estado ante el ordenamiento internacional. De acuerdo con el artículo 1 de la Convención de Montevideo sobre los Derechos y Deberes de los Estados, adoptada en esa ciudad el 26 de diciembre de 1933, la población es uno de los requisitos del Estado⁴³.

Resulta, por tanto, relativamente claro por qué los Estados, erróneamente, buscan calificar como “poblaciones” y no como “pueblos” a las comunidades indígenas, pues las implicancias en cuanto a una jurisdicción diferenciada, a la idea de nación implícita en el concepto de pueblo, y a las consecuencias derivadas del reconocimiento del derecho a la autodeterminación, son cuestiones que por lo general dichos Estados han buscado evitar. Más aún, el Convenio 107 de la OIT utilizó esa terminología para referirse a los pueblos indígenas.

A modo de conclusión, y citando a Andrés Arteaga, podemos decir que las diferencias entre “pueblo” y “población” radican principalmente en los siguientes aspectos:

(...) en estas se incluye una diversidad de pueblos sin considerar las particularidades de cada uno. Es un concepto estadístico que determina a las personas que viven en un Estado específico, y que no da cuenta de la heterogeneidad cultural, étnica y lingüística de ellas. Es por esto que no se estima adecuado para referirse a los pueblos indígenas.⁴⁴

⁴⁰ CIDH, op. cit. (10), p. 12.

⁴¹ DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 219.

⁴² AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 370.

⁴³ *Ibid.*, p. 369.

⁴⁴ ARTEAGA, Andrés, op. cit. (30), p. 48.

Por último, es necesario distinguir a los pueblos indígenas de lo que en Derecho Internacional se ha denominado “minorías”. Esta denominación, en un primer momento, constituyó una suerte de esfera de protección para los pueblos indígenas, de acuerdo al llamado “derecho de las minorías”, principalmente en lo que se desprende del articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵. Sin embargo, dicha denominación fue cuestionada por especialistas, algunos de los cuales señalaron

(...) que realizar una aproximación a los derechos de los pueblos indígenas mediante este concepto no era del todo apropiado, pues no se lograba un reconocimiento de su propia especificidad y de sus diferencias con otros grupos de personas, por lo que era necesario lograr un reconocimiento de sus derechos, pero como grupo humano particular y con características ajustadas a su realidad. Esto se trató de corregir con la Declaración de Viena de 1993, que separa la condición de pueblo indígena (artículo 20°) de la de grupo minoritario (artículo 19°).⁴⁶

En efecto, la Declaración de Viena, en los artículos señalados, reza lo siguiente:

19. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esas personas.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma la obligación de los Estados de velar por que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de total igualdad ante la ley, de conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

Las personas pertenecientes a minorías tienen derecho a su propia cultura, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma en público y en privado, con toda libertad y sin injerencia ni discriminación alguna.

20. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan. Considerando la importancia de las actividades de promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas y la contribución de esas actividades a la estabilidad política y social de los Estados en que viven esos pueblos, los Estados deben tomar medidas positivas concertadas, acordes con el Derecho Internacional, a fin de garantizar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, sobre la base de la igualdad y la no discriminación, y reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social.

⁴⁵ CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro. *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales, el caso del Perú*. Centro Peruano de Estudios Sociales (Cepes), pp. 35-36.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 36.

Entre los conceptos de pueblo indígena y de minoría existen evidentes similitudes, como por ejemplo, el hecho de que ambos grupos poseen determinadas tradiciones culturales o legales, características étnicas, religiosas o lingüísticas; o que ambos grupos se ubican en una posición no dominante, y manifiestan una conciencia colectiva de sus singularidades. Pero existen también importantes diferencias, dentro de las cuales está la presencia de un elemento cuantitativo en el concepto de minoría, aunque dicha cuestión resulta irrelevante a la hora de hablar de los pueblos indígenas. Por otro lado, el concepto de pueblos indígenas incluye la idea de la ocupación ancestral de las tierras, en virtud de la ascendencia común de los ocupantes originarios de esas tierras y de su especial vinculación con estas⁴⁷.

El profesor Aguilar Cavallo concluye al respecto:

(...) estas características marcan la diferencia entre una minoría y una comunidad indígena. La ascendencia común con sus ancestros y la especial relación mítica y espiritual que los une inexorablemente a la tierra, constituyen dos elementos de peso para trazar la línea divisoria entre minorías y pueblos indígenas. En efecto, una minoría no requiere de esta continuidad histórica para ser considerada como tal; basta con que se den los elementos que hemos mencionado.⁴⁸

Por su parte, las organizaciones indígenas no se reconocen como minorías

(...) sino [como] pueblos o naciones “originarias” y por ello acreedores de derechos históricos que no necesariamente comparten con las minorías (por ejemplo, grupos étnicos inmigrantes). Reclaman haber sido víctimas de invasiones, conquistas y despojos en tiempos históricos, por lo que exigen la restitución de derechos perdidos y no la protección de derechos concedidos. También señalan que sus antepasados fueron naciones soberanas, sojuzgadas (...) e incorporadas a unidades políticas (Estados, Imperios) extrañas, muchos de los cuales firmaron o fueron obligados a firmar, en algún momento, tratados con los invasores, mediante los cuales perdieron su soberanía; tratados que luego fueron violados o abrogados unilateralmente por los Estados respectivos.⁴⁹

Para finalizar, es necesario aclarar que hoy en día, tanto en el ámbito de la doctrina internacional como también de los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas, se distingue claramente entre minorías y pueblos indígenas otorgándoles un estatuto más protector a estos últimos y, en definitiva, una protección jurídica especial.

1.1.4. Conceptos de “pueblo indígena” o “pueblo originario” en el contexto internacional

No existe ninguna definición de pueblo indígena aceptada por todos, ni una noción unívoca del concepto. Sin embargo, desde distintos ámbitos o sectores sociales, se han establecido ciertas directrices que nos permiten identificar a un pueblo indígena como tal.

Aguilar Cavallo clasifica los intentos de elaboración de un concepto de pueblo indígena y originario en cuatro categorías, a saber: las propuestas doctrinales, las indígenas, las de los Estados y las de las organizaciones internacionales⁵⁰. A su vez, Andrés Arteaga clasifica estos intentos según los criterios emanados de Naciones Unidas, de los convenios internacionales, de los pueblos indígenas, y de los grupos de trabajo⁵¹.

⁴⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), pp. 393-394.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 395.

⁴⁹ ARTEAGA, Andrés, op. cit. (30), p. 53.

⁵⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), pp. 327-355.

⁵¹ ARTEAGA, Andrés, op. cit. (30), pp. 51-61.

Dentro de las propuestas doctrinales de definición de los pueblos indígenas encontramos las de Stavenhagen, quien, en dos oportunidades distintas, ha elaborado conceptos más o menos inclusivos, variando hacia una definición de carácter genérico y, por lo tanto, también más imprecisa. La primera definición elaborada por Stavenhagen, en su obra *The Ethnic Question: Conflicts, Development and Human Rights*, señalaba:

(...) una población indígena constituye un grupo étnico reconocible objetivamente gracias a diversos elementos lingüísticos, religiosos y culturales, etc.; igualmente, los miembros del grupo tienen conciencia de poseer una identidad común, y se encuentran ellos mismos diferentes de la sociedad que los domina.⁵²

La segunda definición corresponde al texto denominado *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, en el que afirma: “Simplemente son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un territorio dado cuando este fue invadido, conquistado o colonizado por una potencia o una población extranjera”⁵³.

Ambas definiciones carecen de la especificidad necesaria a la hora de categorizar a los pueblos indígenas, y la segunda definición adolece incluso de un error –sin mencionar su carácter vago e impreciso–, puesto que las invasiones, conquistas o colonizaciones no definen el carácter de pueblo indígena y solo son plenamente coincidentes con una porción mayoritaria de los pueblos indígenas americanos. En efecto, respecto de los pueblos indígenas de otras latitudes, estas cuestiones presentan diversos matices.

James Anaya, por su parte, define a los pueblos indígenas al analizar separadamente los conceptos que le dan forma a esa definición:

(...) they are indigenous because their ancestral roots are embedded in the lands in which they live, or would like to live, much more deeply than the roots of more powerful sector of society living on the same lands or in close proximity. Furthermore, they are people to the extent they comprise distinct communities with a continuity of existence and identity that links them to the communities, tribes, or nations of their ancestral past.⁵⁴

Entre las propuestas de definición elaboradas desde la perspectiva de los propios pueblos indígenas, es interesante resaltar la siguiente, realizada por el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas:

*The term indigenous people refers to people living in countries which have a population composed of differing ethnic or racial groups who are descendants of the earliest populations living in the area, and who do not as a group control the national government of the countries within which they live.*⁵⁵

Debemos mencionar, necesariamente, que “las organizaciones indígenas han insistido ante el GTPI que no corresponde a los gobiernos determinar qué constituye una nación o un pueblo, sino que deben decidirlo los propios pueblos”.⁵⁶

⁵² STAVENHAGEN, R. *The Ethnic Question: Conflicts, Development and Human Rights*, p. 97, cit. por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. op. cit. (7), p. 329.

⁵³ STAVENHAGEN, R. *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, p. 128, cit. por AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 329.

⁵⁴ ANAYA, James, op. cit. (27), p. 1.

⁵⁵ CENTER FOR WORLD INDIGENOUS STUDIES. *The need for international conventions: a world council of indigenous people* (Abril, 1981). Texto disponible en: <http://cwis.org/GML/International/intconv.txt> y consultado el 23 de enero de 2014.

⁵⁶ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. La aspiración indígena a la propia identidad. En revista *Universum*. Vol. 21, N° 1, Universidad de Talca. Talca, 2006, pp. 106-119. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762006000100007&lng=es&nrm=iso y consultado el 23 de enero de 2006.

Los Estados, por su parte, también han propuesto distintas definiciones. En Chile, el artículo 9° de la Ley Indígena 19.253 los define del siguiente modo:

(...) toda agrupación de personas, pertenecientes a una misma etnia indígena y que se encuentren en una o más de las siguientes situaciones: provengan de un mismo tronco familiar; reconozcan una jefatura tradicional; posean o hayan poseído tierras indígenas en común; provengan de un mismo poblado antiguo.

Mediante tal definición, el Estado chileno solo hace referencia a las comunidades indígenas, sin mencionar la calidad de pueblos que estas poseen. En cuanto a las definiciones propuestas por las organizaciones internacionales, veremos las proposiciones del Banco Mundial, de la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, y de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. Veremos también aquellas elaboradas tanto por la OIT como por la ONU, en el marco de tratados internacionales o grupos de trabajo, y las confeccionadas por los Relatores Especiales de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A su vez, la Directriz Operativa OD 4.20 del Banco Mundial, al abordar la definición de pueblos indígenas, señala:

Debido a que sus circunstancias son diversas y cambiantes, no es posible captar la diversidad de las poblaciones indígenas en una única definición. Usualmente, las poblaciones indígenas constituyen uno de los segmentos más pobres de la población. Se dedican a actividades económicas que abarcan desde la agricultura migratoria en los bosques o sus proximidades, hasta el trabajo asalariado o, inclusive, las actividades en pequeña escala orientadas al mercado. La existencia, en diversos grados, de las siguientes características permite identificar a las poblaciones indígenas en zonas geográficas determinadas:

- a) un fuerte apego a los territorios ancestrales y a los recursos naturales de esas zonas;
- b) el hecho de que se identifiquen a sí mismas, y sean identificadas por terceros, como miembros de un grupo cultural bien definido;
- c) un idioma indígena que, con frecuencia, es diferente al idioma nacional;
- d) la existencia de instituciones sociales y políticas usuales, y
- e) la producción enfocada principalmente hacia la subsistencia.⁵⁷

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe ha intentado también elaborar una definición, desde la perspectiva de lo que dicha comisión entiende como población indígena en Latinoamérica y el Caribe, a saber:

(...) nos referimos, en primer término, a los pueblos indígenas como los grupos descendientes directos de los pueblos que habitaban América Latina y el Caribe a la llegada de los europeos en el siglo XV, que poseen una lengua y cultura propias y que comparten formas de vida y cosmovisiones particulares, diferenciadas de las occidentales.⁵⁸

⁵⁷ BANCO MUNDIAL. *Manual de operaciones: Directriz operacional 4.20* (1991). Disponible en http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/b60a30004885573ebbc4fb6a6515bb18/OD420_Spanish.pdf?MOD=AJPERES y consultado el 24 de enero de 2013.

⁵⁸ BELLO, Álvaro; MARCEL, Marta. La equidad y la exclusión de los indígenas y afrodescendientes en América y el Caribe. CEPAL, *Revista CEPAL* n° 76 (abril, 2002). Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/19332/lcg2175e_Bello.pdf y consultado el 24 de enero de 2013.

Como ya se ha señalado en este trabajo, definiciones de este tipo tienen un ámbito de aplicación limitado y no entregan una noción omnicompreensiva de lo que significa verdaderamente un “pueblo indígena”. No obstante, son definiciones funcionales al contexto en que se han dictado, esto es, políticas que buscan reivindicar derechos ancestrales que se han visto coartados por una lógica de subordinación frente al extranjero colonizador o conquistador.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, recogiendo las definiciones de otras organizaciones internacionales, ha señalado:

(...) los pueblos indígenas del mundo son culturalmente distintos, aunque comparten algunos valores comunes y la percepción de perseguir un mismo objetivo en su reivindicación de ciertos derechos y de una autonomía internacionalmente reconocida. Estas similitudes se expresan con ciertos principios (libre determinación, consentimiento libre e informado, etc.) y derechos fundamentales, que han sido formulados por representantes indígenas y se encuentran en el núcleo de la Declaración de las Naciones Unidas, así como en otros instrumentos jurídicos y normativos internacionales.⁵⁹

Si bien esta última no constituye una definición propiamente tal, y recoge otras definiciones, como las de Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), o la del Banco Mundial, afirma que el acento debe ponerse en la diversidad de estos pueblos, en la percepción de su propia realidad como persona o pueblo indígena, y en los derechos y principios que internacionalmente se les reconocen.

En la ONU existen dos órganos de vital importancia en lo que dice relación con la protección de los derechos humanos, que han sido especialmente relevantes en atención a las minorías y los pueblos indígenas: la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, órgano subsidiario de dicha comisión. Precisamente bajo el amparo de este organismo, y como producto del trabajo de los Relatores Especiales del mismo, han surgido las definiciones de mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Internacional⁶⁰.

Tenemos, en primer lugar, la definición entregada por el Relator Especial Santa Cruz en su trabajo *Racial Discrimination*:

(...) aquellos descendientes de los habitantes de una zona en la época de la ocupación por otras personas procedentes de otras partes del mundo, que constituyen grupos que son distintos en raza, color y origen étnico de otros segmentos de la comunidad de la que ahora forman parte, y viven en considerable grado de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones, hablando además con frecuencia una lengua vernácula.⁶¹

Ahora bien, sin perjuicio del avance que significó en su tiempo este trabajo del Relator Especial Santa Cruz, que ponía el acento en la diversidad de los pueblos, en el carácter ancestral de estos y en los distintos signos que permiten a la comunidad autoidentificarse, tal definición no tuvo la relevancia que sí alcanzó el aporte de otro Relator Especial, señor José R. Martínez Cobo. Esta última definición es aceptada en general para todos los trabajos oficiales de Naciones Unidas y otros organismos internacionales, y es también la más recurrente en los trabajos que abordan el tema de los derechos de los pueblos indígenas. En la conocida

⁵⁹ GROPPPO, Paolo y CENERINI, Carolina, op. cit. (1), p. 11.

