

Reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas un derecho fundamental

Luis Fernando Astudillo Becerra¹
(Hijo de Alberto y Mercedes)
fastudilloabogado@vtr.net

Resumen.

El derecho internacional ha evolucionado en ampliar el concepto de propiedad, a otras formas de propiedad diferentes a las clásicas nociones del Código Civil. La propiedad ancestral, no es otra cosa que un hecho, que debe de acuerdo al derecho internacional producir consecuencias jurídicas en los Estados, el estar los pueblos indígenas en posesión de sus tierras y territorios desde tiempos inmemoriales, será el título jurídico que acredita la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Las normas del derecho internacional han avanzado en esa dirección, especialmente a través del Convenio 169 de la OIT, de la declaración de las Naciones de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como numerosos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, permiten señalar que hoy en el derecho internacional, propiedad ancestral es sinónimo de propiedad indígena.

Palabras claves: Propiedad ancestral, propiedad indígena, derechos de los pueblos indígenas, derechos fundamentales, derecho internacional.

Abstract:

International law has evolved in extending the concept of property, to other forms of property different from the classic notions of the Civil Code. The ancestral property, is not another thing that a fact, that must according to international law produce legal consequences in the States, to be the indigenous peoples in possession of their lands and territories since time immemorial, will be the legal title that accredits the property of

¹Abogado, Magister en Derecho Público Universidad de Valparaíso, Doctor (c) en Derecho Universidad de Valparaíso.

indigenous peoples on their lands and territories. The norms of international law have advanced in that direction, especially through OIT Convention 169, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, as well as numerous pronouncements of the Inter-American Commission on Human Rights, allow us to point out that today in international law, ancestral property is synonymous with indigenous property.

Keywords: Ancestral property, indigenous property, rights of indigenous peoples, fundamental rights, international law.

Introducción.

El derecho internacional reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras bajo la fórmula de la propiedad ancestral.

La propiedad ancestral, no es otra cosa que un hecho, que debe de acuerdo al derecho internacional producir consecuencias jurídicas en los Estados, el estar los pueblos indígenas en posesión de sus tierras y territorios desde tiempos inmemoriales, es el título jurídico que acredita la propiedad de los pueblos indígenas y existe, aún sin actos estatales que lo precisen², por lo que podemos señalar que hoy en el derecho internacional, como se demostrará, propiedad ancestral es sinónimo de propiedad indígena.

Para mejor comprensión del concepto recién elaborado nos parece que se hace necesario hacer dos definiciones o caracterizaciones. Primero definir quienes son indígenas, para ello recogeremos la conceptualización que hace de ellos José Martínez Cobos, quien señala que: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de 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 futuras generaciones su territorios ancestrales y su identidad étnica

² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de AwasTigni vs. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tingni vs. Nicaragua. Fondo,

como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”³.

De esta definición se desprenden cuatro elementos, que aparecen como centrales para determinar que estamos ante un pueblo, comunidad y onación indígenas:

- a) Poseen una continuidad histórica con las sociedades precoloniales.
- b) Se reconocen distintos, con una cultura propia, que los diferencia de otras comunidades que habitan en sus territorios.
- c) Constituyen sectores de la sociedad sujetos de dominación y de despojo de sus tierras y derechos sobre ellas.
- d) Tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad cultural como base de la continuidad de su pueblo.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en diversos pronunciamientos, ha caracterizado la propiedad ancestral señalando que:

reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 140 a)

³Martínez Cobo, José R., Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. volumen V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Nueva York, naciones Unidas, 1987, pág. 30.

a) No se basa en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos.⁴

b) Se fundamenta en las culturas jurídicas indígenas, y en sus sistemas ancestrales de propiedad, esto es, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades⁵.

c) La posesión tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos ya que no es determinante la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral, puede haber movimientos sin que afecte la protección de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante CADH, a los derechos de propiedad de los pueblos indígenas⁶.

d) Existen no sólo en casos de pretensiones de propiedad por el Estado, sino también en relación con terceros, no obstante que estos terceros puedan ostentar títulos de propiedad emanados del Estado sobre las mismas áreas⁷.

⁴ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Serr.L/V/II,Doc.34, 28 de junio de 2007, párr.231.

⁵ CIDH, Alegatos ante la Corte IDH en el caso AwasTigniV. Nicaragua. referidos en: Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tigni Vs Nicaragua. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C Nº 79, párr.140 c)

⁶ “el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”. CIDH, Alegatos ante la Corte IDH en

En este último sentido, es necesario destacar que, si bien la propiedad ancestral parte del hecho de que los pueblos indígenas han estado en posesión de la tierra y sus territorios y ese es el título jurídico que debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento del Estado de su propiedad y el respectivo registro. Sin embargo el derecho no se agota allí, ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, en el caso Sawhoyamaya v/s Paraguay, haciendo una interpretación extensiva de ese derecho, señaló que los pueblos indígenas serán dueños de sus tierras, aunque no tengan la posesión de las mismas, cuando por actos de violencia en su contra han sido despojadas de ellas o han debido dejarlas por la presión de la sociedad dominante, en un momento histórico determinado, por lo que siempre tendrán el derecho de reivindicar sus tierras tradicionales.⁸

Lo que explica, lo anteriormente dicho, es que los pueblos indígenas tiene formas de vida diferentes, en algunos casos únicas, su cosmovisión se basa en su relación estrecha con la tierra, que tradicionalmente han usado y ocupado. La tierra es un factor fundamental de su vitalidad física, cultural y espiritual⁹.

el caso Yakye Axa vs. Paraguay. referidos en: corte IDH. caso Comunidad indígena yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C N° 125, párr. 120 h).

⁷ En el caso del pueblo Saramaka vs Surinam la Corte IDH dictaminó que, el Estado no se puede liberar de su obligación de reconocer el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de su sistema de propiedad comunal sobre sus territorios, argumentando que existe falta de claridad sobre el sistema ancestral de propiedad y posesión. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr.101.

⁸ Corte IDH. Sentencia caso Sawhoyamaya vs paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2016 párrs.127 y 128

La relación única con su territorio y su tierra se expresa de distintas maneras, puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.¹⁰

Lo recién expuesto, hace patente la enorme diferencia que existe entre la concepción de la propiedad que posee el hombre blanco, que en su mirada más clásica tiene un claro contenido patrimonial e individual; con la concepción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas que tiene una dimensión espiritual y colectiva.¹¹ Esto último significa que respecto de la propiedad los pueblos indígenas creen que la titularidad del derecho es grupal y comunitario, es decir, ésta no se centra en el individuo.

En la misma línea de lo que se viene exponiendo, es necesario reiterar, que el derecho a la tierra no es sólo un tema de derecho de propiedad, sino esencialmente una manifestación cultural que vincula a la tierra como un elemento esencial de carácter material y espiritual que entre otras cosas permite a los pueblos indígenas preservar su legado histórico cultural y transmitirlo a las nuevas generaciones¹².

⁹ CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004, párr.155.

¹⁰ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006 párr. 131.

¹¹ Cinelli, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Cuadernos Electrónicos n° 3 enero-junio 2006 Derechos Humanos y Democracia, pág 60-62.

A continuación, veremos como el derecho internacional reconoce la propiedad indígena en su normativa de la forma como viene hasta aquí siendo analizada.

1. Fuentes del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional no regional.

Como ya lo anticipé, son varias las normas de derecho internacional que se refieren a la propiedad y que la reconocen como un derecho humano y que harán posible el reconocimiento de ese derecho para pueblos y comunidades indígenas y tribales.

1.1. En el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo.

¹² Nash, Claudio. Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pág. 6 y 7. Artículo publicado en DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno, J. Aylwin (editor) Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, 2004.

El Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, es un tratado internacional adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra el 27 de junio de 1989, con voto de abstención de Chile.

Fue ratificado por Chile el 15 de septiembre del año 2008 y entró en vigencia el 15 de septiembre del año 2009.

Los antecedentes de este tratado están en la Convención 107 de 1957, también de la OIT. Es importante tener presente desde un comienzo este parentesco, porque las diferencias entre uno y otro reflejan un cambio profundo en la forma de abordar la cuestión indígena por los organismos multilaterales. El Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, reflejaba una mirada del indigenismo que se centraba en el asistencialismo y en el intento por que los pueblos indígenas se asimilaran a la sociedad dominante.

Ello cambió radicalmente con el Convenio 169 ya que este se basa en la idea que los pueblos indígenas son sociedades permanentes llamadas a conservar su identidad, formas de vida y organización. Se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

Consecuentemente con ello, el convenio traerá aparejada varias exigencias para los estados: reconocer la diversidad cultural de los pueblos indígenas; garantizar el respeto de sus derechos políticos, sociales, económicos y culturales, y otorgarles una protección especial considerando sus graves carencias socioeconómicas y la discriminación histórica de la que fueron objetos por siglos.

En concreto los Estados deberán respetar los siguientes principios:

- a) **No discriminación.** Adoptar medidas que aseguren a los pueblos indígenas el goce, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; así como medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales –respetando su

identidad, costumbres e instituciones¹³.

- b) **Discriminación positiva.** Desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos, incluyendo medidas que ayuden a sus miembros a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir con los demás miembros de la comunidad nacional. Más adelante se señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos indígenas; así como también las medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten al afrontar las nuevas condiciones de vida y de trabajo. Estas disposiciones sirven de base para el establecimiento de políticas de discriminación positiva¹⁴.
- c) **Participación.** Consultar a los pueblos indígenas, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, respecto de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente¹⁵.
- d) **Derechos a sus Tierras y o territorios:** Para el tema de la presente tesis es importante hacer énfasis en que el Convenio 169 recoge la idea que para los pueblos indígenas el territorio tiene un significado espiritual, sagrado, con una dimensión más amplia que una mera relación económica o productiva.¹⁶

¹³Art. 2 Convenio 169 OIT.

¹⁴Arts. 2,4 y 5 Convenio 169 OIT

¹⁵Art. 6 Convenio 169 OIT

¹⁶ Convenio 169 OIT artículo 13.1 “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados

La razón de lo anterior reside en que el concepto de tierra para los pueblos indígenas está en directa relación con los lugares donde vivieron sus ancestros y donde se ha desarrollado su historia, conocimientos, prácticas de sustento económico y manifestaciones de fe en sus divinidades. Estos conceptos se ven reflejados en el Convenio 169 de la OIT, que en diversos artículos incluye una serie de disposiciones que protegen el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas.¹⁷

Adicionalmente señala el Convenio 169 los requisitos, para identificar las tierras indígenas, proteger sus derechos y solucionar las reivindicaciones de las tierras¹⁸.