⁶⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), pp. 342-343.

⁶¹ SANTA CRUZ, H. *Racial Discrimination*, párr. 354, p. 99, cit. por AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 344.

publicación comúnmente denominada “Estudio Martínez Cobo”, el Relator expresa: “El derecho de definir qué y quién es indígena debe reconocérsele a los pueblos indígenas mismos”⁶². Y agrega: “Ningún Estado deberá tomar, mediante legislación, reglamentos o por otras vías, medidas que interfieran con la facultad de las naciones o grupos indígenas de determinar quiénes son sus propios miembros”⁶³.

Sin perjuicio de lo anterior, el Relator Martínez Cobo entrega la siguiente definición para la reglamentación en el ámbito internacional:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollan en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.⁶⁴

Por otro lado, para la identificación individual de una persona indígena, el Relator Cobo indica que debemos prestar atención a dos elementos:

Se entiende que toda persona indígena que pertenece a esas poblaciones indígenas lo es por autoidentificación como tal (conciencia de grupo), y si es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación del grupo).⁶⁵

Por último, es preciso hacer mención a la Organización Internacional del Trabajo. En la actualidad, este organismo utiliza una definición vigente en un instrumento de importante valor normativo: el Convenio 169. En efecto, se trata de un instrumento internacional jurídicamente vinculante. Pero no es esta la única definición que ha utilizado la OIT. En un documento llamado “Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas”, y también en el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, ya se realizaron intentos de conceptualización de esta realidad. El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece, en su artículo 1, que los pueblos serán considerados indígenas

(...) por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica que pertenece al país en la época de la conquista o la colonización, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales; y que, cualquiera sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

⁶² MARTÍNEZ COBO, José. *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (Nueva York, 1987), p. 52.

⁶³ *Ibid.*, p. 52.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁵ *Ibid.*

1.2. Conceptos de “tierra” y “territorio”

Como premisa normativa, el Derecho Internacional reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la tierra, al territorio y otros recursos naturales. En el presente estudio abordaremos específicamente el “derecho a la tierra”, y nos referiremos a otros derechos específicos derivados precisamente del reconocimiento de la especial relación que poseen estos pueblos con la tierra y el territorio. Sin perjuicio de lo anterior, reconoceremos la estrecha relación que existe entre ambos términos (tierra y territorio) y revisaremos estos conceptos en sentido amplio, para lo cual también será necesario abordar su estudio en conjunto.

Rodrigo Lillo Vera nos señala que ambos conceptos son tratados de forma diferente en el Convenio 169, el cual, “al hablar de tierras, parece referirse a la relación con la tierra establecida tradicionalmente en nuestros sistemas jurídicos y económicos occidentales: la propiedad privada”⁶⁶. Del mismo modo, dicho Convenio se refiere así al territorio:

(...) esta noción contiene una relación del hombre con la tierra y el espacio natural, muy diferente a la definida por el derecho de propiedad privada. El territorio no fragmenta el espacio, como se hace en la legislación chilena (y en general aquellos que consagran el derecho de propiedad), regulando sus diversos aspectos en normas diferentes (Código de Aguas, Código de Minería, Ley Eléctrica, DL 701, Constitución Política, etc.). El Convenio define el territorio como el hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera distinta (al dominio o posesión). El territorio se relaciona con un espacio de jurisdicción y de control de los recursos naturales.⁶⁷

En el mismo documento Lillo Vera precisa aun más el concepto utilizado por el Convenio 169:

(...) es posible caracterizar la territorialidad como: a) espacio para el ejercicio del derecho a la autonomía, a objeto de garantizar el desarrollo político, económico, social y cultural de los pueblos indígenas; b) espacios donde estos pueblos se han asentado de manera permanente; y c) se ejerce en el marco del Estado nacional.⁶⁸

Con todo, es posible incluso observar de mejor forma las diferencias que existen entre los conceptos de tierra y territorio recurriendo, por ejemplo, a la siguiente definición:

El territorio es el espacio compartido con otros seres vivos, con el que mantienen una relación directa con garantía de sostenibilidad mutua. Constituye el espacio para el ejercicio de su libertad y la manifestación de su espiritualidad, cultura y sabidurías ancestrales.⁶⁹

Más adelante, el mismo texto señala:

En la formulación sobre el derecho al territorio hay una trilogía que debe ser tratada de manera integral: territorio - pueblo indígena - libre determinación. El libre desenvolvimiento de los pueblos se fundamenta en el reconocimiento y el respeto de su base territorial, del espacio vital en el que se van a desarrollar y donde van a ejercer sus derechos colectivos, sus autonomías y sus autoridades.⁷⁰

⁶⁶ LILLO VERA, Rodrigo. *El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad*, p. 7. Disponible en http://200.10.23.169/trabajados/El%20convenio%20169%20de%20la%20OIT_lillo.pdf y consultado el 26 de enero de 2013.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹ REÁTEGUI SILVA, Juan. Estado, territorios indígenas, recursos naturales y medioambiente. En ÉVELIS ANDRADE, Luis (a cura di), *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*, p. 55.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 55-56.

En función de lo señalado por estos autores, podemos ver que la expresión “territorio” implica una visión holística relacionada con elementos materiales, culturales y espirituales. Esto debe señalarse con claridad, como expresó la Relatora Especial Daes en respuesta a las aprehensiones de muchos Estados⁷¹ frente a eventuales afectaciones a la integridad territorial en el ejercicio de la soberanía. Al respecto, la Relatora apuntó que este concepto no debe confundirse con el término usado en el Derecho Internacional⁷²:

[Dicho concepto] no supone una separación política del territorio del Estado, pues es evidente que todo pueblo indígena, incluso en el ejercicio de su derecho a la autonomía y al autogobierno, sigue aun comúnmente vinculado con el territorio político o soberano del Estado.⁷³

En definitiva, el concepto de territorio “incluye todo cuanto pertenece a las propias tierras, como son las aguas, el subsuelo, el espacio aéreo, todos sus ocupantes, toda la vida vegetal y animal y todos los recursos”⁷⁴ y, por tanto, tal noción implica el concepto de tierras vinculado específicamente a los “derechos de uso y explotación sobre las mismas, es decir, adquiere la connotación de propiedad sobre las tierras”⁷⁵.

A modo de conclusión, es interesante resaltar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado al respecto, señalando:

(...) los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, y de sus miembros, se extienden sobre la superficie terrestre, y sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo, con la debida consideración de las especificidades de los recursos hídricos y del subsuelo.⁷⁶

Lo mismo ha señalado la Corte Interamericana en el caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam⁷⁷, así como también ha expresado la Comisión, en orden a que la relación que establecen los pueblos con su territorio no se limita a aldeas o asentamientos específicos, sino que “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”⁷⁸. Recordemos, por último, que dicha cuestión ha sido refrendada por la Corte en el caso antes mencionado⁷⁹.

1.2.1. La especial relación de los pueblos indígenas con la tierra y el territorio

Existe, por parte de los pueblos indígenas, un vínculo con la tierra y el territorio, distinto y diferenciable de aquel que se observa normalmente en la cultura occidental imperante. Se trata de un vínculo que trasciende el ámbito económico y que hunde sus profundas raíces en la cosmovisión y la cosmogonía que rigen a estos pueblos. El Relator Martínez Cobo ha expresado de la siguiente forma esta situación:

⁷¹ LEARY, Virginia. *La utilización del Convenio 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 32-37.

⁷² ARTEAGA, Andrés, op. cit. (30), p. 107.

⁷³ ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1. Este documento figura como addenda al documento de trabajo revisado, presentado por la Presidenta Relatora en el 11° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (1993). Doc. ONU: E/CN.4/Sub.2/1993/26/. Este contiene el proyecto corregido que sirvió de base al documento acordado por el Grupo de Trabajo en ese periodo de sesiones, aprobado finalmente por la Subcomisión. Párr. 35, Doc. cit. por ARTEAGA, Andrés, op. cit. (30), p. 107.

⁷⁴ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 524.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 524.

⁷⁶ CIDH, op. cit. (10), pp. 13-14.

⁷⁷ CORTE IDH, op. cit. (38), nota al pie N° 63.

⁷⁸ CIDH, Informe N° 40/04, Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 129 (en Cit. 5, p. 14).

⁷⁹ CORTE IDH, op. cit. (38), párr. 114.

Es esencial que se conozca y comprenda la relación especial, profundamente espiritual, de los pueblos indígenas con sus tierras como algo básico en su existencia como tales y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción, la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente.⁸⁰

Para los pueblos indígenas, el tema de los derechos territoriales no pasa por simples reivindicaciones económicas o pretensiones de autogobierno. Se trata de un problema mucho más trascendente para ellos, como se señala a continuación:

El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos.⁸¹

La intensidad de la relación que existe entre ambos se ve claramente ejemplificada en el siguiente caso:

Los *u'wa* de Colombia prefieren suicidarse colectivamente a ver sus tierras desconsagradas y destruidas por la explotación de recursos naturales. Recientemente, una multinacional petrolera ha obtenido una concesión para la prospección de hidrocarburos. Los *u'wa*, para proteger sus tierras, han apelado a la Corte Constitucional de Colombia, citando el Convenio núm. 169 y la Constitución colombiana de 1991.⁸²

En el mismo sentido vemos la posición del pueblo *karen* de Tailandia:

El sistema de rotación de cultivos practicada por los *karen* favorece la biodiversidad y permite que los suelos descansen durante varios años. Las relaciones humanas están íntimamente ligadas a la tierra y el entorno natural. Está profundamente arraigada entre los *karen* la creencia de que las relaciones entre los miembros de una comunidad repercuten directamente en su producción agrícola. Los espíritus castigarán la vulneración de toda norma cultural y sus consecuencias se harán sentir en todo cuanto represente dinero, salud y seguridad. En consecuencia, la fe y el temor en los espíritus rigen, orientan y controlan las actividades y actitudes de la comunidad relativas a la tierra y el medioambiente natural.⁸³

Lo anterior se explica principalmente porque

(...) 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 tanto comunidad y como pueblo.⁸⁴

Sobre este respecto, tanto la Corte Interamericana, en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han declarado:

⁸⁰ José R. Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías: Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations (documento de la ONU: E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, párrafos 196 y 197), cit. por OIT, op. cit. (3), p. 91.

⁸¹ OIT, op. cit. (3), p. 91.

⁸² IWGIA. *Indigenous Affairs*, N° 1, primer trimestre de 1998. Copenhague, pág. 56, cit. por OIT, op. cit. (3), p. 30.

⁸³ TRAKANSUPHAKON, Praesert. *Adaptation and Cultural Heritage Through Traditional Agriculture: A Case Study of the Karen of Northern Thailand*. En THOMAS, V. (ed.). *Traditional Occupations of Indigenous and Tribal Peoples: Emerging Trends*. Proyecto para la promoción de la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Ginebra, 2000, cit. por OIT, op. cit. (3), p. 30.

⁸⁴ OIT, op. cit. (3), p. 30.

La relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos generales.⁸⁵

Esta especial vinculación que presenciamos entre las tierras y territorios y los pueblos indígenas ha sido reconocida incluso en diversos documentos internacionales. El Convenio 169, en su artículo 13, establece:

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.

A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas nos indica, en su artículo 25:

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 de otra forma, y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumben respecto de las generaciones venideras.

Vemos, por lo tanto, que producto de esta relación la tierra y el territorio juegan un rol de vital importancia para los pueblos indígenas. Por esa razón, no es de extrañar que estos le atribuyan un carácter sagrado a la tierra y que la mayoría de estas culturas la identifiquen como una “madre”, refiriéndose a ella mediante expresiones como Pachamama, en el caso de los pueblos *aymara*, o Ñuque Mapu, en el de los *mapuche*⁸⁶.

1.3. Pueblos indígenas y derechos humanos: derechos colectivos

Los derechos territoriales que reclaman los pueblos indígenas son de carácter colectivo, según lo han declarado los propios pueblos, y así también lo han expresado el Convenio 169 y la Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

Podemos entender los derechos colectivos considerando la siguiente definición:

(...) aquellos que corresponden a un titular que no es un individuo o persona natural, sino una entidad colectiva natural con intereses colectivos y con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que la integran.⁸⁷

Esta categoría de derechos ha sido muy criticada desde la óptica liberal individualista del reconocimiento de los derechos humanos, lo que ha generado un amplio debate teórico. Algunos autores han declarado, incluso, que “los sujetos colectivos no pueden ser titulares de derechos humanos, porque no hay seres humanos colectivos”⁸⁸. Así también lo señalan otros autores, como se observa a continuación:

⁸⁵ CIDH, op. cit. (10), p. 22.

⁸⁶ AYLWIN, José. El derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales. Documento presentado en la “Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración, con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios”, Organización de Estados Americanos, (Washington DC, 2002), p. 3.

⁸⁷ CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine. “La propiedad colectiva. Los pueblos indígenas y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. Tesis Bicentenario (2005), p. 28.

⁸⁸ SAVATER, Fernando. ¿Humanos o colectivos? En *El País*, 4 de octubre de 1998, cit. por CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine, op. cit. (87), p. 29.

Muchos sostienen que los derechos individuales universales proveen un marco adecuado para la protección de sujetos colectivos como los pueblos indígenas, y que bastaría una correcta aplicación de los principios de igualdad y no discriminación.⁸⁹

Así también, Arias y Aliaga expresan cómo “los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder. Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos”⁹⁰.

Empero, autores como Kymlicka nos advierten que estos derechos colectivos serían compatibles con las visiones liberales de igualdad:

(...) los derechos diferenciados en función del grupo son necesarios para las tesis mantenidas por Rawls y Dworkin, según las cuales la justicia exige eliminar y compensar los perjuicios inmerecidos o “moralmente arbitrarios”, particularmente si estos son “profundos o extendidos, y están presentes desde el nacimiento”. De no ser por estos derechos diferenciados en función del grupo, los miembros de las culturas minoritarias no tendrían la misma posibilidad de vivir y de trabajar con su propia lengua y cultura que los miembros de las culturas mayoritarias dan por supuesta.⁹¹

En consecuencia, resulta relativamente claro que los pueblos indígenas “formulan sus demandas en términos de una protección específica de sus identidades y tradiciones culturales distintas, que los derechos individuales solo pueden proveer de manera insuficiente”⁹².

1.3.1. La propiedad colectiva de la tierra

Como hemos dicho, el tema de los derechos colectivos resulta relevante, puesto que solo en tal carácter los derechos territoriales reclamados por los pueblos indígenas adquieren real sentido, ya sea respecto de la territorialidad, como también desde el punto de vista de la tierra, puesto que solo una titulación colectiva de las mismas es respetuosa del especial vínculo que estos pueblos mantienen con la tierra y el territorio, más aún considerando el especial sentido de propiedad que estos pueblos poseen.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

(...) la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.⁹³

⁸⁹ CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine, op. cit. (87), p. 29.