Otra idea que parece importante destacar es que cuando el convenio habla de tierra es inclusivo, de la totalidad del territorio donde los pueblos indígenas han vivido o utilizado para su supervivencia, por lo que este incluye bosques, ríos, montañas, mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo.¹⁹ Esto porque el territorio es la base de su economía y de su sustento, el pilar de sus instituciones tradicionales, del bienestar espiritual y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, los estados deberán respetar la importancia especial que tiene para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, su relación con las tierras o

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.”

¹⁷ Convenio 169 OIT artículo 14.1 “ Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá presentarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

¹⁸Arts. 13 al 19 Convenio 169 OIT.

territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación y deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, así como tomarse medidas para salvaguardar su 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 subsistencias²⁰.

- e) **Relocalización involuntaria.** Como norma general, los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan²¹. Pero agrega esta disposición que cuando excepcionalmente su traslado y reubicación se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa, y si dicho consentimiento no puede obtenerse, dichos traslados se efectuarán al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional.

El Convenio 169 trata de la situación de más de 5 mil pueblos indígenas y tribales, se trata de 370 millones de personas, poseedores de idiomas, culturas, modos de sustento y sistemas de conocimiento diversos, y que en general enfrentan y han enfrentado discriminación y condiciones de explotación, que los ha llevado a estar en situación de marginalización y de pobreza²².

¹⁹ Convenio 169 OIT artículo 13.2: “La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

²⁰ Art. 14 Convenio 169 OIT.

²¹ Art. 16 Convenio 169 OIT.

El objetivo del Convenio 169 es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular. Por ello los principales derechos que establece el Convenio 169 a favor de los pueblos indígenas y que se constituyen en deberes de los estados de acuerdo a lo que se expresó en los párrafos anteriores, son los siguientes:

i) Derecho de participación en la adopción de decisiones respecto a políticas y programas que les conciernan²³.

ii) Derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo²⁴.

iii) Derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos²⁵.

iv) Derecho a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos²⁶.

²²Ver: Fao <http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/>

²³Art. 6 Convenio 169 OIT.

²⁴Art. 7 Convenio 169 OIT.

v) Derechos en materia de conservación de sus formas de educación, cultura y lengua²⁷.

La aprobación del Convenio 169 ¿ha tenido significado para el Estado de Chile o todo continúa como antes?

Intentaré responder esta pregunta tomando en consideración dos aspectos que me parecen centrales, estos son las implicancias políticas y las implicancias legales que ha tenido el Convenio 169.

a) Implicancias políticas

En primer lugar, la aprobación del convenio significó para la entonces gobernante Concertación de Partidos por la Democracia, cumplir con una promesa electoral y moligerar las críticas de organizaciones internacionales por su manejo del tema indígena.

Respecto a lo primero, se cumplió con una demanda de las organizaciones indígenas, no obstante ello se abrió un nuevo frente respecto a la autoejecutabilidad o no de las normas del convenio 169, ya que la ratificación del Convenio fue acompañada de una declaración interpretativa que no hace otra cosa que limitar la aplicabilidad de los derechos establecidos en él²⁸.

²⁵Arts. 8 y 9 Convenio 169 OIT.

²⁶Art. 15 Convenio 169 OIT.

²⁷Arts. 26 al 31 Convenio 169 OIT.

²⁸El texto aprobado por unanimidad por la Comisión del Senado postula que: *"El Gobierno de la República de Chile, al ratificar el Convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, formula*

Las particulares condiciones en que se ratificó el Convenio –principalmente el contenido de la citada declaración interpretativa– hacen presagiar que la presión internacional no cederá mientras Chile no avance sustantivamente en la implementación del Convenio y promoción de los derechos indígenas²⁹.

Desde este punto de vista, si bien es una discusión en desarrollo la autoejecutabilidad o no de las disposiciones del Convenio, la consecuencia más relevante de su aprobación es que otorga una fuerte base jurídica a las demandas históricas de los indígenas; que estos formulaban pero que no tenían el respaldo normativo interno que hoy poseen con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio .

Probablemente, el ejemplo más claro de ello es el derecho de los indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras, que establece el artículo 15 del Convenio, el que comprende Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos³⁰.

b) Implicancias legales

Las consecuencias legales deben analizarse desde dos perspectivas distintas:

La visión del Tribunal Constitucional:

una declaración interpretativa al artículo 35, del referido instrumento internacional, en el sentido que este sólo es aplicable en relación a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes."

²⁹La interpretación chilena, no pretende otra cosa que reformar el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT, que establece: ARTICULO 35. "La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales."

Tal como está formulada la "declaración interpretativa" implica un masivo desconocimiento y menoscabo del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo a la interpretación chilena la aplicación del Convenio excluiría a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y otros instrumentos, y todo el derecho internacional consuetudinario.

³⁰Art.15 N°1 Convenio 169 OIT

El Tribunal Constitucional, en adelante TC, se ha pronunciado respecto al Convenio 169. Primero, debido al requerimiento de inconstitucionalidad interpuesto en contra del Convenio 169 por diputados de la coalición Política de derecha Alianza por Chile en el año 2000; luego en Abril del 2008, en la que se efectuó el control constitucional previsto en la Constitución y, finalmente, y utilizando el Convenio como parámetro de control de constitucionalidad, el requerimiento de inconstitucionalidad de la Ley de Pesca, en enero de 2013, pronunciamiento a la que no nos referiremos.

El Tribunal Constitucional, en un fallo del 4 de agosto de 2000, recurrió a la doctrina de la “autoejecutabilidad” de las disposiciones de los tratados internacionales para rechazar el requerimiento de inconstitucionalidad que había sido presentado por 31 diputados de derecha con el objeto de declarar la inconstitucionalidad del Convenio 169.

El fallo del Tribunal Constitucional es muy importante por la declaración que hizo respecto de las normas sobre consulta previa y participación, que tienen el carácter de autoejecutable o de aplicación directa. Tuvo presente para fallar de ese modo el que los tratados de Derechos Humanos ratificados y vigentes no pueden ser excluidos del ordenamiento interno por la vía de una declaración de no-autoejecutabilidad. Ello conforme al artículo 5 inciso 2 de la Constitución que señala que: “ Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” . Por lo que sería contradictorio sostener que los mismos órganos estatales puedan exceptuarse de su cumplimiento por la simple vía de una declaración de no-autoejecutabilidad, por lo que las normas del Convenio se integran en principio al derecho interno. Acertó el TC cuando sostuvo que los artículos 6 y 7 son autoejecutables, dejó en claro que por su precisión, así como por su mandato perentorio, el derecho a participación y el derecho a la consulta constituían normas de aplicación directa o autoejecutable.³¹

³¹Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 309-2000, considerando N° 7.

Para el Tribunal Constitucional, las cláusulas autoejecutables “son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno. Son autosuficientes y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente.” En cambio las cláusulas no-autoejecutables “son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento las haga aplicables como fuente del derecho interno. Es decir, imponen la obligación al Estado para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por su vía les dé vigencia efectiva”.

Por la importancia que tiene y aún cuando no está referido directamente al tema de la propiedad, que es el tema de esta tesis, no es posible dejar de referirse al ingreso al TC, en marzo de 2008 del oficio N° 7.273 de la Cámara de Diputados para un control de constitucionalidad de los artículos 6.1 letra a), 6.2 y 7.1, oración segunda del Convenio 169.

El Tribunal Constitucional señaló en esta ocasión que las normas sometidas a control regulaban materias reservadas a leyes orgánicas constitucionales³². En esta oportunidad el TC sostuvo que la consulta consagrada en el Convenio “no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Constitución, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que la propia Constitución establece”³³

Si bien el TC no rechazó su fallo del 2000, el agregado que hace en el 2008 aparece como un retroceso e implica no considerarlo preceptuado en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política.

A propósito del objetivo del artículo 6 de la Convención 169, señala el TC que la consulta previa “no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de

³²Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 10.

³³Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 12.

recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece”³⁴ De esa forma deja sin fuerza el precepto y se aparta de las posiciones del derecho internacional sobre una consulta que sea vinculante.

A lo dicho el TC agregó que la “forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución”³⁵.

La visión de los pueblos Indígenas.

Quienes creen que las normas del Convenio 169 –todas o algunas de ellas– son autoejecutables; entonces la aprobación del mismo incorpora a nuestro sistema jurídico una serie de derechos que pueden ser exigidos por los pueblos indígenas.

Ya que si el Estado estima que las normas del Convenio no son autoejecutables, le resta al convenio toda fuerza, ya que queda entregada su aplicación a su sola voluntad. De éste dependerá el dictar las normas necesarias para su entrada en vigencia e implementación y que se haga efectivamente aplicable como fuente del derecho interno.

No obstante ello, después de su aprobación se ha hecho más fuerte la presión política de los pueblos indígenas para que se dicten nuevas normas o se modifiquen aquéllas que no permitan dar aplicación al Convenio.

Por último, aún cuando no existieren apoyos ni consensos suficientes para aprobar

³⁴Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 14.

³⁵Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008, considerando N° 13.

esos cambios en nuestra legislación que permitan dar aplicación al Convenio, su mera aprobación (y por tanto su incorporación como norma de derecho interno) constituye suficiente argumento para que sus disposiciones sean invocadas en apoyo de demandas y movilizaciones.

Adicionalmente los Tribunales de Justicia tienen la posibilidad de invocar las normas del Convenio para dirimir contiendas las judiciales, en favor de los pueblos indígenas.

El pacto 169 de la OIT recibirá un fuerte espaldarazo de la comunidad internacional en sus normas, cuando en septiembre de 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.2. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante La Declaración).

El 13 de septiembre de 2007 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en adelante ONU, adoptó, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas con el voto favorable de 144 Estados miembros (entre ellos el Estado de Chile), el voto en contra de cuatro Estados miembros (Australia, Canadá, Estados Unidos, y Nueva Zelanda) y 11 abstenciones (Colombia en América Latina).