⁹⁰ SIERRA, Lucas. La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. *Estudios Públicos*, 92 (2003), p. 24.

⁹¹ KYMLICKA, Will. *Ciudadanía Multicultural* (1996), p. 177.

⁹² CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine, op. cit. (87), p. 30.

⁹³ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C, N° 125, párr. 154.

Es, por consiguiente, fruto de esta realidad que explicita la Corte Interamericana que podemos concluir que “los pueblos indígenas tienen una relación colectiva con la tierra, a diferencia de la perspectiva occidental”⁹⁴, que “se aleja de la ideología liberal individualista que la inspira, para pasar a constituirse como un nuevo concepto colectivo, distinto y diferente de la propiedad liberal”⁹⁵.

Históricamente, la relación entre los pueblos indígenas y la tierra ha tenido ese carácter, como se expresa a continuación:

En la cosmovisión indígena, la propiedad individual de la tierra no existió como tal, la propiedad de las tierras es colectiva, dado que proporciona beneficios a toda la comunidad, rechazando, por ende, su posible apropiación individual.⁹⁶

Lo anterior nos permite profundizar más en dicha relación:

(...) una cabal comprensión de la relación no mercantil ni de apropiación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra y sus recursos, sino más bien de interacción, adaptación y dependencia ecológica, contribuye a explicar por qué la introducción de un sistema de propiedad individual y privada de la tierra en el mundo indígena provocó una desestructuración de estas sociedades.⁹⁷

La principal consecuencia es que hoy los pueblos indígenas forman parte de los sectores socioeconómicos más empobrecidos⁹⁸. Se vuelve necesario, por tanto, concluir lo siguiente:

(...) la propiedad indígena sería, más bien, de naturaleza colectiva, contraria a la propiedad privada individual en la que se basan los ordenamientos jurídicos occidentales, pues en ella, a diferencia de la anterior, todos los individuos miembros de la comunidad son titulares del derecho, pero ninguno de ellos puede disponer de él.⁹⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado el siguiente ejercicio con motivo del caso *Awasi Tingni vs. Nicaragua*:

(...) interpretando el artículo 21 de la Convención, señaló que los instrumentos de derechos humanos deben ser interpretados en forma evolutiva y, por tanto, el derecho de propiedad privada comprendería también las formas tradicionales de entenderla, la que, en el caso de los indígenas es de naturaleza colectiva.¹⁰⁰

De forma menos tajante, la propiedad colectiva de la tierra también es reconocida en los casos *Yanomami vs. Brasil* y *Marry y Carry Dann vs. Estados Unidos*, llevados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁰¹. Al respecto, cabe destacar también lo señalado a continuación:

⁹⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 535.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 536.

⁹⁶ CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine, op. cit. (87), p. 38.

⁹⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 537.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 537.

⁹⁹ CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine, op. cit. (87), p. 55.

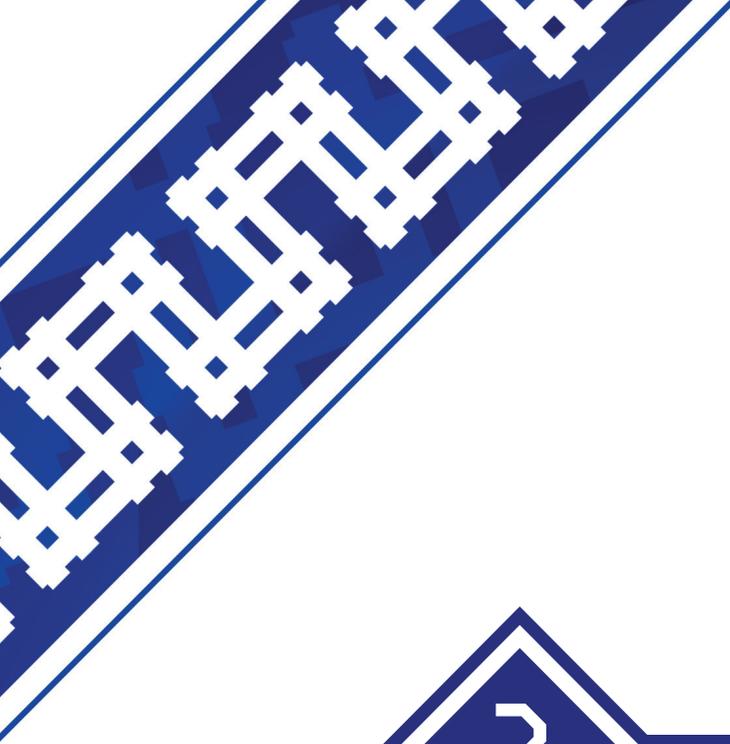
¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 56.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 46-49.

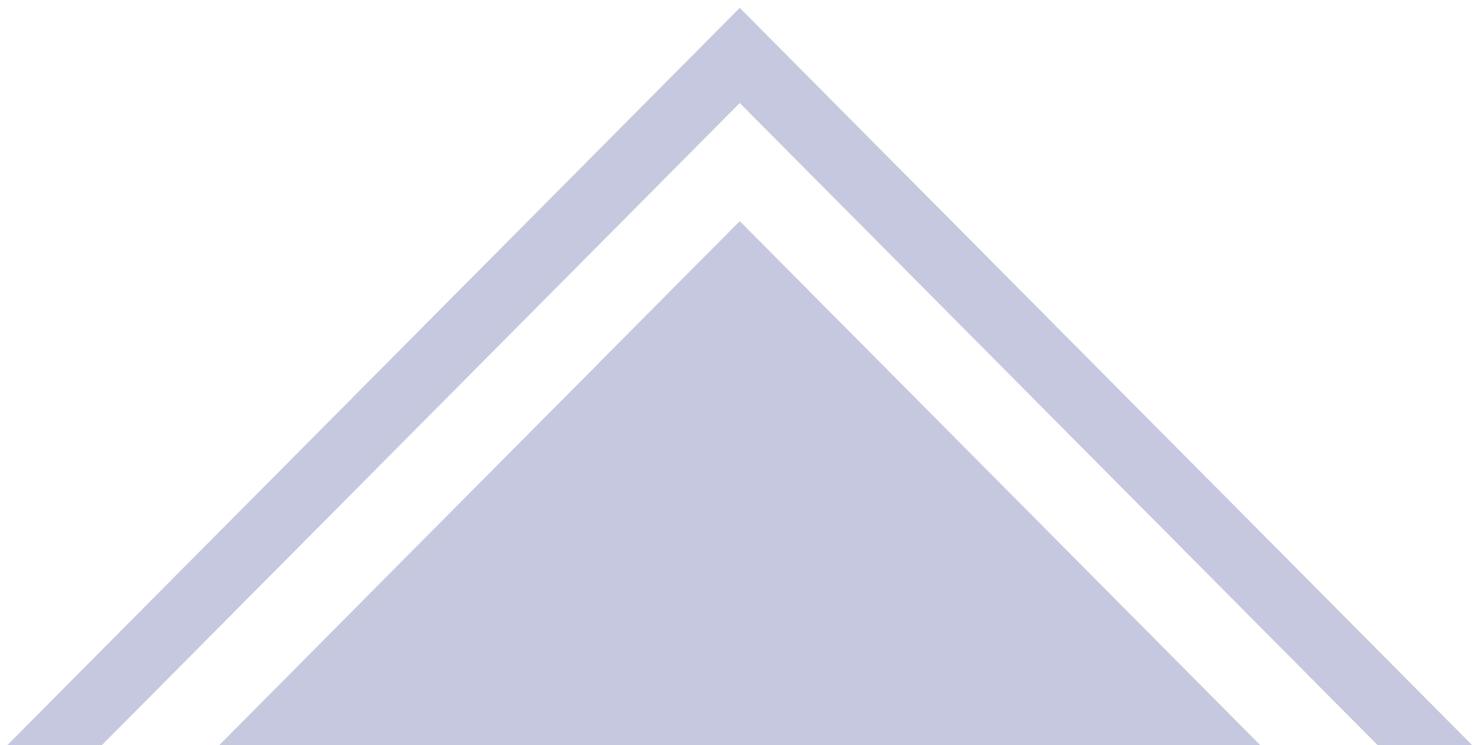
(...) los representantes indígenas han señalado que es posible encontrar un fundamento de este reconocimiento de derechos colectivos en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“derecho a la propiedad, individual y colectivamente”), y el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (“derecho a ser propietario individualmente y en asociación con otros”).¹⁰²



¹⁰² AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 539.



**BREVE REFERENCIA
AL MARCO JURÍDICO
INTERNACIONAL DEL
DERECHO A LA TIERRA
DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS**



Ahora revisaremos el marco jurídico que regula, en el ámbito internacional, lo que conocemos como derecho a la tierra, con especial énfasis en los casos en que se ha hecho expresa alusión a los pueblos indígenas, sin dejar de lado la consagración general de este derecho, o las progresivas interpretaciones de ciertos artículos, que permiten a estos pueblos una correcta tutela de sus derechos.

Analizaremos, asimismo, los distintos tratados internacionales, tanto vinculantes como no vinculantes, que consagran este derecho, desde una óptica global hacia una local. Así, examinaremos los tratados que tienen aplicación solo en el ámbito internacional, como son aquellos originados en el seno de Naciones Unidas, además de aquellos derivados de su órgano especializado en materias relativas al trabajo y relaciones laborales: la Organización Internacional del Trabajo. Consideraremos los tratados interamericanos, así como también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha dado forma y ha delimitado lo que debemos entender por derecho a la tierra. Finalmente, mencionaremos también los intentos de consagración de este derecho en el ámbito regional, esto es, aquellos relativos a América del Sur.

2.1. Sistema Internacional

En el Sistema Internacional el órgano preponderante es la Organización de Naciones Unidas, pero en el contexto del derecho a la tierra uno de los órganos dependientes de la ONU ha sido de vital importancia: la Organización Internacional del Trabajo. La ONU ha dictado distintos tratados de derechos humanos, pero ninguno de estos reconoce de manera expresa el derecho a la tierra ni lo vincula con los pueblos indígenas, y tampoco establece su carácter vinculante para los Estados que lo suscriben.

El caso de la OIT es distinto: preocupada por los altos niveles de desempleo y pobreza de los pueblos indígenas, y asumiéndolos como un grupo de riesgo, se ocupó de regular sus derechos yendo mucho más allá de las meras relaciones laborales de aquellos.

2.1.1. Organización de Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945, establece las bases necesarias que fundamentan el derecho a la tierra como derecho humano. El artículo 55 señala al respecto:

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

A su vez, el artículo 56 señala que todos sus miembros “se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”. Bajo esta premisa se reconoce lo siguiente:

(...) en términos generales, esta Carta resalta de manera suficiente el propósito final de los derechos humanos: la afirmación de la existencia de derechos fundamentales del hombre y la necesidad de lograr un nivel de vida adecuado para su desarrollo. En ese sentido, cualquier desarrollo normativo posterior, como un eventual reconocimiento del derecho a la tierra como derecho humano, que implique una mejora en la vida de las personas, está suficientemente sustentado en este tratado.¹⁰³

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reconocer el derecho a la propiedad, hace mención a la propiedad colectiva. Así, en su artículo 17 establece que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”; y señala, además: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Al mismo tiempo, en el artículo 25 reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y a la alimentación, ambas cuestiones íntimamente vinculadas con el derecho a la tierra.

Los últimos dos tratados relevantes en este acápite son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ninguno de ellos menciona el derecho a la tierra, pero el primero ha servido de base para la argumentación progresiva que realiza la Corte Interamericana en todos los casos sobre tierras y territorios; y el segundo, en su artículo 11 reconoce expresamente el derecho de las personas a un nivel de vida adecuado para estas y sus familias, además de alimentación, vestido y vivienda. En relación con el artículo mencionado, Castillo Castañeda señala:

(...) fue desarrollado con más detalle y precisión en la observación general número 12 del año 1999. Esta observación justamente realza el papel del derecho a la tierra como un problema por resolver previamente si se quiere llegar a cumplir con el objetivo de lograr una alimentación adecuada para las personas.¹⁰⁴

Finalmente, es imprescindible aludir al documento que de forma más clara ha reconocido el derecho a la tierra de los pueblos indígenas como un derecho humano: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hemos dejado este documento para el final, por dos razones: una evidentemente cronológica, puesto que su aprobación tuvo lugar el 13 de septiembre de 2007; y otra más importante: no es un instrumento de carácter obligatorio para los Estados miembros de la ONU. Dicho esto, es innegable que el documento mencionado

(...) constituye un instrumento que ayuda a cumplir los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, se comprueba con este documento que la comunidad internacional continúa en la promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas a la tierra.¹⁰⁵

En sus considerandos, la Declaración realiza las siguientes afirmaciones relevantes para el tema en cuestión:

“Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e interés”, “reconociendo

¹⁰³ CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro, op. cit. (45), p. 20.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 44.

la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”; “convencida de que si los pueblos controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”; “reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”.

Luego, cuatro artículos hacen referencia de manera más o menos indirecta al tema del derecho a la tierra. En primer lugar, los artículos 18 y 19 se refieren a los derechos de participación y consulta que asisten a estos pueblos. A su vez, el artículo 26 establece de manera expresa y directa lo que sigue:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma 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 otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados aseguraran el reconocimiento y protección jurídica 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.

Por último, la Declaración, en su artículo 27, establece la necesidad de volver operativo este derecho:

Los Estados establecerán y aplicaran, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído y ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

2.1.2. Organización Internacional del Trabajo: Convenios 107 y 169

La OIT abordó los problemas que afectaban a los pueblos indígenas, principalmente en su calidad de trabajadores, como se lee a continuación:

(...) a quienes se les obliga abandonar sus tierras ancestrales para convertirse en trabajadores estacionales, migrantes, en situaciones de servidumbre o a domicilio y, por consiguiente, expuestos a las formas de explotación en el trabajo de las que trata el mandato de la OIT.¹⁰⁶

¹⁰⁶ ARTEAGA, Andrés, *op. cit.* (30), p. 9.

Es así como, fruto de esta preocupación, la OIT se hizo cargo de la protección de estos trabajadores:

(...) en abril de 1926 el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo establece una Comisión de expertos cuyo objetivo es preparar normas internacionales para la protección de los trabajadores indígenas.¹⁰⁷

La labor llevada a cabo por esta Comisión de expertos dio inicio a una incipiente regulación mediante la cual la OIT buscaría otorgar protección a los pueblos indígenas de todo el mundo. Los frutos de esta comisión de expertos se materializaron en el Convenio N° 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso de 1930¹⁰⁸. Sin embargo, dicho convenio trataba tangencialmente la problemática de los pueblos indígenas, y no hacía referencia directa y exclusiva a estos, ni velaba por sus derechos particulares. Luego tuvieron lugar las denominadas Conferencias Regionales del Trabajo¹⁰⁹:

(...) en la cuarta Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, realizada en Montevideo (abril de 1949), se examinó un informe presentado por la Oficina de la organización y se formuló, en forma de resolución, un programa de acción de largo alcance en lo relativo a la cuestión indígena.¹¹⁰

En dicha Conferencia se asentaron los principios de igualdad y no discriminación a la hora de abordar el tema indígena, pero aún persistía la visión asimilacionista preponderante de aquella época. Con todo, “el Consejo de Administración de la OIT aprobó el programa de Montevideo y acordó el establecimiento de la Comisión de Expertos, cuya primera reunión se celebró en La Paz, Bolivia, en enero de 1951”¹¹¹. Como principal consecuencia de estas conferencias y regulaciones emanadas de la OIT tuvo lugar “el posterior Convenio N° 107 de 1957, que tras un proceso de reforma daría lugar al principal instrumento actualmente vigente sobre la materia, el Convenio N° 169 de 1989”¹¹².