La Declaración fue adoptada por la ONU después de dos décadas de debate, primero en el seno de su Grupo de Trabajo de Poblaciones Indígenas, creado en 1982 por el Consejo Económico y Social de esta entidad y por último por el Consejo de Derechos Humanos en el 2006. La discusión y elaboración de la Declaración contó con la participación activa no

sólo de los Estados miembros de la ONU, sino también de los representantes de pueblos indígenas de todo el mundo.³⁶

La declaración constituye un importantísimo avance en materia de defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas y aborda justamente en ella los derechos relativos a las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas. En su articulado establece varias normas como son el derecho de estos pueblos 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...”³⁷.

Reconoce el derecho de los pueblos indígenas “...a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.³⁸

Reconoce el derecho de propiedad indígena basado en la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos. Establece la obligación de los Estados de dar a los pueblos indígenas reconocimiento y protección jurídica sobre estas tierras, territorios y recursos, respetando para ello sus costumbres y tradiciones³⁹.

³⁶ Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga, Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo inter cultural y sostenible. Editorial Catarata 2010. Pág 1.

³⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 25.

³⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.2.

³⁹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 26.3.

Recoge, la declaración, el derecho de los pueblos indígenas a la reparación, incluyendo en ella la restitución, y cuando ello no sea posible, la compensación, por las tierras, territorios y recursos que les hayan sido “confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo, e informado”⁴⁰.

Respecto de la Declaración, en América Latina no se han definido aún sus consecuencias, pero hay antecedentes que permiten mirar con esperanza el que su adopción, por la Asamblea General de la ONU, está dando lugar a un nuevo escenario jurídico y político más favorable para los pueblos indígenas y sus derechos en A.L.

¿Cuáles son esos antecedentes?

El voto en favor de la Declaración de la casi unanimidad de los Estados Latinoamericanos, con la sola excepción de Colombia, da cuenta de la adhesión de los Estados a sus contenidos centrales, no es tan clara aún la voluntad de estos Estados de ceñirse a sus disposiciones y lineamientos tanto en su política interna como internacional. Ya que una cosa es respaldar la adopción de la declaración y de las distintas normas que ella contiene, y otra cosa es el efectivo cumplimiento de esas normas. Hay en este sentido posiciones que son contradictorias, ejemplos de ello son la posición de Estados como Surinam, Ecuador, Paraguay en causas seguidas ante la Corte IDH.⁴¹ Del mismo se puede mirar la situación en Chile.

⁴⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas artículo 28.1.

⁴¹ Corte IDH: Caso comunidad indígena XákmokKásek v/s Paraguay sentencia 24 de agosto de 2010; Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador sentencia 27 de junio de 2012; Caso pueblo Saramaka v/s Surinam sentencia 12 de agosto de 2008; Caso AwasTigni v/s Nicaragua sentencia 31 de agosto de 2001; Caso comunidad indígena Yakye Axa v/s Paraguay sentencia 6 de febrero de 2006; Caso comunidad indígena Sawhoyamaya v/s Paraguay sentencia 26 de marzo de 2006.

Perú, Guatemala y México– fueron los Estados que finalmente propiciaron y negociaron la adopción de la Declaración por la Asamblea General de la ONU.⁴²

Sería contrario al Artículo 42 de la Declaración⁴³, y muy poco coherente, que los Estados latinoamericanos que votaron en favor de su adopción por Naciones Unidas, no tuviesen la voluntad de implementar las políticas públicas necesarias para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, o que adoptasen medidas que resultaran en su violación.

El Senado de Bolivia aprobó el 1 de noviembre de 2007 la Declaración de la ONU como ley⁴⁴, convirtiéndose así en el primer país en América Latina y en el mundo en incorporarla como parte de su ordenamiento jurídico interno.

La Corte Suprema de Belice en el caso de Comunidades Maya que reclamaban derechos sobre sus tierras ancestrales, protegidas por la Constitución de ese país y por el derecho internacional. En su fallo de octubre de 2007, aceptó los reclamos de las comunidades demandantes basándose en las disposiciones de la Declaración de la ONU, considerando que ésta contiene principios generales del Derecho Internacional que obligan al Estado de Belice⁴⁵.

El principal factor que puede incidir en la fuerza jurídica vinculante de la Declaración a nivel latinoamericano, es la recepción que su articulado ha encontrado en la

⁴²En www.aulaintercultural.org/spip.php?article2581_consultado el 30 de noviembre de 2013.

⁴³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, artículo 42: “Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro permanente para las Cuestiones indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente declaración y velarán por su eficacia”

⁴⁴ En www.rebellion.org/noticia.php?id=58516.

jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH, todavía siendo ésta un proyecto de Declaración, en sus decisiones relativas a denuncias por la violación de derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas. En efecto, ambas instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado, en diversas decisiones sobre denuncias por violaciones a derechos de pueblos indígenas al amparo de la Convención Americana de Derechos Humanos, que las disposiciones contenidas en el entonces proyecto de Declaración de la ONU sobre Derechos de Pueblos Indígenas, así como en el proyecto de Declaración sobre los mismos derechos existente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), al igual que aquéllas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, pueden ser consideradas al analizar casos sobre derechos indígenas.⁴⁶

En síntesis la Declaración reafirma en su artículo 25⁴⁷ los conceptos que están presentes en el pacto 169 de la OIT, ya que estipula que los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y fortalecer una relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares y otros recursos minerales, hídricos y de pesca que tradicionalmente han poseído y utilizado.

⁴⁵ Sentencia Corte Suprema de Belice, fallo de 17 de octubre de 2007.