El Convenio 107, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, se origina en parte como consecuencia del Programa Indigenista Andino¹¹³. Así, la OIT reconoció la necesidad de “contar con una normativa jurídica centrada exclusivamente en los pueblos indígenas y tribales, para poder así tratar las características propias e importantes de dichos pueblos”¹¹⁴. De este modo, el Convenio 107 “constituyó el primer tratado de Derecho Internacional sobre el tema, y en el que se abordan muchos asuntos importantes para dichos pueblos, como los derechos sobre la tierra, el trabajo y la educación”¹¹⁵.

El Convenio mencionado no estuvo exento de problemas, como se observa en la siguiente afirmación: “Para los indígenas, el Convenio no satisfacía sus máximas aspiraciones en materia de derechos indígenas y tenía una orientación marcadamente integracionista”¹¹⁶. A su vez, para los Estados, este Convenio “ponía en peligro la unidad territorial del Estado y cuestionaba la homogeneidad de la nación”¹¹⁷. Por estas razones, fue necesario revisar su contenido y “en septiembre de 1986 se llevó a cabo una reunión de expertos para asesorar al Consejo de Administración de la OIT sobre la Revisión del Convenio núm. 107(1957)”¹¹⁸. El profesor

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 10.

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 11.

¹¹² *Ibíd.*

¹¹³ AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 57.

¹¹⁴ OIT, *op. cit.* (3), p. 4.

¹¹⁵ CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro, *op. cit.* (45), p. 37.

¹¹⁶ AGUILAR CAVALLÓ, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 60.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 61.

Gonzalo Aguilar Cavallo apunta al respecto:

(...) al final de la reunión, los expertos concluyeron en la necesidad de revisión parcial del Convenio núm. 107(1957) porque había que conservar los puntos positivos de ese Convenio, pero que era necesario modificar la filosofía integracionista que lo inspiraba.¹¹⁹

Producto del trabajo de la reunión de expertos convocada, nacen los llamados *Travaux préparatoires* para la adopción del Convenio 169, compuestos principalmente por “Provisional Record 32, International Labour Conference, 75th Session (1988)”, y “Provisional Record 25, International Labour Conference, 76th Session (1989)”. En ambos documentos el tema de la tierra cobra un valor fundamental y es tratado *in extenso*. Cabe también señalar que estos documentos constituyen una ayuda esencial a la hora de interpretar las disposiciones del Convenio 169, en conjunto con el resto de los documentos preparatorios, entre los que encontramos los siguientes: Report VI (1) & Report VI (2), International Labour Conference, 75th Session (1988), y Report IV (1), Report IV (2A) & Report IV (2B), International Labour Conference, 76th Session (1989).

En las Actas Provisionales número 32, entre las páginas 1071 y 1098, es tratada la cuestión indígena. A su vez, el derecho a la tierra es tratado específicamente en las páginas 1095 y 1096, donde se establecen los lineamientos básicos en esta materia, principalmente el deber de reconocimiento del derecho de propiedad y posesión de las tierras que estos pueblos y poblaciones tradicionalmente ocupan, así como también su derecho sobre los recursos naturales correspondientes, y el deber de los Estados a identificar las tierras que caben en este supuesto. Se establece la necesidad de determinar los derechos de consulta y consentimiento, así como también el derecho a una compensación justa en los casos que corresponda, entre otros derechos que finalmente son consagrados por el Artículo 169¹²⁰.

En las Actas Provisionales número 25, la cuestión indígena es tratada entre las páginas 857 y 896, y el derecho a la tierra ocupa desde la página 874 a la 882. Aquí se expresa que la totalidad del proyecto de convención referente a la tierra es llevado a discusión por un grupo de trabajo tripartito, el cual celebró cuatro sesiones en las cuales

(...) las cuestiones claves identificadas se referían a la utilización de los términos «tierras y territorios», la forma y la extensión de los derechos relativos sobre la tierra a ser reconocidos, los recursos del suelo y del subsuelo y la cuestión del traslado o reubicación de los pueblos indígenas de las áreas que habitaban.¹²¹

En este caso se buscó otorgar un carácter universal al texto del Convenio, procurando siempre un avance en la protección de los derechos indígenas en consideración al Convenio 107¹²². Una vez concluida la discusión, en el marco de la reunión de expertos que asesoraron al Consejo de Administración de la OIT y los trabajos preparatorios, es finalmente adoptado el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989. Se trata de un convenio de importancia fundamental para los pueblos indígenas, como se observa a continuación:

¹¹⁹Ibíd., p. 62.

¹²⁰INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE. Actas Provisionales núm. 32, 75th Session (1988). Disponible en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09616/09616%281988-75%29.pdf> pp. 1095-1096 y consultado el 17 de mayo de 2013.

¹²¹INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE. Actas Provisionales núm. 25, 76th Session (1989). Disponible en <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656%281989-76%29.pdf> (p. 875) y consultado el 17 de mayo de 2013.

¹²²Ibíd.

(...) el Convenio núm. 169 revisa el núm. 107 y señala un cambio en la concepción de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales. Su protección continúa siendo el objetivo principal, pero basada en el respeto de sus culturas, formas de vida, tradiciones y costumbres propias. Otro de sus fundamentos es la convicción de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a continuar existiendo sin pérdida de su propia identidad y con la facultad de determinar por sí mismos la forma y el ritmo de su desarrollo.¹²³

El derecho a la tierra de los pueblos indígenas es, por lo tanto, de vital importancia para este Convenio. Además de los artículos 13° a 19°, que se ocupan del tema, se consagran también los derechos y deberes de consulta y participación en sus artículos 6° y 7°. Asimismo, el artículo 13.1° del Convenio establece la especial vinculación de estos pueblos con la tierra, al señalar lo siguiente:

(...) 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.

A su vez, el artículo 14.1° señala: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”; y agrega, en su inciso segundo, que los Estados tienen el deber de demarcar estas tierras. Además, en su inciso tercero obliga a estos últimos a cumplir su deber de solucionar las cuestiones relativas a las reivindicaciones de los pueblos en caso de que estos no se encuentren en poder de las tierras que por derecho les corresponden.

Otros artículos de esta Convención que revisten especial relevancia para el tópico de este estudio son el artículo 17°, que señala: “Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”; y también, el inciso tercero del mismo artículo, que señala lo siguiente:

Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Por último, el artículo 18° establece:

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

En resumen, “el Convenio núm. 169(1989) se revela como un instrumento moderno y progresivo de derecho internacional y de derechos humanos”¹²⁴, siendo su principal objetivo el que se indica a continuación:

(...) cambiar la orientación integracionista del Convenio núm. 107 e imprimirle los nuevos principios inspiradores del Derecho Internacional contemporáneo, que vinculaban los conceptos de autodeterminación, democracia, derechos humanos, paz y desarrollo.¹²⁵

¹²³ Cit. 84, p. 5.

¹²⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 63.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 64.

Así, podemos ver que ambos convenios son de gran importancia, toda vez que “constituyen, hasta la fecha, los únicos instrumentos internacionalmente vinculantes –para los Estados que lo han ratificado– en materia de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas”¹²⁶.

2.2. Sistema Interamericano

El Sistema Interamericano es de especial relevancia, sobre todo por la labor que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose principalmente en una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta reconoce el derecho a la propiedad privada, en conformidad con el artículo 29 b de la Convención, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos allí contenidos, tal y como señala en su fundamento 148 la Corte respecto del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua.

2.2.1. Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en el año 1969, da forma, en conjunto con la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA), al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Algunos señalan también, como parte integrante de este sistema, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, cuya validez jurídica es compleja¹²⁷, puesto que no constituye formalmente un tratado y no se encuentra incluida en la Carta de la OEA. Sin embargo, podemos hacer referencia a dos artículos que nos parecen relevantes para nuestro objeto de estudio. En efecto, el artículo XI de la Declaración señala que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica”. También, el artículo XXIII señala de forma expresa: “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 el hogar”.

Sin lugar a dudas, el instrumento más importante en el ámbito interamericano es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 21° reconoce de forma expresa el 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.

Este artículo resulta de vital importancia para la protección de la propiedad privada de los pueblos indígenas en América. De hecho, ha servido de base y fundamento para los fallos de la Corte Interamericana

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 65.

¹²⁷ CIDH, *op. cit.* (10), pp. 3-4.

de Derechos Humanos en casos emblemáticos sobre pueblos indígenas, como el de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. En este caso, dicha Corte señaló: “La convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”¹²⁸.

2.2.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A la fecha, existe un número importante de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las pretensiones de pueblos y comunidades indígenas y tribales respecto de sus derechos sobre la tierra y el territorio. Entre los casos de mayor importancia, y sobre los cuales existe una sentencia firme de parte de la Corte, encontramos los siguientes: Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Pueblo Saramaka vs. Surinam; Yatama vs. Nicaragua; Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay; Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador; Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua; Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, y Comunidad Moiwana vs. Surinam.

Si bien todos los asuntos conocidos ante esta Corte presentan diferencias significativas, en algunos casos estamos en presencia de pueblos indígenas y en otros, de pueblos tribales. Los fundamentos y razones de los requerimientos difieren también caso a caso, del mismo modo que difieren las soluciones planteadas por la Corte debido a la naturaleza de las legislaciones internas de los países que figuran como sujetos pasivos de las acciones. No obstante, la Corte ha establecido ciertos lineamientos generales claros, que exponemos a continuación de manera sucinta.

Como se señaló anteriormente, el fundamento que utiliza la Corte para proteger el derecho a la tierra de los pueblos indígenas es principalmente el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos, en conjunto con el artículo 8° sobre garantías judiciales y el artículo 25 sobre protección judicial¹²⁹.

Luego, la misma Corte ha reconocido que los sujetos protegidos son, efectivamente, los pueblos o comunidades indígenas o tribales¹³⁰ de forma colectiva y no individual¹³¹. Así también, el fundamento de esta protección se deriva de la especial relación que guardan estos pueblos con los territorios y tierras que habitan¹³². La Corte también ha explicitado que los pueblos indígenas, sobre la base del derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen no solo derecho a las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan, sino también a los recursos naturales vinculados a su cultura. Ello se refiere tanto a recursos materiales como a aquellos usados para menesteres de carácter espiritual o cultural¹³³. Pero esto no es suficiente. A juicio de la Corte, es necesario también que las tierras y territorios sean demarcados y registrados acorde con el derecho interno de cada país, esto es, que se materialice y reconozca dentro del ordenamiento jurídico interno el título indígena¹³⁴, bastando como prueba suficiente del título de dominio la posesión inmemorial de la tierra¹³⁵. En el caso en que los pueblos indígenas ya no se encuentren en posesión de la tierra, la Corte establece el derecho a la restitución de su territorio ancestral, aun frente a terceros inocentes¹³⁶.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 23.

¹²⁹ CORTE IDH, *op. cit.* (37), párr. 170.

¹³⁰ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, N° 124, párr. 132-135.

¹³¹ CORTE IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79, párr. 149.

¹³² CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 27 de junio de 2012. Serie C, N° 245, párr. 148.

¹³³ CORTE IDH, *op. cit.* (38), párr. 118.

¹³⁴ *Ibíd.*, párr. 194.

¹³⁵ CORTE IDH, *op. cit.* (120), párr. 151.

¹³⁶ CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C, N° 146, párr. 128.

Además, la Corte ha señalado que en el caso de existir limitaciones a la propiedad indígena, estas deben concordarse con la obligación general de consulta¹³⁷ y participación¹³⁸, sin perjuicio del deber limitado de obtener el consentimiento previo e informado de los pueblos en relación a casos de proyectos de gran envergadura¹³⁹. A esto se suman los requisitos que caso a caso correspondan, así como también algunos de carácter general en relación con los recursos naturales: deben implementarse efectivamente los estándares legales existentes¹⁴⁰; debe respetarse la integridad medioambiental¹⁴¹. A su vez, en el contexto de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas por parte del Estado: debe prevenirse el daño ambiental¹⁴²; debe suspenderse, repararse y prevenirse daños ulteriores en caso de que estos se produzcan.¹⁴³ Así también, existen ciertos requisitos especiales: debe aplicarse el Derecho Internacional para realizar la expropiación, a través de los requisitos del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos; debe hacerse partícipes a los pueblos, buscar beneficios compartidos, realizar los estudios previos de impacto ambiental y social¹⁴⁴, y en ningún caso deben aprobarse proyectos que amenacen la supervivencia física o cultural del pueblo en cuestión¹⁴⁵.

2.3. Sistema Regional

En último lugar, debemos revisar dos instrumentos de importancia a nivel latinoamericano. Ambos han sido dictados al alero de la Comunidad Andina, según sus siglas CAN, de la cual Chile fue miembro desde el año 1969 al año 1976, y se constituyó luego, a partir de 2006, como miembro asociado¹⁴⁶.

2.3.1. La Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza, del año 2001, y la Carta Andina sobre Derechos Humanos del año 2002

El documento clave en materia regional, referido a los pueblos indígenas, es la Declaración de Machu Picchu, puesto que, como ha señalado la doctrina, la Carta Andina “no crea ningún tipo de derecho humano adicional a los ya reconocidos, sino que reafirma el compromiso de los países de la región para velar por su cumplimiento”¹⁴⁷. La Declaración de Machu Picchu, por su parte, sí reconoce de manera expresa los derechos que custodian a estos pueblos, de manera que los Estados miembros están, por lo tanto, obligados a respetar los derechos aquí individualizados. Así, en su punto N° 7, establece el compromiso que los firmantes adoptan y enumera los derechos reconocidos:

En este sentido, apoyamos firmemente todos los esfuerzos encaminados a la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos: el derecho a su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político, cultural y económico, individual y colectivo; a no ser desplazados, como pueblos, de su patrimonio cultural histórico; a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares y rituales sagrados; a

¹³⁷ CORTE IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, N° 127, párr. 225.

¹³⁸ CIDH. Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 157, visto en Cit. 4, p. 113.

¹³⁹ CORTE IDH, op. cit. (38), párr. 134.

¹⁴⁰ CIDH. Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II., Doc. 39, 28 de junio de 2007, párr. 220-297, Recomendación 4, visto en Cit. 4, p. 84.

¹⁴¹ CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997, visto en Cit. 4, p. 82.

¹⁴² CIDH. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo IX, Recomendación 5, visto en Cit. 4, p. 90.

¹⁴³ CORTE IDH, op. cit. (38), párr. 39.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 129.

¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 128.

¹⁴⁶ Disponible en <http://www.comunidadandina.org/Resena.aspx> y consultado el 4 de febrero de 2013.

¹⁴⁷ CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro, op. cit. (45), p. 40.

la educación en la diversidad; a ser elegidos y desempeñar cargos públicos. Expresamos nuestra voluntad de resguardar estos derechos dentro del orden público y en cumplimiento de nuestras disposiciones constitucionales y legales vigentes.

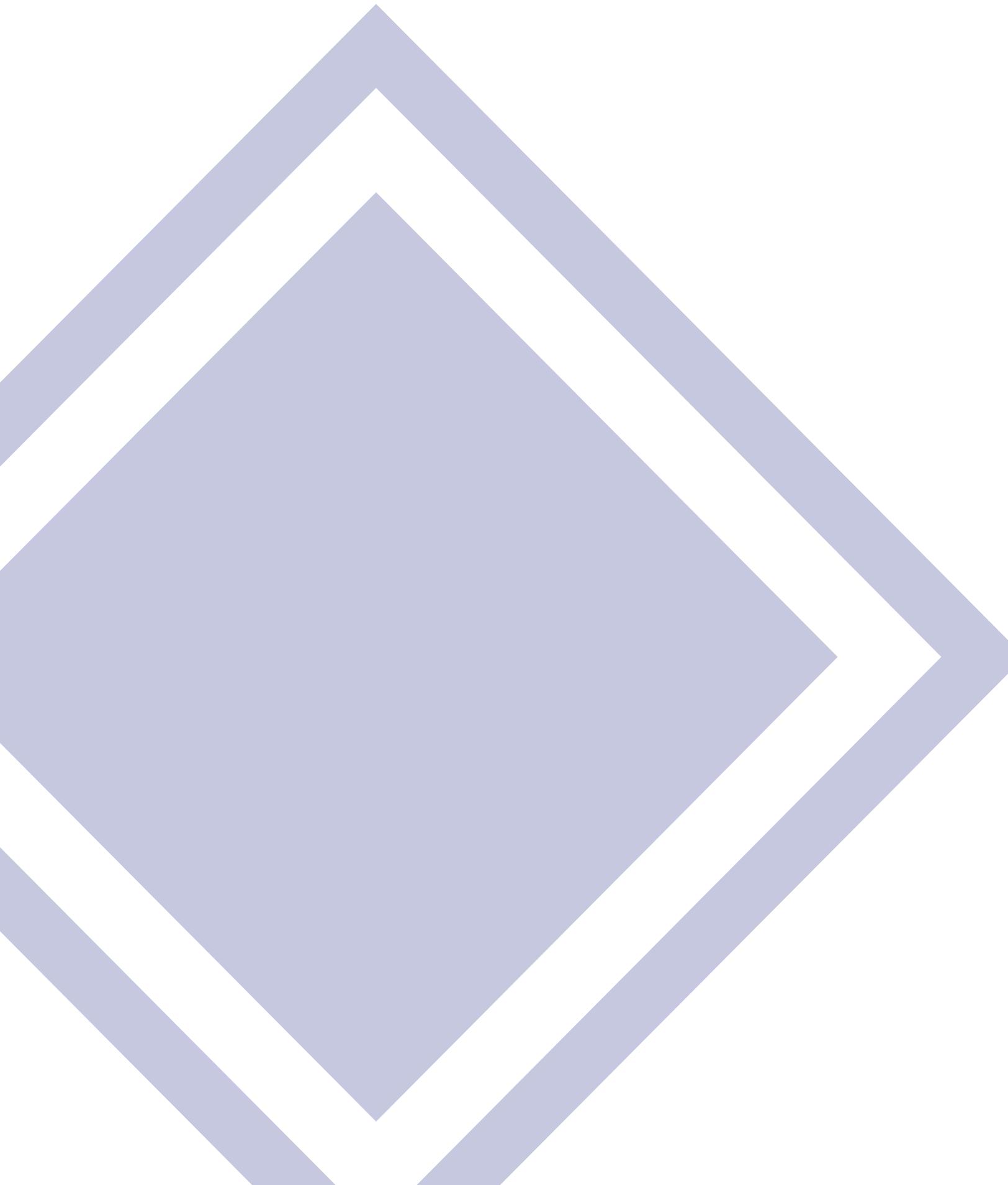
El reconocimiento establecido en ambos convenios sobre la importancia de los pueblos indígenas señala lo siguiente:

(...) [al] aceptar la naturaleza multicultural y pluriétnica de la región, reconociéndoles a los pueblos indígenas su condición de factor esencial en la formación de las nacionalidades y la identidad histórica de cada uno de nuestros países.¹⁴⁸

Sin embargo, no profundiza en el reconocimiento del derecho a la tierra o al territorio de los pueblos indígenas, y solo es posible vincularlo a ese derecho mediante una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales reconocidos en los mencionados instrumentos.



¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 41.





DERECHO A LA TIERRA



Bajo este acápite se estudiará en específico el derecho a la tierra como derecho humano. Intentaremos esbozar un concepto que nos permita, *a priori*, entender de qué hablamos cuando mencionamos la idea del derecho a la tierra y los fundamentos de este derecho. Asimismo, intentaremos justificar la protección especial que ampara a los pueblos originarios, tanto desde una perspectiva histórica como desde una mirada normativa, para luego revisar la naturaleza y características de este derecho.

A continuación, analizaremos el contenido específico de este derecho humano, además de su estricta interdependencia con otros derechos que asisten a los pueblos indígenas, así como también su relevancia para aquellos que asisten a toda la humanidad. Finalmente, se revisará la consecuencia lógica derivada de la aplicación práctica de este derecho para los Estados, vale decir, la titulación de estas tierras, en los casos en que la propiedad de las mismas no sea reconocida con anterioridad a los pueblos indígenas, de forma colectiva, por parte del Estado donde estos se encuentren.

3.1. Concepto

Conceptualizar un derecho humano resulta una tarea ambiciosa. Efectivamente, es necesario reconocer de antemano las dificultades que un intento de esta naturaleza puede representar. A pesar de ello, dicho intento resulta fundamental para la correcta comprensión de este trabajo.

Se entenderá, para el propósito de esta investigación, y teniendo en cuenta las prevenciones antes señaladas, que el derecho a la tierra de los pueblos indígenas constituye un derecho humano, reconocido por el Derecho Internacional, que garantiza a los pueblos indígenas y tribales, de forma colectiva y en virtud de su especial relación con la tierra, la posesión inmemorial de esta y el principio de autodeterminación, el derecho a conservar y acceder a la tierra que poseen, en conjunto con los derechos de consulta, participación y protección estatal; y garantiza, además, en el caso de encontrarse privados de la tierra que por derecho les corresponde, su derecho al acceso a la justicia y reparación, además del deber estatal de regularización del dominio de la tierra, mediante el otorgamiento del denominado título indígena.

3.2. Fundamentos

Los fundamentos del derecho a la tierra deben ser necesariamente vistos desde una mirada integradora y omnicomprensiva, que considere tanto las razones históricas como aquellas normativas que permiten sostener esta especial protección a los pueblos originarios. Resulta, por tanto, imperativo comprender la naturaleza de este derecho que ampara solo a un sector de la población mundial y que es, en definitiva, diferenciable del catálogo general de derechos humanos.

3.2.1. Históricos

En lo que se refiere a los fundamentos históricos, debemos analizar dos ideas que justifican este derecho y que, si bien guardan una conexión lógica, deben ser abordadas de forma diferenciada, pues avanzan por caminos distintos. Por un lado, este derecho ha sido establecido considerando la calidad de indígenas de estos pueblos y su particular cosmovisión y relación con la tierra; por otra parte, este derecho adquiere ribetes reivindicacionistas debido a los atropellos y despojos de los cuales han sido víctimas, especialmente los pueblos originarios sudamericanos, bajo la lógica de la doctrina del descubrimiento.

En primer lugar, observamos que los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras que desde tiempos inmemoriales habitan por su propia naturaleza, cual es la de pueblo indígena u originario. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, al indicar que “los indígenas, por el hecho de su propia existencia, tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios”¹⁴⁹. También hemos señalado, en el primer capítulo de este trabajo, que la raíz de la palabra indígena vendría a representar la idea de que una persona es originaria de un lugar determinado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso recién mencionado, se refiere a la doctrina:

(...) no deja lugar a dudas a la hora de señalar que el «derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres» constituyen el fundamento último del derecho de propiedad indígena, un fundamento que sirve además de criterio para la identificación y garantía de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.¹⁵⁰

Concluimos, entonces, que el principal y primer fundamento del derecho a la tierra de los pueblos indígenas se explica de la siguiente forma:

(...) el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, existen aun sin actos estatales que los precisen, o sin un título formal de propiedad.¹⁵¹

En esta misma línea, debido a la especial cosmovisión de estos pueblos y su especial relación con la tierra que habitan, podemos explicarnos el impacto que para esas comunidades significó la pérdida de ese derecho:

La pérdida de sus tierras ancestrales les produjo la desorganización de las sociedades indígenas, provocó la pérdida de su principal fuente de trabajo y de alimentación y puso en peligro la supervivencia física de la comunidad.¹⁵²

En efecto, para los pueblos indígenas los derechos territoriales representan un bien de mayor trascendencia:

(...) 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, y para su propio desarrollo, o como prefieren los expertos indígenas, para llevar a cabo sus “planes de vida” y contar con sus propias instituciones políticas y sociales.¹⁵³

Más aún:

(...) la tierra era considerada sagrada por los indígenas, siendo ella identificada en muchas culturas como una madre. De acuerdo a este concepto, la tierra y los recursos naturales debían ser cuidados y protegidos para las siguientes generaciones.¹⁵⁴

¹⁴⁹ CORTE IDH, op. cit. (121), párr. 149.

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas; en BERRAONDO, Mikel (Coordinador), *Instituto de Derechos Humanos, pueblos indígenas y derechos humanos* (2006), p. 189.

¹⁵¹ CIDH, op. cit. (10), p. 29.

¹⁵² AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 538.

¹⁵³ Informe del Relator de la sesión del Grupo de Trabajo sobre la sección quinta del Proyecto de Declaración, con especial énfasis en las “Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios”; 7-8 de noviembre de 2002, OEA/Ser.K/XVIGT/DADIN/doc.113/01 rev.1, de 20 de febrero de 2003, p. 2, cit. por AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 538.

¹⁵⁴ AYLWIN, José, op. cit. (86), p. 3.

En última instancia, cabe señalar que el derecho a la tierra también encuentra un fundamento para su establecimiento en la intrusión rupturista que significó la concepción occidental de la propiedad privada. Contrastada con la visión colectiva de posesión y uso de la tierra que manifiestan los pueblos indígenas, el Relator Especial Stavenhagen

(...) ha subrayado que a través de la historia se han seguido los intentos por convertir la posesión comunal en posesión privada individual, configurándose en una clara amenaza a la posesión colectiva indígena.¹⁵⁵

Siguiendo otro camino argumental, existe otra razón que justifica este derecho, que dice relación con los procesos de conquista y colonización de los pueblos indígenas, principalmente en América Latina:

(...) desde la llegada de los europeos a la región, hace ya cinco siglos atrás, los indígenas fueron objeto de procesos de subordinación militar, jurídica, política, económica y cultural por parte de quienes se establecieron en sus territorios y de sus descendientes.¹⁵⁶

Los colonizadores que buscaban conquistar nuevos territorios justificaron la apropiación de tierras mediante la doctrina del descubrimiento basándose en las bulas papales de Alejandro VI de 1493¹⁵⁷. Esta apropiación de tierras tuvo como origen distintos hechos. Por un lado, diversas guerras de conquista que causaron estragos en la población indígena, y un desplazamiento forzado de la población indígena de las tierras que habitaban. No obstante lo anterior, un hecho fundamental fue la utilización de distintas instituciones que aplicaron los europeos a las poblaciones originarias. Entre ellas encontramos las encomiendas y las sesmarias, que derivaron en el desplazamiento de las poblaciones indígenas de las tierras que ocupaban permanentemente o bajo los sistemas de cultivos rotativos, y la subsiguiente ocupación y apropiación de los colonos y conquistadores de las tierras indígenas. Luego, con la independencia de los Estados americanos y bajo la influencia de las ideas liberales emanadas de la Revolución francesa, se dictaron numerosos códigos civiles inspirados en el Código de Napoleón. Producto de la llegada de la codificación, arribó también la propiedad privada de la tierra. A su vez, estos códigos proveyeron a colonos, hacendados y conquistadores de legitimidad frente al nuevo ordenamiento jurídico imperante, obligando a indígenas –que no tenían los conocimientos y recursos para cuestionar estos hechos– a incorporarse como mano de obra a sus propias tierras, a cambio de parcelas de subsistencia y un trabajo mal pagado¹⁵⁸. Esta usurpación continuó con la adquisición de tierras mediante “contratos fraudulentos o a precios irrisorios, o simplemente apropiadas a través de corridas de cercos o expulsión de indígenas”¹⁵⁹. Todo esto fue potenciado por las denominadas reducciones indígenas derivadas de los procesos de expansión de los nacientes Estados¹⁶⁰.

A lo anterior debe sumarse el hecho de que la postura estatal frente a los pueblos indígenas fue, en un primer momento, asimilacionista, lo cual se tradujo en políticas que negaban sus particularidades y propiciaban su integración y asimilación a las culturas dominantes¹⁶¹. Estas políticas, con posterioridad al año 1940, fueron sustituidas por políticas indigenistas que, por una parte

(...) reconocen y denuncian la situación de pobreza y opresión en que se encuentran los indígenas. Por otro lado, consideran a la población indígena como un obstáculo a la integración y la unidad nacional de los países de la región, así como para su progreso y desarrollo. En lo fundamental, postulan la integración de los indígenas a las sociedades nacionales.¹⁶²

¹⁵⁵ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 535.

¹⁵⁶ AYLWIN, José, op. cit. (86), p. 3.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 4.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*, p. 5.

Con todo, podemos ver que “la efectividad de las políticas indigenistas para conseguir los objetivos propuestos, incluido el de la protección de las tierras indígenas, es hoy cuestionada por diversos analistas”¹⁶³.