En: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf

⁴⁶ Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga, Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo intercultural y sostenible. Editorial Catarata 2010. Pág 8.

⁴⁷ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas art 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 y asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”

2. Fuentes del reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en el Derecho Internacional Regional.

2.1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que fue adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia en 1948, estableció en su artículo XXIII que : *« toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar »*⁴⁸.

⁴⁸ La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Esta declaración pasó a ser un instrumento jurídicamente obligatorio cuando la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue modificada en 1967 y 1970, y la CIDH la consideró como incorporada a dicho tratado⁴⁹.

Hacia fines de la década de los 80, la CIDH señaló, complementando su posición anterior, que la Declaración Americana establecía reglas universales y regionales que se han convertido en reglas de derecho internacional consuetudinario y que, por lo tanto, obligan en el derecho internacional⁵⁰.

La DADDH contiene principios que deben interpretarse “a la luz de la evolución en el campo del Derecho Internacional en materia de derechos humanos desde que la declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho Internacional aplicable a los Estados miembros”⁵¹.

⁴⁹Resolución 23/81, Caso 2141 (EE.UU.), 6 de marzo de 1981, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1980-1); y Resol. 3/87, Caso 9647 (EE.UU.), 22 de septiembre de 1987, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe Anual 1986-7).

⁵⁰Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1989): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A N° 10 (opinión consultiva OC-10/89). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>.

⁵¹ Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos Humanos. opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de

Por lo que el derecho a considerar, para examinar las reivindicaciones de territorios indígenas bajo la DADDH incluirá la evolución de las normas y principios que rigen los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los principios que expresa la declaración americana deben interpretarse y aplicarse considerando los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas⁵².

Por su parte el artículo II de la DADDH, señala que :*“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”*.

Luego, si todas las personas son iguales ante la ley, sin distinción alguna, entonces las personas pertenecientes a pueblos indígenas serán iguales y consecuentemente con ello tendrán los mismos derechos y deberes que todas las personas. Esto nos lleva a lo establecido en el Artículo XXIII de la DADDH, ya que si las personas indígenas tiene los mismos derechos, en su condición de iguales tendrán por lo tanto derecho a la propiedad privada.

La pregunta que cabe formularse en relación a los artículos II y XXIII es ¿si los derechos que consagra el artículo II se pueden hacer extensivos a los pueblos y comunidades indígenas.

Al respecto la CIDH ha afirmado que el derecho que contempla el artículo XXIII de la DADDH es que éste “debe ser aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas

julio de 1989. Serie A N°10, párr.37.

⁵² CIDH, informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y CarrieDann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrs. 124 y 131.

tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”⁵³.

Ahora el concepto de propiedad privada en los pueblos indígenas y tratándose de la tierra, adquiere otra connotación, ya que ellos concibe la propiedad sobre la tierra como un derecho comunitario. Y las normas y principios del Derecho Internacional incluyen preceptos básicos como los contenidos en los artículos II y XXIII, que a través de esta interpretación evolutiva, que más adelante analizaremos con detención en el presente capítulo, son aplicables a la protección de las formas tradicionales de propiedad, pero también al derecho a la tierra, los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo a su cultura y cosmovisión.⁵⁴

2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

⁵³ CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice, 12 de octubre de 2004 párrafo 115.

⁵⁴ CIDH, Informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y CarrieDann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr.129.

Cuando hablamos de los derechos de propiedad de lo pueblos Indígenas debemos necesariamente hacer referencia en el pacto de San José de Costa Rica, en adelante la CADH, al artículo N° 21, ya que la interpretación de éste es la que nos llevará a comprender las razones jurídicas que dan fundamento a la propiedad indígena.

En el señalado artículo se establece en el numeral 1 el principio general de que *“toda persona tiene el derecho al uso y goce de sus bienes...”* y en los numerales 2 y 3 las *situaciones de excepción en que dicho derecho puede sufrir restricciones.*⁵⁵

La mencionada norma de la CADH, hace a lo menos cuatro cosas:

⁵⁵ CADH artículo 21: 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

- a) Reconoce la propiedad como un derecho humano⁵⁶.
- b) Reconoce el rol social de la propiedad,
- c) Protege el derecho de propiedad contra la expropiación estatal, y
- d) Reconoce el derecho del Estado a la expropiación, cumpliendo ciertos requisitos.

Señala el comentado artículo 21:

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

La Corte IDH amplía el concepto, a través de una interpretación jurisprudencial evolutiva, considerando los principios de progresividad, pro homine y universalidad, así ha llegado a concluir que la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales se considera incluida dentro de la protección ofrecida por el artículo 21⁵⁷.

bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

⁵⁶ La jurisprudencia relativa a este artículo emanada de la Corte Interamericana, que como recién señalábamos, se ha destacado por dar una interpretación y aplicación a esta norma, donde se reconoce la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas, como parte de una identidad cultural centrada no en el individuo, sino en la comunidad, cuya relación con la tierra y sus recursos es tanto material como espiritual.

En esta lógica, nada explicaría que dicho derecho, sólo se constituya como tal para algunos individuos y pueblos y no para otros, por lo que si bien la CADH no se refiere expresamente en su articulado a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, tanto la Corte IDH, como la CIDH, han interpretado, muy correctamente a nuestro entender, que esos derechos se encuentran amparados por el derecho de propiedad del artículo 21 de la CADH y por el artículo XXIII de la DADDH, lo que encuentra su fundamento en lo que dispone el artículo 29 de la misma CADH.⁵⁸

Hay que tener presente que, en una primera etapa, la tesis predominante en los organismos internacionales tenía cercanía con la concepción liberal de interpretación de los derechos que literalmente señala el Pacto de San José, esto es, la convención sólo reconoce derechos a individuos⁵⁹. Sin embargo a partir del 2001 comenzó a tomar fuerza una nueva interpretación, más moderna, que está representada, desde mi punto de vista, por la interpretación de la Corte IDH y de la CIDH, que reconoce derechos en algunas

⁵⁷Respecto a los pueblos indígenas: Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs Nicaragua (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79 (sentencia), párrafos 148-149 y 151; Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005, Serie C N° 125 (sentencia), párrafos 135-7; Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay(2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146 (sentencia), párrafos 118-121; Comunidad Indígena XákmokKásek vs Paraguay (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de agosto de 2010, Serie C N° 214 (sentencia), párrafos 85-87 y 109-113; y Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de junio de 2012, Serie C N° 245 (sentencia), párrafos 145-148 y 171.

⁵⁸Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 29 : Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁵⁹ López Escarcena, Sebastián. “La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015, pp. 531 - 576 Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

comunidades campesinas y en pueblos indígenas y tribales, por lo que hace aplicables a estas comunidades los derechos que consagra el artículo 21 en referencia.

Para llegar a esa conclusión, tanto la Corte IDH, como la CIDH, utilizan las reglas de interpretación de los tratados establecidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶⁰ y el artículo 29 b de la CADH, que prohíbe limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido por las leyes internas del Estado o de acuerdo a otra convención en que sea parte el Estado.⁶¹

De modo que esta interpretación del artículo 21, a la luz de los normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las

⁶⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

⁶¹CADH Artículo 29. Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ahora la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia internacional sobre el tema; lleva a concluir que la propiedad privada de los particulares, como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la convención⁶².

Así, la CIDH ha señalado que los órganos del sistema interamericano han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por éste no se limitan a aquellos que ya están reconocidos por los Estados o definidos por las legislaciones internas de esos Estados; el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas tiene un significado autónomo, en el derecho internacional de los derechos humanos, y un fundamento autónomo en el contexto del derecho internacional. Por lo mismo no depende de las interpretaciones particulares realizadas en decisiones judiciales internas, vinculadas a la posible existencia de derechos aborígenes según el sistema jurídico de cada Estado.⁶³

La aplicación del artículo 21 de la CADH del modo que llevamos razonando se verá reflejado en distintas sentencias de la Corte IDH.

Expresamente, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas, han expresado en su normativa, el reconocimiento del derecho a las tierras y territorios de estos pueblos.

⁶² Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa VS Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.. 125-126

⁶³ CIDH, informe N° 40/04, Caso 12.053 Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) 12 de octubre de 2004, párr. 131.

2.3. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Fue aprobada por aclamación, después de una discusión de 17 años, durante el 46 Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 15 de junio de 2016 en Santo Domingo, República Dominicana. Sin duda es un importantísimo paso en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América por lo que a continuación se señalará.

Con la aprobación de este instrumento interamericano, la OEA está dando un paso histórico en cuanto al reconocimiento, la promoción, y la protección de los derechos de los más de 50 millones de hombres, mujeres, jóvenes, niños y niñas indígenas en el hemisferio. Si bien el proceso no ha sido fácil, la adopción de este texto es un ejemplo del interés y el compromiso de los Estados miembros de la OEA y los pueblos indígenas en nuestro hemisferio de llegar a un acuerdo consensuado y a promover el respeto y garantía de este conjunto fundamental de derechos. La CIHD destaca la valiosa participación y contribución, continua y sostenida de los representantes de los pueblos indígenas de cada región del hemisferio, así como la apertura de los Estados Miembros de la OEA durante este proceso.⁶⁴

La Declaración es una contribución importante al desarrollo de estándares internacionales adoptados con miras a proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas, y debe leerse en conjunto con otros instrumentos internacionales tales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y los tratados especializados del sistema interamericano y universal de derechos humanos.⁶⁵

⁶⁴ CIDH comunicado prensa N°082/16 del 22 de junio 2016 en www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp

Reconoce la declaración, la organización colectiva y el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios⁶⁶; la auto-identificación de las personas que se consideran indígena⁶⁷; una protección especial a los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial como es el caso de algunos pueblos amazónicos, este es un elemento nuevo en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que distingue la DADPI de otras normas de derecho internacional sobre la materia⁶⁸; que avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas es una prioridad de la OEA.

Son puntos esenciales de esta declaración:

La autoidentificación como pueblo indígena es fundamental para determinar a quienes aplica la Declaración; probablemente, en uno de los más importantes principios

⁶⁵ IDEM numeral 60.

⁶⁶ Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas artículo II, en www.oas.org/es/sayde/documentos/res-2888-es.pdf

⁶⁷Idem, 62. Artículo I.2

⁶⁸ DADPI. Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y

reconocidos es que los indígenas tienen derecho a la libre determinación⁶⁹; la igualdad de género, las mujeres indígenas tienen los mismos derechos que los hombres indígenas, son derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo⁷⁰; las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones y costumbres de pertenencia a cada pueblo.⁷¹

Los Estados reconocerán plenamente su personalidad jurídica, respetando las formas de organización y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos contenidos en la Declaración: tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural, a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio⁷², a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de

culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

⁶⁹DADPI. Artículo XXI.1.

⁷⁰ DADPI artículo VII

⁷¹ DADPI artículo VIII.

⁷² DADPI artículo XI

intolerancia⁷³, a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural⁷⁴, a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con asuntos internos⁷⁵; los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y vivir libremente y de acuerdo a sus culturas⁷⁶. Tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional⁷⁷, a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido⁷⁸.

⁷³ DADPI artículo XII

⁷⁴ DADPI artículo XIII

⁷⁵ DADPI artículo XXI.1

⁷⁶ DADPI artículo X

⁷⁷ DADPI artículo XXVI

⁷⁸ DADPI artículo XXV

Conclusiones.

Por lo analizado, el derecho internacional ha consolidado en tratados, declaraciones, jurisprudencia de la Corte IDH, pronunciamientos de la CIDH, el respeto de la propiedad sobre su tierra y territorios de los pueblos indígenas. A través del concepto de propiedad ancestral, se reconoce el título jurídico que protege esos derechos frente al Estado y particulares.

Así la Corte IDH, amplía el concepto de propiedad de la CADH, a través de una interpretación jurisprudencial evolutiva, considerando los principios de progresividad, pro homine y universalidad, concluyendo que la propiedad colectiva o comunal de los pueblos indígenas y tribales se considera incluida dentro de la protección ofrecida por el artículo 21 del Pacto de San José.

Del mismo modo se interpreta la aplicación del artículo XXIII de la DADDH en el contexto de las comunidades indígenas, con la debida consideración de la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos de dichos pueblos.

La Declaración Americana de derechos de los Pueblos Indígenas sin ambigüedades reconoce el derecho de los pueblos a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

Lo mismo hace la Declaración al reconoce el derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra tipo tradicional de ocupación o utilización.

Bibliografía.

Artículos:

- 1.- Aylwin, José. Publicado en Natalia Álvarez Molinero, Daniel Oliva y Nieves Zúñiga, Declaración sobre Derechos de los Indígenas hacia un mundo inter cultural y sostenible. Editorial Catarata 2010.
- 2.- Cinelli, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Cuadernos Electrónicos N° 3 enero-junio 2006 Derechos Humanos y Democracia.
- 3.- CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Serr.L/V/II,Doc.34, 28 de junio de 2007.
- 4.- López Escarcena, Sebastián. “La propiedad y su privación o restricción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- 5.- Martínez Cobo, José R., Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. volumen V conclusiones, propuestas y recomendaciones, Nueva York, naciones Unidas, 1987.
- 6.- Nash, Claudio. Los Derechos Humanos de los Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo publicado en DDHH y Pueblos Indígenas. Tendencias Internacionales y contexto chileno, J. Aylwin (editor) Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, 2004.

Corte Interamericana Derechos Humanos:

- 1.- Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.
- 2.- Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Amas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- 3.- Corte IDH. Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005.
- 4.- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- 5.- Corte IDH. Caso comunidad indígena XákmokKásek v/s Paraguay sentencia 24 de agosto de 2010;
- 6.- Corte IDH. Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v/s Ecuador sentencia 27 de junio de 2012.
- 7.- Corte IDH. Caso del Pueblo Sawhoyamaya vs Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- 1.- Informe Anual CIDH 1980-1981. Resolución 23/81, Caso 2141 (EE.UU.), 6 de marzo de 1981.

- 2.- Informe Anual CIDH 1986-1987 Resol. 3/87, Caso 9647 (EE.UU.), 22 de septiembre de 1987.
- 3.- CIDH, Alegatos ante la Corte IDH en el caso Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas.
- 4.- CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre 2004.
- 5.- CIDH, informe N° 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002.
- 6.- CIDH, informe n° 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice, 12 de octubre de 2004.
- 7.- CIDH, informe N° 40/04, Caso 12.053 Comunidades indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) 12 de octubre de 2004, párr. 131.
- 8.- CIDH comunicado prensa N°082/16 del 22 de junio 2016 en www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/082.asp

Tratados y Declaraciones Internacionales:

- 1.- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- 2.- Convenio 169 OIT.
- 3.- Convención Americana de Derechos Humanos.
- 4.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- 5.- Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas.
- 6.- Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

Páginas web:

- 1.- www.aulaintercultural.org/spip.php?article2581_consultado
- 2.- www.rebellion.org/noticia.php?id=58516
- 3.- Faoh <http://www.fao.org/indigenous-peoples/es/>
- 4.- La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre está disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- 5.- Sentencia Corte Suprema de Belice, fallo de 17 de octubre de 2007. En: http://www.law.arizona.edu/depts/iplp/advocacy/maya_belize/documents/ClaimsNos171and172of2007.pdf
- 6.- Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana están disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>.
- 7.- Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas artículo II, en www.oas.org/es/sayde/documentos/res-2888-es.pdf

Sentencias Tribunal Constitucional:

- 1.- Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 309-2000.

2.- Sentencia Tribunal Constitucional ROL N° 1050-2008.