En conclusión, podemos señalar con propiedad las razones que justifican, desde una perspectiva histórica, el establecimiento de una regulación especial a favor de los pueblos indígenas:

(...) las insuficiencias de las reformas agrarias para dar respuesta a las múltiples necesidades de los indígenas, las frustraciones provocadas por las políticas indigenistas, las amenazas que para su subsistencia significaron proyectos de inversión, tales como proyectos mineros y forestales, carreteras, represas hidroeléctricas, etc., impulsados por los Estados o por particulares en sus territorios ancestrales, la marginación política y económica de la que siguieron siendo objeto al interior de los Estados.¹⁶⁴

3.2.2. Normativos

Como hemos señalado en el primer capítulo de este trabajo, los pueblos indígenas son verdaderamente pueblos según el Derecho Internacional, y por lo tanto tienen derecho a la libre determinación. Este elemento es vital para comprender el hecho de que, sin un verdadero control sobre la tierra que habitan y cultivan, con la cual poseen una especial relación y a la que se encuentran vinculados religiosa y culturalmente, estos pueblos tampoco pueden ejercer un verdadero control sobre sus vidas y destinos como colectividad. En consecuencia:

(...) el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas implica un derecho al control y gestión de sus propias tierras y de los recursos que se encuentran en el suelo y subsuelo que ellos tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma.¹⁶⁵

En este mismo sentido, la Relatora Daes ha señalado que “el reconocimiento del derecho a la libre determinación es una condición y un presupuesto necesario para el goce de los derechos a la tierra, los territorios o los recursos”¹⁶⁶. Podemos concluir, entonces, que los pueblos indígenas, en su calidad precisamente de pueblos, son titulares del derecho a la autodeterminación, también denominado “principio de autodeterminación”, y que este requiere, para su materialización, que los pueblos tengan efectivo control sobre sus tierras, territorios y recursos. De hecho, todos los pueblos precolombinos tenían una

(...) base territorial reconocida por ellos mismos y por los pueblos vecinos. Sobre dichos territorios las autoridades de cada pueblo ejercían jurisdicción, la que incluía potestades jurídicas, políticas y militares, entre otras.¹⁶⁷

3.3. Naturaleza jurídica

Como hemos dicho, el derecho a la tierra de los pueblos indígenas constituye un derecho humano con todas sus características, tal y como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, a saber:

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 531.

¹⁶⁶ Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Érica-Irene A. Daes: “Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra”, NU, Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, del 11 de junio de 2001, párr. 83, AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 533.

¹⁶⁷ AYLWIN, José, *op. cit.* (86), p. 3.

(...) mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹⁶⁸

Esto nos permite afirmar que, incluso con anterioridad a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 (instrumento que carece de carácter obligatorio), que reconoce este derecho y su calidad de tal

(...) considerar el derecho a la tierra como un derecho humano sí sería posible, dado el carácter evolutivo de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, añadiendo que se protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.¹⁶⁹

3.4. Características

A partir del estudio de esta materia es posible determinar ciertas características del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, que permiten comprender este derecho y las consecuencias que derivan de su aplicación. Estas son:

1. Es un derecho de contenido “amplio”, puesto que no solo involucra las tierras desde la perspectiva occidental y del derecho civil, es decir, desde un punto de vista meramente económico, sino en virtud de la especial relación que guardan estos pueblos con sus tierras, cuyo carácter es marcadamente holístico, de significado tanto económico, como religioso y cultural. La tierra, para estos pueblos, constituye su medio de subsistencia, y su existencia como pueblo solo tiene sentido si se encuentran vinculados a esa tierra que habitan. Este derecho protege también la idea de tierra en sentido amplio, dada la necesaria relación que existe entre este concepto y otros derechos territoriales de los que estos pueblos son titulares. Cabe hacer mención a lo siguiente:

(...) el Estado se reserva derechos sobre bienes que forman parte integral del territorio: el subsuelo, los recursos no renovables, los recursos forestales –en algunos casos–, la fauna, las lagunas y los ríos, aplicando regímenes legales diferenciados a los distintos componentes de la naturaleza. Se produce así una desintegración jurídica de los territorios, que no solo dificulta su control y gestión por parte de los pueblos indígenas sino que, además, es la causa de los mayores conflictos que soportan, incluso para aquellos pueblos que han obtenido el reconocimiento legal de la tierra. De esta forma se provoca una gran vulnerabilidad de las condiciones de vida de las presentes y las futuras generaciones de los pueblos indígenas.¹⁷⁰

2. Posee un carácter colectivo, derivado –como ya se señaló en el capítulo primero– del sentido de propiedad que poseen los pueblos indígenas, basado en la posesión y el uso colectivo de la tierra y no en el sentido de propiedad privada que establece el derecho civil occidental. Por tal razón, este derecho solo adquiere sentido en cuanto es otorgado a estos pueblos como colectividad, y no se entiende como

¹⁶⁸ CORTE IDH, *op. cit.* (38), párr. 148.

¹⁶⁹ CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro, *op. cit.* (45), p. 42.

¹⁷⁰ REÁTEGUI SILVA, Juan, *op. cit.* (69), p. 58.

satisfecho en presencia de una titulación individual de la tierra, como se pretendió en algunas reformas agrarias o en determinadas políticas indigenistas aplicadas por diversos Estados. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario considerar lo siguiente:

(...) algunas discusiones recientes ponen en duda esta pretendida prevalencia histórica de la propiedad colectiva en el mundo indígena, pero todos coinciden en que las economías domésticas indígenas, cualquiera que sea el régimen legal de tenencia, necesitan de un ambiente comunitario que asegure el uso de las parcelas, los mecanismos de intercambio y agregación temporal de trabajo basados en usos alternativos de las tierras y del trabajo –como el arrendamiento y la aparcería–, y el acceso compartido a recursos claves como el agua, los bosques y las áreas de pastoreo en las tierras altas, o aquellas que solo se pueden aprovechar colectivamente o son muy frágiles, en las tierras bajas tropicales.¹⁷¹

Aun así, podemos señalar lo siguiente respecto de la cultura indígena:

(...) los arreglos colectivos para producir y manejar sosteniblemente los recursos son una característica persistente de las culturas indígenas y de sus economías, y el tratamiento de este elemento en las políticas es muy relevante para ellos.¹⁷²

3. Es progresivo. Como hemos señalado, tal derecho ha nacido de una interpretación progresiva del derecho de propiedad consagrado de forma tradicional. Podemos identificar, como señalan algunos autores respecto del Sistema Interamericano, al menos tres fases distintas relativas a la protección de derechos indígenas. Ello explica no solo su carácter progresivo, sino también la actitud de los órganos internacionales frente a este problema:

(...) pueden identificarse tres fases en la actuación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fases que se corresponden a grandes rasgos con la evolución de la cuestión de los derechos indígenas en los Estados americanos y en el Derecho Internacional: una primera fase tardoindigenista, durante la década de los setenta; una segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas, desde la perspectiva general de los derechos humanos individuales, durante la década de los ochenta y mediados de los noventa; y una tercera fase de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de discusión del proyecto de declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Awas Tingni*, en 2001, fase en la que nos encontramos en la actualidad.¹⁷³

4. Es inembargable, imprescriptible e inalienable. En relación con estas características, es necesario realizar ciertas distinciones señaladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Sawhoyamaya*:

(...) fijó criterios precisos para dilucidar la cuestión de la prescriptibilidad del título indígena sobre sus tierras tradicionales, remitiéndose para ello a su propia jurisprudencia sobre la relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios ancestrales.¹⁷⁴

¹⁷¹ ITURRALDE, Diego. Tierra y territorio indígena: discriminación, inequidad y exclusión. En ÉVELIS ANDRADE, Luis (a cura di). *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*, (Noviembre, 2012), p. 86.

¹⁷² *Ibíd.*, p. 86.

¹⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, op. cit. (140), p. 160.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 195.

Se señaló, en el mentado caso, lo siguiente:

Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.¹⁷⁵

Por otra parte, dicha relación debe entenderse

(...) de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de sus culturas.¹⁷⁶

A esto deben sumarse otras consideraciones, a saber:

El principio de continuidad de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios admite excepciones en aquellas situaciones en las que las comunidades indígenas hayan sido arrebatadas de sus tierras por el ejercicio de la violencia o por la amenaza de este ejercicio. Esta situación, en la que se encontraba, por ejemplo, la Comunidad Moiwana en Surinam, no extingue los derechos de propiedad comunal sobre sus tierras y, en caso de que estén ocupadas por terceros, de reivindicarlas ante el Estado. En este tipo de casos, de los que todavía no existe una amplia casuística ante el Sistema Interamericano, el criterio general definido por la Corte es que los pueblos en cuestión se hayan visto impedidos de ocupar o usar sus tierras tradicionales «por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real».¹⁷⁷

Esto hace que, en la práctica, el derecho a la tierra adquiera una vigencia que va más allá de la reconocida por el Estado al cual pertenezca un determinado pueblo indígena, puesto que esta se encuentra indisolublemente ligada a la existencia del pueblo como tal, lo que implica la imprescriptibilidad del derecho en cuestión. Respecto de estas características, hecha la anterior prevención interpretativa, debemos señalar lo que sigue:

(...) en gran parte de los países de la región, a través del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en las Constituciones y la ratificación del Convenio 169 de la OIT, se ha venido superando paulatinamente la mencionada visión del territorio, otorgando a las tierras indígenas el carácter de inembargables, inalienables e imprescriptibles. Sin embargo, hay aún varios aspectos del derecho al territorio que siguen siendo controversiales y que todavía no han logrado ser reconocidos por la mayor parte de los Estados nacionales ni, en cierta medida también, por el ámbito internacional. Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela, por ejemplo, reconocen el carácter de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de las tierras/territorios de los pueblos y comunidades indígenas. En Perú, sin embargo, se ha dado un proceso regresivo. La Constitución de 1993 eliminó el carácter inembargable e inalienable de las tierras/territorios indígenas. Lo imprescriptible deviene en una condición precaria y condicionada. Guyana, Surinam y Guyana Francesa aún no han logrado modificar las normativas que permitan avanzar en el reconocimiento de estos derechos.¹⁷⁸

¹⁷⁵ CORTE IDH, *op. cit.* (126), párr. 131.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis, *op. cit.* (140), p. 196.

¹⁷⁸ REÁTEGUI SILVA, Juan, *op. cit.* (69), p. 57-58.

Con respecto a las características de inembargabilidad e inalienabilidad, podemos concluir que, dada la naturaleza colectiva e inexorablemente vinculada con la idea de pueblo originario y su especial relación con la tierra, la cual va más allá de una mera relación económica, las tierras indígenas quedan fuera del ámbito de la prenda general. A su vez, por ser un derecho humano y, por tanto, irrenunciable para los pueblos, este derecho tampoco es susceptible de enajenación.

3.5. Contenido del derecho a la tierra y su interdependencia con otros derechos

Este punto se refiere al contenido específico del derecho a la tierra. En sentido amplio, el derecho a la tierra otorga a los pueblos originarios el derecho de acceso a los territorios que han ocupado desde tiempos inmemoriales. Además, existen otros derechos que se derivan del mismo, que permiten la tutela efectiva, cuales son: el derecho a la restitución del territorio ancestral; el derecho a la protección frente al desplazamiento forzado; los derechos a la protección estatal, al acceso a la justicia y a la reparación por violaciones del derecho a la tierra; los derechos de consulta previa y participación; y el derecho al ejercicio de la relación espiritual con la tierra y el acceso a sitios sagrados.

3.5.1. Acceso a la tierra

Para objeto del presente trabajo se entenderá el derecho al acceso a la tierra en un sentido amplio, como eje central del contenido del derecho a la tierra. Dicho esto, resulta claro, como hemos visto a lo largo de esta investigación, que el principal contenido del derecho a la tierra es el acceso a esta y a los recursos comprendidos en la noción de “tierra”. Dicho acceso es el prerrequisito material básico y necesario para que los pueblos indígenas se desarrollen y alcancen su plenitud como pueblos originarios. Pero es necesario hacer algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, se debe delimitar el alcance geográfico de este acceso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este se extiende

(...) en principio, sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida –V. gr., un vínculo cultural de memoria colectiva– con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales.¹⁷⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, a su vez, en el caso de la Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, que este corresponde a la “zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni”¹⁸⁰; y en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, establece que este se despliega por “sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran”¹⁸¹. Los órganos del Sistema Interamericano han considerado como prueba del alcance geográfico la ocupación y utilización históricas de las tierras y recursos por miembros de la comunidad, prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o de sanación, antecedentes lingüísticos, estudios y documentación técnica, y pruebas de idoneidad del territorio¹⁸². Sobre esto hay que tener siempre en cuenta

¹⁷⁹ CIDH, op. cit. (10), p. 33.

¹⁸⁰ CORTE IDH, op. cit. (121), párr. 153.

¹⁸¹ CORTE IDH, op. cit. (93), párr. 135.

¹⁸² CIDH, op. cit. (10), p. 33.

lo expresado en el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, respecto de lo siguiente: “el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia comunidad”¹⁸³.

Finalmente, cabe señalar que los Estados deben garantizar el “otorgamiento gratuito de tierras, en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida”¹⁸⁴. Dicha extensión y calidad debe garantizar, a su vez, “el ejercicio continuo de las actividades de las que derivan su sustento y de las que depende la preservación de su cultura”¹⁸⁵.

Debemos agregar que este acceso garantiza el derecho a la posesión, uso, ocupación y habitación de sus territorios ancestrales. La Corte Interamericana identifica este derecho como el “objetivo último de la protección misma de la propiedad territorial indígena o tribal”¹⁸⁶. Tanto el artículo 14° como el 26° del Convenio 169, como también la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, reconocen, en los términos señalados en dicho Convenio:

(...) el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y el derecho 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.

Para complementar lo anterior, “el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas sus modalidades y formas propias y diversas de posesión, dominio, ocupación o disfrute de la tierra, territorios y recursos”¹⁸⁷. Cabe destacar, además, que “la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena o tribal”¹⁸⁸. Como consecuencia de este reconocimiento, en el Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam, se establece que este derecho conlleva lo siguiente: administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.¹⁸⁹

Una vez establecido lo anterior, debemos hacernos cargo de un problema práctico, en relación con los eventuales conflictos jurídicos con terceros como consecuencia de la consagración efectiva de este derecho. En tal sentido, la Corte IDH establece:

(...) los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que se les proteja de conflictos con terceros por la tierra, a través del otorgamiento pronto de un título de propiedad, y de la limitación y la demarcación de sus tierras sin demoras, para efectos de prevenir conflictos y ataques por otros. Cuando surgen conflictos, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a obtener protección y reparación a través de procedimientos adecuados y efectivos; a que se les garantice el goce efectivo de su derecho a la propiedad; a que se investigue efectivamente y se sancione a los responsables de dichos ataques; y a que se establezcan mecanismos especiales rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos sobre el dominio de sus tierras.¹⁹⁰

¹⁸³ CORTE IDH, op. cit. (37), párr. 93-107.

¹⁸⁴ CIDH, op. cit. (10), p. 33.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 33-34.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁸⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 549.

¹⁸⁸ CIDH, op. cit. (10), p. 49.

¹⁸⁹ CORTE IDH, op. cit. (38), párr. 194.

¹⁹⁰ CIDH, op. cit. (10), p. 50.

En efecto, este reconocimiento puede producir conflictos

(...) con otras comunidades indígenas que presentan reclamos de propiedad sobre zonas de uso tradicional compartido (como bosques y aguas). La solución de estos conflictos pasa por la flexibilización de las formas jurídica específicas de reconocimiento de la propiedad comunal, que atienda al carácter *sui generis* de la propiedad comunal.¹⁹¹

Finalmente, debemos hacer una breve mención a dos derechos que pueden presentar ciertos problemas específicos, por lo que es necesario su tratamiento de forma separada; estos son el derecho a los servicios básicos y al desarrollo, y el derecho al ejercicio de la relación espiritual con el territorio y el acceso a sitios sagrados. El primer derecho implica que el acceso a las tierras “debe ir acompañado de la instalación de servicios básicos para las comunidades, y de asistencia para el desarrollo”¹⁹²; en el caso del segundo derecho, debido a que “los pueblos indígenas y tribales consideran que ciertos lugares, fenómenos o recursos naturales son especialmente sagrados de conformidad con su tradición, y requieren especial protección”¹⁹³, y son un “elemento constitutivo de su cosmovisión y su religiosidad”¹⁹⁴, los Estados “tienen la obligación de proteger dicho territorio, y la relación establecida entre los pueblos indígenas o tribales y sus tierras o recursos naturales, como medio para permitir el ejercicio de su vida espiritual”¹⁹⁵. De esta forma se incluye “la expresión pública de este derecho y el acceso a sitios sagrados, sea que se encuentren en propiedad privada o no”¹⁹⁶.

3.5.2. Derecho de restitución del territorio ancestral

Según este derecho:

(...) los pueblos indígenas y tribales, que pierden la posesión total o parcial de sus territorios, mantienen sus derechos de propiedad sobre tales territorios y tienen un derecho preferente a recuperarlos, incluso cuando se encuentren en manos de terceras personas.¹⁹⁷

A su vez:

(...) la CIDH y la Corte reconocen que el derecho a la restitución de los territorios tradicionales no es un derecho absoluto, y encuentra un límite en aquellos casos excepcionales en los que existan razones objetivas y justificadas que hagan imposible al Estado restaurar los derechos territoriales de los pueblos indígenas o tribales y las comunidades que les constituyen. Esos pueblos y comunidades tienen derecho, no obstante, a la reparación.¹⁹⁸

En el caso de que “por razones concretas, la restitución de tierras no fuera posible, es preferible que se otorguen tierras y territorios de igual valor”¹⁹⁹.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 52.

¹⁹² CIDH, *op. cit.* (10), p. 64.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 65.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 60.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

3.5.3. Protección frente al desplazamiento forzado

Debido a la importancia de la tierra para las comunidades indígenas, el desplazamiento forzado de los pueblos originarios desde estas constituye un problema importante, principalmente porque “la pérdida de sus tierras y el cambio de hábitat producen efectos desastrosos para la conservación de su identidad”²⁰⁰. Ahora bien, “cuando el traslado y reubicación sean considerados excepcionalmente necesarios, solo podrá efectuarse con el consentimiento dado de manera libre y con pleno conocimiento de causa por los pueblos indígenas”²⁰¹. Estos pueblos, en el caso de un desplazamiento forzado, poseen un “derecho a retorno, siempre que sea posible, cuando desaparezcan las causas que motivaron el traslado y reubicación”²⁰², además del “derecho de cualquier persona a ser indemnizado por los daños que haya sufrido a consecuencia del desplazamiento”²⁰³.

3.5.4. Derecho a la protección estatal, al acceso a la justicia y a la reparación

Estos derechos solo adquieren sentido ante una transgresión del derecho a la tierra, y aluden a distintas etapas de esta afectación. El derecho a la protección estatal puede ser abordado desde tres visiones complementarias. Por una parte, los Estados tienen el deber de “determinar, demarcar y titular las tierras que los pueblos interesados usan u ocupan de manera tradicional”²⁰⁴. También se les impone “la obligación de proveer un marco legal, recursos jurídicos y procedimientos adecuados para proteger los derechos de los pueblos indígenas relativos a sus tierras, territorios y recursos”²⁰⁵. Además, pesa sobre los Estados la obligación de tomar “medidas adecuadas para prevenir, impedir y sancionar toda intrusión, por personas ajenas, en las tierras, territorios y recursos indígenas”²⁰⁶. El derecho al acceso a la justicia en forma amplísima, a su vez, complementa el derecho a la protección estatal, puesto que “el deber genérico de los Estados de proteger los derechos de propiedad indígenas requiere la tutela judicial efectiva de estos derechos”²⁰⁷.

El derecho a la reparación es llamado así pues se considera un concepto más apropiado que el de indemnización, pues la idea de reparación implica los conceptos de indemnización, restitución y compensación²⁰⁸. Esto, ya que “debido a la naturaleza especial de su relación con la tierra la indemnización económica no constituía una reparación adecuada para la pérdida sufrida”²⁰⁹. Concluimos, entonces, lo siguiente:

(...) si hay razones concretas y justificadas que hagan imposible a los Estados otorgar la restitución, los pueblos indígenas y tribales deben recibir una compensación que se oriente principalmente por el significado y el valor que la tierra perdida tiene para los pueblos.²¹⁰

3.5.5. Derechos de consulta previa y participación

Los derechos a consulta previa y a la participación solo adquieren sentido si se entienden como una forma de autotutela del derecho a la tierra por parte de los propios pueblos indígenas. Estos pueden ser explicados de forma concisa, como se lee a continuación:

²⁰⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 555.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*, p. 556.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 552.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 553.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ CIDH, op. cit. (10), p. 134.

²⁰⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, op. cit. (7), p. 557.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 556.

²¹⁰ CIDH, op. cit. (10), p. 143.

Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales.²¹¹

Además, “los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en los procesos de diseño, ejecución y evaluación de los proyectos de desarrollo que se llevan a cabo en sus tierras y territorios ancestrales”²¹². A estos derechos debemos sumar el deber de obtener el consentimiento previo e informado en los casos en que sea necesario. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido este derecho como el deber estatal de

(...) obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.²¹³

3.5.6. Derecho al ejercicio de la relación espiritual con la tierra y al acceso a sitios sagrados

Como se mencionó en el primer capítulo, los pueblos indígenas tienen una especial relación con la tierra que habitan. Sabemos también que esta relación no es solo de carácter económico, sino también cultural y espiritual. Por esta razón, afirmamos que estos pueblos tienen derecho al ejercicio de esta relación espiritual y al acceso a sitios sagrados. Esto se explica, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo siguiente:

Los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con los lugares donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se han desarrollado a partir de la ocupación y uso de sus territorios físicos.²¹⁴

Vemos, por consiguiente, que la no consagración del derecho a la tierra puede traer como consecuencia la afectación del derecho a la libertad religiosa, consagrado en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también en el artículo 12 de la Convención Americana. Debemos concluir, por lo tanto, lo que sigue:

Los Estados tienen la obligación de garantizar a los pueblos indígenas la libertad de conservar sus formas propias de religiosidad o espiritualidad, incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados, sea que se encuentren en propiedad privada o no.²¹⁵

3.5.7. Otros derechos vinculados al derecho a la tierra

Existen otros derechos humanos afectados por la falta de protección del derecho a la tierra. Sin el ánimo de realizar un listado exhaustivo, podemos encontrar vulneraciones al derecho a la vida, a la salud, a los derechos económicos y sociales; a la identidad cultural y a la libertad religiosa; a los derechos laborales,

²¹¹ *Ibíd.*, p. 108.

²¹² *Ibíd.*, p. 113.

²¹³ CORTE IDH, *op. cit.* (38), párr. 136.

²¹⁴ CIDH, *op. cit.* (10), p. 64.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 65.

derecho a la libre determinación, derecho a la integridad psíquica y moral, y ciertas obligaciones estatales correlativas.

En este mismo sentido, la CIDH señala:

La falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a la tierra y recursos naturales, se vincula directamente y en tanto causa, a situaciones de pobreza y extrema pobreza entre familias, comunidades y pueblos.²¹⁶

Además, dicha Corte establece:

Las circunstancias típicas de pobreza desencadenan violaciones transversales de los derechos humanos, incluidas violaciones de sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, y los derechos del niño.²¹⁷

3.6. Titulación de las tierras

Debemos destacar como antecedente de esta materia que “los pueblos indígenas son históricamente antecesores en el dominio a los que llegaron como consecuencia de la conquista, colonización u ocupación extranjera”²¹⁸. Así, vemos que “esta prelación en la posesión y ocupación de sus tierras y territorios es lo que los pueblos indígenas llaman su título histórico y forma parte de sus derechos ancestrales”²¹⁹. Esto deriva en la siguiente consecuencia práctica:

(...) su título histórico de primeros ocupantes les otorga fundamento jurídico inmediato para administrar y disponer de sus tierras y de los recursos que en ella se encuentran, razón por la cual los pueblos indígenas consideran que ellos son los legítimos propietarios de sus tierras, con o sin un título escrito de propiedad.²²⁰

El título jurídico corresponde a una normativa europea y en un comienzo resultó desconocido para los pueblos indígenas²²¹. Con todo, de acuerdo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a estos pueblos se les garantizan los derechos a “ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados”²²².

El tema del título indígena es abordado por la Corte Interamericana de Justicia, tanto en el caso *Awas Tingni* como en el del pueblo de *Saramaka*. Respecto del primero:

(...) la Corte Interamericana sostuvo explícitamente que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal y otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o, como en el caso *Awas Tingni*, de los agentes del propio Estado.²²³

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 66.

²¹⁷ *Ibíd.*, pp. 66-67.

²¹⁸ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 540.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.*, p. 541.

²²¹ *Ibíd.*

²²² CIDH, *op. cit.* (10), p. 35.

²²³ *Ibíd.*, p. 36.

En el caso del pueblo de Saramaka, como forma de reparación, se le ordenó al Estado de Surinam:

Eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo de Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo de Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho a los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica.²²⁴

Se ha señalado también que “los procedimientos para titular tierras comunales indígenas o tribales deben ser efectivos, atendiendo a las características particulares del pueblo respectivo”²²⁵, de lo cual se deriva que “la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos”²²⁶.

Por otra parte, es necesario recordar que “el derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica la titulación colectiva del territorio”. A modo de ejemplo:

La Corte Suprema de Canadá ha descrito el título indígena con las siguientes características: supone un derecho a la tierra; implica un interés patrimonial; es un derecho colectivo; es un derecho *sui generis* y no es un título de pleno dominio como otros títulos de propiedad reconocidos por el ordenamiento jurídico interno; se trata de un título que solo permite utilizar y ocupar la tierra, siempre que no sea de un modo incompatible con la naturaleza de la relación de los pueblos indígenas con esas tierras.²²⁷

Esto último ha llevado a algunos autores a sostener una idea sobre el título indígena similar a la siguiente, expresada por la Relatora Especial Irene Daes: “solo proporciona una condición jurídica defectuosa, vulnerable e inferior respecto de la propiedad de tierras y recursos indígenas”²²⁸. En definitiva, el derecho de los pueblos indígenas a un título jurídico formal constituye un avance desde el anterior estado de desprotección en que se argüía recurriendo a la teoría de la *terra nullius* y el descubrimiento, argumento que, según el profesor Gudmundur Alfredsson, graduado de la Universidad de Harvard y miembro permanente de número de organismos de Naciones Unidas, “daña la vista”²²⁹. Por lo demás, también es posible observar estas características no como limitaciones, sino como medidas de protección para los pueblos, en atención a la finalidad, objetivos y fundamentos que persigue la consagración de este derecho, postura sostenida, por lo demás, en este trabajo.



²²⁴ *Ibíd.*, pp. 36-37.

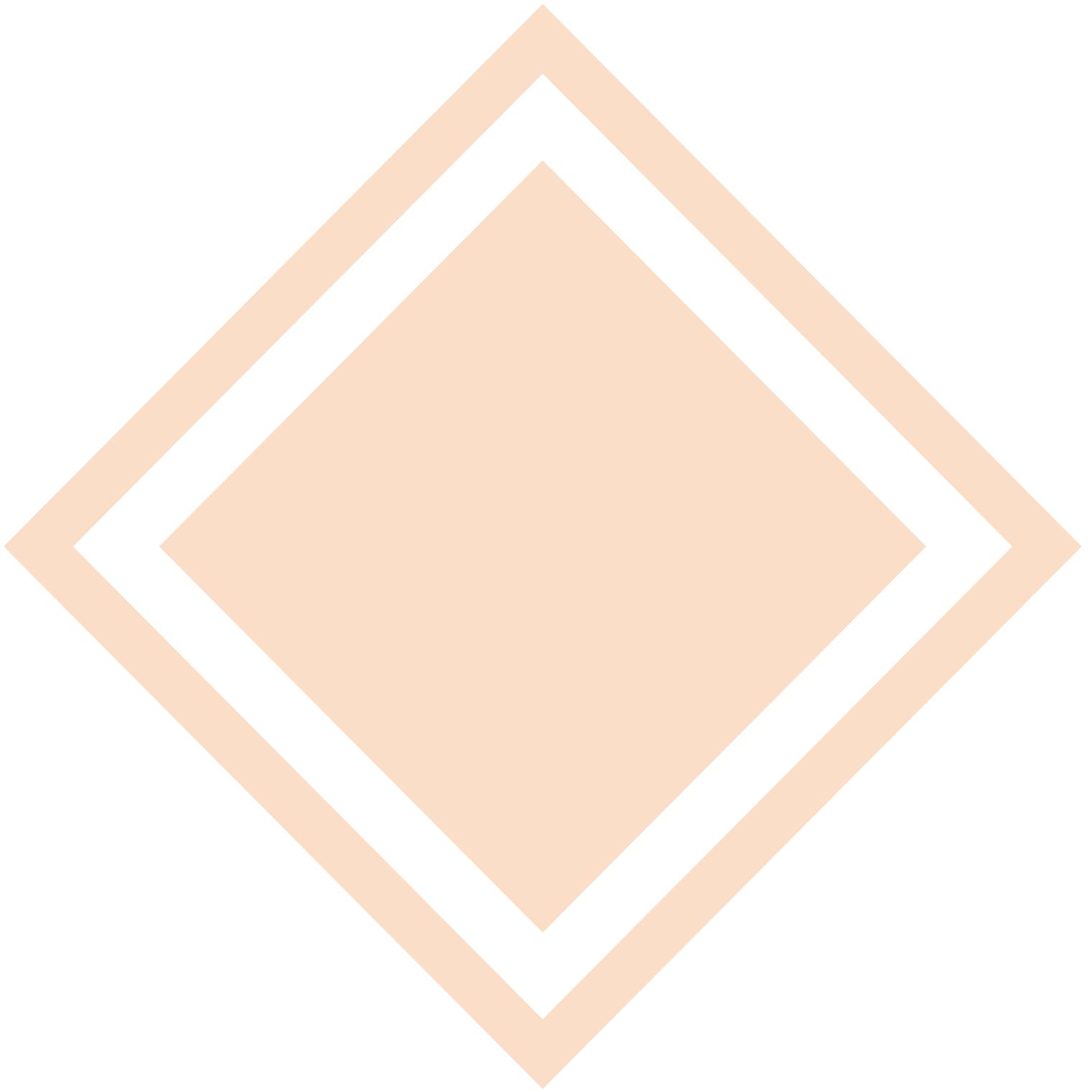
²²⁵ *Ibíd.*, p. 37.

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), pp. 543-544.

²²⁸ DAES, I., *op. cit.* (156), párr. 41. Visto en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 542.

²²⁹ ALFREDSSON, G. The Right of Self-determination and Indigenous Peoples, p. 47. Visto en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *op. cit.* (7), p. 547.





CONCLUSIONES

Luego del análisis realizado, podemos colegir algunas conclusiones que dan forma a lo que denominamos “el derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho Internacional”. En efecto, los pueblos indígenas son verdaderamente pueblos de acuerdo al Derecho Internacional y, por tanto, titulares del derecho a la autodeterminación, caracterizados por ser los ocupantes originarios de las tierras que habitan, diferenciándose claramente de los denominados *advenae*, esto es, aquellas personas que arribaron, principalmente y en un momento posterior, a conquistar y colonizar este territorio. Es necesario señalar, además, que los pueblos indígenas poseen características distintas de las denominadas minorías y poblaciones, y que, consecuentemente, su tratamiento por parte del Derecho Internacional debe ser también realizado de manera independiente de aquellas.

Los pueblos indígenas no mantienen una relación meramente económica con la tierra que poseen y usan, sino que establecen una relación compleja, con componentes culturales y también religiosos, dominada por una cosmovisión en la cual la tierra juega un rol fundamental. Esta relación difiere, además, de la concepción occidental de propiedad privada, pues se basa en un criterio colectivo. De esta forma, hablamos de un derecho de propiedad colectivo establecido sobre la base de su propia identidad y tradiciones. Ambas ideas chocan con una visión clásica del derecho de propiedad y corresponde a un deber de los Estados su adecuado ensamblaje.

El derecho a la tierra de los pueblos indígenas constituye un derecho humano consagrado ampliamente en el Derecho Internacional, tanto en instrumentos internacionales, como el Convenio 169; como también en instrumentos interamericanos donde la labor desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta de trascendental importancia; y en instrumentos regionales, como la declaración de Machu Picchu.

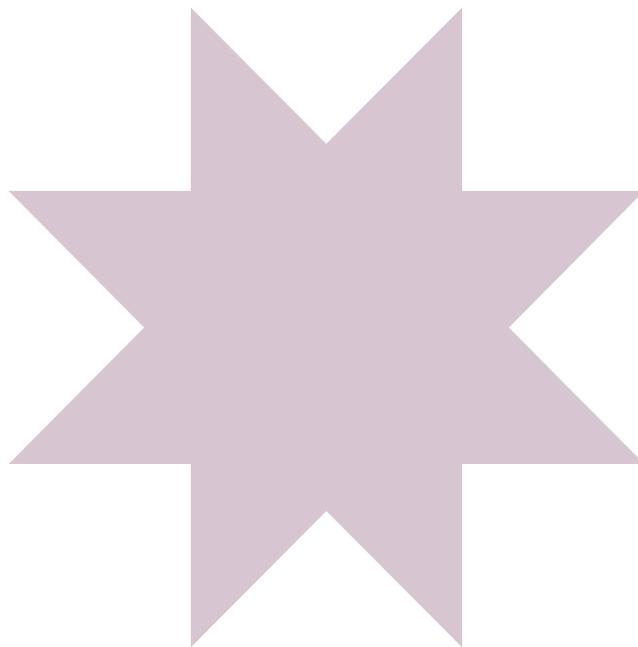
Este derecho encuentra su fundamento principalmente en la ocupación histórica de las tierras por parte de los pueblos originarios; pero también se establece como un elemento que busca proteger y reparar daños sufridos por estos pueblos. En primer lugar, protege la relación especial de estos pueblos con la tierra, sus medios de vida y subsistencia, y al mismo tiempo busca reivindicar, en la medida de lo posible y de forma proporcional, la posesión de la tierra que mantenían los pueblos indígenas antes de la llegada de conquistadores y colonizadores y del establecimiento de los Estados modernos.

En una primera aproximación conceptual, encontramos que el derecho a la tierra de los pueblos indígenas constituye un derecho humano, reconocido por el Derecho Internacional, que garantiza a los pueblos indígenas y tribales de forma colectiva, y en virtud de su especial relación con la tierra, la posesión inmemorial de esta y el principio de autodeterminación; el derecho a conservar y acceder a la tierra que poseen, en conjunto con los derechos de consulta, participación y protección estatal. Así también, en el caso de encontrarse privados de la tierra que por derecho les corresponde, este derecho garantiza el acceso a la justicia y reparación, además del deber estatal de regularización del dominio de la tierra, mediante el otorgamiento del denominado título indígena.

Se trata de un derecho de características especiales, amplio, colectivo, progresivo, además de inalienable, imprescriptible e inembargable. En relación con su contenido, encontramos principalmente lo que denominamos acceso a la tierra, noción que comprende preponderantemente el derecho a la posesión, uso, ocupación y habitación, pero también el derecho de restitución del territorio ancestral, a la protección frente al desplazamiento forzado y a la protección estatal, y el derecho de acceso a la justicia y la reparación.

Se encuentra, asimismo, en estrecha interrelación con otros dos derechos que asisten a los pueblos indígenas, y que operan en el caso de una eventual vulneración al derecho a la tierra, territorio y recursos naturales. Estos derechos se denominan, de forma genérica, derechos de consulta y participación, y en el caso de proyectos de gran envergadura, requieren, para considerarse satisfechos, del consentimiento previo, libre e informado de los pueblos originarios.

Finalmente, es necesario señalar que el reconocimiento de este derecho trae aparejado el deber, para los Estados, de otorgar lo que denominamos “título indígena”, el cual, necesariamente, debe tener carácter colectivo. Este constituye un avance significativo en la protección de tal derecho, pero es susceptible de críticas puesto que, a juicio de distintos autores, configura una especie de propiedad discriminatoria y de categoría inferior a la encontrada en el derecho civil común.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. (2007). *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Santiago: Librotecnia.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. (2006). La aspiración indígena a la propia identidad. *Universum*, Vol. 21, N° 1. Talca: Universidad de Talca.

ANAYA, James. (2009). *Indigenous peoples and the international system*. Madrid: Trotta.

ARTEAGA, Andrés. (2007). *Los derechos de los pueblos indígenas y su reconocimiento internacional: La Declaración de las Naciones Unidas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Concepción: Universidad de Concepción.

AYLWIN, José. (2002). El Derecho de los pueblos indígenas a la tierra y al territorio en América Latina: Antecedentes históricos y tendencias actuales. Documento para ser presentado en la "Sesión del Grupo de Trabajo sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios". Washington DC: Organización de Estados Americanos.

BANCO MUNDIAL. (1991). *Manual de operaciones: Directriz operacional 4.20*.

BELLO, Álvaro; MARCEL, Marta. (2002). La equidad y la exclusión de los indígenas y afrodescendientes en América y el Caribe. Cepal: *Revista Cepal* 76°.

BOCCARA, Guillaume; SEGUEL-BOCCARA, Ingrid. (2005). *Políticas indígenas en Chile (siglos xix y xx), de la asimilación al pluralismo -El Caso Mapuche-, Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. [En línea] BAC - Biblioteca de Autores del Centro, Boccara, Guillaume. Puesto en línea el 14 de febrero de 2005.

CABELLO GONZÁLEZ, José Miguel. (1999). *La contratación internacional: Guía práctica*. Madrid: Esic.

CASTILLO CASTAÑEDA, Pedro. (2009). *El derecho a la tierra y los acuerdos internacionales, el caso del Perú*. Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales (Cepes).

CATRILEO ARIAS, Rosa; MEZA ALIAGA, Catherine. (2005). La propiedad colectiva. Los pueblos indígenas y el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Tesis Bicentenario, Santiago.

CENTER FOR WORLD INDIGENOUS STUDIES. (1981). *The Need for International Conventions: a World Council of Indigenous People*. CWIS.

CIDH. (2010). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de derechos humanos: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 17 de junio de 2005 Serie C, N° 125.

CORTE IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C, N° 124.

CORTE IDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 31 de agosto de 2001. Serie C, N° 79.

CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 27 de junio de 2012. Serie C, N° 245.

CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C, N° 146.

CORTE IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 de junio de 2005. Serie C, N° 127.

CORTE IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 24 de agosto de 2010. Serie C, N° 214.

CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de noviembre de 2007. Serie C, N° 172.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. (1997). *Instituciones de Derecho Internacional Público*: Madrid: Tecnos.

FAO. (2011). *Política de la FAO sobre Pueblos Indígenas y Tribales*.

FIDA. (2012). *Nota técnica del país sobre cuestiones de los pueblos indígenas: República de Chile*. Santiago.

GROPPO, Paolo; CENERINI, Carolina. (2012). *Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible*. FAO.

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, (1988). Actas Provisionales núm. 32, 75th session.

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE. (1989). Actas Provisionales núm. 25, 76th session.

ITURRALDE, Diego. (2012). Tierra y territorio indígena: discriminación, inequidad y exclusión. En ÉVELIS ANDRADE, Luis (a cura di). *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas: Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*.

KYMLICKA, Will. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós Ibérica.

LEARY, Virginia. *La utilización del Convenio n° 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LILLO VERA, Rodrigo. *El Convenio 169 de la OIT. Hacia un reconocimiento de la diversidad*.

LÓPEZ, Miguel Ángel. *Soberanía popular y derecho internacional*. Barcelona: Huygens.

MARTÍNEZ COBO, José. (1987). *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*. Nueva York.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel (Director) (2010). *Normativa nacional e internacional sobre pueblos indígenas, edición anotada*. Santiago: Librotecnia.

OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT*. (2009). Programa para promover el Convenio 169 de la OIT (PRO, 169). OIT: Departamento de Normas Internacionales del Trabajo.

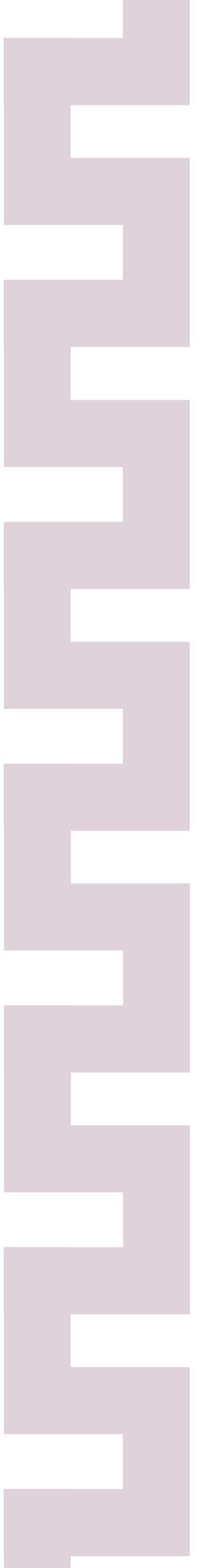
ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión, 2002. E/CN.4/2002/97.

REÁTEGUI SILVA, Juan. (2012). Estado, territorios indígenas, recursos naturales y medioambiente. En ÉVELIS ANDRADE, Luis (a cura di). *Estado del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas: Construyendo sociedades interculturales en América Latina y El Caribe*.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Luis. (2006). El Sistema Interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas. En BERRAONDO, Mikel (coordinador): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.

SIERRA, Lucas. (2003). La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo. *Estudios Públicos*, 92.

VALENZUELA, Mylène. (2002). La política indígena del Estado Chile y la legislación mapuche. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Revisada y complementada por su autora en diciembre del año 2002.





CUADRO TESIS GANADORAS Y MENCIONES HONROSAS

TESIS GANADORA

NOMBRE TESIS	AUTORAS(ES)	PROFESOR(A) GUÍA	UNIVERSIDAD Y CARRERA
<i>Análisis conceptual del derecho a la tierra de los pueblos indígenas según el Derecho Internacional</i>	Daniel Rojas Bastidas	Manuel Núñez Poblete	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Derecho

MENCIONES HONROSAS

NOMBRE TESIS	AUTORAS(ES)	PROFESOR(A) GUÍA	UNIVERSIDAD Y CARRERA
<i>42 metros cuadrados. De la intermediación de las normas internacionales sobre el derecho a la vivienda adecuada, en el plano urbano chileno, aplicable a la regulación de la vivienda social y a la solución del problema habitacional</i>	Emilio Marinao Fuentes	Verónica Delgado Schneider	Universidad de Concepción, Derecho
<i>Derecho a la reparación: ¿es un derecho humano de las víctimas de delito? Especial referencia al ordenamiento jurídico chileno</i>	Gonzalo Fibla Cerda	Carolina Salas Salazar	Universidad Católica del Norte, Derecho

OTRAS TESIS FINALISTAS

NOMBRE TESIS	AUTORAS(ES)	PROFESOR(A) GUÍA	UNIVERSIDAD Y CARRERA
<i>La cláusula de conciencia periodística en Chile</i>	Natacha Cifuentes Contreras	Alfonso Banda Vergara	Universidad Austral de Chile, Derecho
<i>Análisis del derecho de los refugiados en Chile y la Ley N° 20.430 a la luz del Derecho Internacional</i>	Paula Badilla Aceituno	Hernán Salinas Burgos	Pontificia Universidad Católica de Chile, Derecho
<i>Compatibilidad entre el Convenio 169 de la OIT y la Ley de Violencia Intrafamiliar. ¿Se pueden aprobar acuerdos reparatorios? Análisis teórico-práctico de una sentencia dictada en la Región de la Araucanía</i>	Ana Marín Cerna	Ximena Gauché Marchetti	Universidad de Concepción, Derecho
<i>Derechos humanos y pobreza: la realidad de los habitantes pehuenche de la comunidad de Callaqui en la comuna Alto Biobío</i>	Daniela Astroza Parra, Daniela Carrasco Plaza, Isaac Ruiz Muñoz y Alejandra Sepúlveda Neira	Paulina Benítez Molina	Universidad de Concepción, Trabajo Social
<i>El discurso femenino omitido. La ausencia de escritoras en los programas de estudio de Lenguaje y Comunicación de Enseñanza Media</i>	Daniela Lillo Muñoz	Claudio Almonacid Águila	Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, Licenciatura en Educación con mención en Castellano y Pedagogía en Castellano
<i>El impacto que genera el diagnóstico de VIH en mujeres trabajadoras</i>	Natalia Leiva Méndez, Valeska Robles Álvarez y Jazmín Ortiz Zepeda	Leonardo Vidal Hernández	Universidad Central de Chile, Terapia Ocupacional
<i>Cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: supervisión de cumplimiento en Chile</i>	Miriam Villegas Pizarro	Claudio Troncoso Repetto	Universidad de Chile, Derecho

Descarga de tesis completas y video cápsulas en <http://bibliotecadigital.indh.cl/>

Para profundizar más sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, te recomendamos consultar los siguientes enlaces:

Informe Anual 2013: Situación de los derechos humanos en Chile, capítulo 4 “Ejercicio de derechos sin discriminación” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013): <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/605>

Informe Anual 2012: Situación de los derechos humanos en Chile, capítulo 2 “Demandas en torno a la profundización democrática” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012): <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/296/informe-anual-2012.pdf?sequence=1>

Informe Anual 2011: Situación de los derechos humanos en Chile, capítulo 2 “Circunstancias de especial connotación pública a lo largo del año” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011): <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/38/informe-anual-2011.pdf?sequence=1>

Micrositio “Defensoras y Defensores de Derechos Humanos”, sección “pueblos indígenas” (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013): <http://defensoresydefensoras.indh.cl/defensores-as-en-la-historia/pueblos-indigenas-origenarios/>

Estudio exploratorio. Estado de Chile y pueblo mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía. (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2014): <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/642>

Cartilla informativa “Derechos territoriales de los pueblos indígenas”: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/80>

Cartilla informativa “Derecho a la participación de pueblos indígenas”: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/79>

INDH
INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS

