

Aproximación al contenido constitucional del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad sobre sus territorios ancestrales

Approach to the constitutional content of the right of indigenous peoples ownership of ancestral territories

Juan Carlos Ruiz Molleda*

Resumen:

El presente artículo intenta aproximarse al contenido constitucional del derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, de manera especial al desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en atención a los sustanciosos pronunciamientos de este importante tribunal, a su carácter garante de derechos, y de su carácter vinculante para los operadores del sistema de justicia de nuestro país.

Abstract:

The present article seeks to approach to the constitutional content of the right of indigenous peoples to their territories, especially the one developed by the Inter American Court of Human Rights, in view of the substantial pronouncements of this important court, its guarantor rights character, and its binding to the operators of the justice system of our country character.

Palabras clave:

Pueblos indígenas - Comunidades campesinas y nativas - Derecho al territorio ancestral - Derecho a la propiedad

Keywords:

Indigenous people - Native and indigenous communities - Right to ancestral territory - Right to property

Sumario:

1. Antecedentes: La falta de titulación de los territorios ancestrales de comunidades campesinas y nativas sin título de propiedad por responsabilidad del Gobierno - 2. El derecho a la propiedad y de posesión de la tierra de los pueblos indígenas - 3. El derecho a la demarcación, delimitación y titulación de los territorios de las comunidades campesinas y nativas por la ley - 4. Contenido constitucional del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios de las comunidades campesinas y nativas - 5. Violación de la dimensión objetiva del derecho de propiedad sobre sus territorios de los pueblos indígenas - 6. Violación de la dimensión subjetiva del derecho de propiedad sobre sus territorios de los pueblos indígenas - 7. La falta de titulación constituye una amenaza cierta e inminente a la subsistencia de los pueblos indígenas - 8. Conclusión: La prohibición de disponer de territorios de los pueblos indígenas - 9. Bibliografía

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos en la Maestría de derecho constitucional de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como responsable del Área de litigio constitucional del Instituto de Defensa Legal. Contacto: jcrm1968@gmail.com

1. Antecedentes: La falta de titulación de los territorios ancestrales de comunidades campesinas y nativas sin título de propiedad por responsabilidad del Gobierno

Según cifras de COFOPRI, de las 6069 comunidades campesinas existentes faltan titular 959, es decir, aproximadamente, el 16% del total de comunidades campesinas no está titulada, y de las 1469 comunidades nativas que existen en el Perú, 198 no están tituladas, es decir, el 13% del total de comunidades nativas no están tituladas¹.

Esta situación de indefensión del derecho al territorio de las comunidades nativas y campesinas ha sido reconocida por la Defensoría del Pueblo, que acredita una situación caracterizada por la violación sistemática del derecho al territorio y a la propiedad de los pueblos indígenas en el Perú². La última semana de mayo del año 2014, difundió el Informe N° 002-2014-DP/AMASPP-PP, titulado *"Análisis de la Política Pública sobre reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas"*. Este informe recoge la supervisión realizada en el año 2013 a los gobiernos regionales *"con el objetivo de analizar los avances y desafíos en el proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas"*^{3/4}.

En relación con las causas, el informe señala, literalmente, en la página 3 que "luego de sistematizada y analizada dicha información se puede concluir que el Estado no cuenta con una política pública adecuada para el reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas de nuestro país". Añade que, "se ha podido verificar diversos problemas como "(1) la ausencia de una normativa integrada y actualizada en materia de reconocimiento y titulación de las comunidades, (2) la falta de una rectoría que garantice el reconocimiento y titulación de comunidades, (3) la falta de información centralizada sobre el número de comunidades campesinas y nativas, (4) insuficiencias en la especialización y capacitación del personal a cargo del proceso de reconocimiento y titulación, (5) la falta de difusión de derechos y adecuación de los instrumentos de gestión, (6) la falta de priorización presupuestal para la implementación del proceso de reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas y (7) la carencia de lineamientos que permitan solucionar las controversias derivadas de la superposición de derechos"⁵.

Pero no solo el Estado no titula, sino que lo que hace es disponer y entregar derechos y atribuciones sobre esos territorios en favor de terceros. Un ejemplo de ello es por ejemplo la Ley No 30230, más conocido como paquetazo normativo contra el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios.

2. El derecho a la propiedad y de posesión de la tierra de los pueblos indígenas⁶

Este derecho es de vital importancia para los pueblos indígenas, pues permite la defensa jurídica de su derecho a la tierra, incluso en contextos como el peruano, donde hay muchas comunidades que no han saneado su título de propiedad sobre la tierra, situación que es

1 Cifras extraídas del Informe de la Defensoría del Pueblo No 002-2014-DP/AMASPP-PP, titulado *Análisis de la Política Pública sobre reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas*, difundido en mayo del año 2014.

2 Defensoría del Pueblo, *Análisis de la Política Pública sobre reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas*. (Lima: Defensoría del Pueblo, 2014).

3 Defensoría del Pueblo, *Análisis de la Política Pública (...)*, 2.

4 En atención con estos argumentos, la Defensoría del Pueblo recomienda al Ministerio de Agricultura entre otras cosas, *"Emitir lineamientos que permitan a los Gobiernos Regionales y otras entidades como la Dirección General de Asuntos Ambientales y Agrarios, la Dirección Forestal y Fauna Silvestre, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas, el Ministerio de Cultura, atender de manera oportuna las controversias identificadas y brindar las soluciones para que el procedimiento de reconocimiento y titulación continúe"*. (pág. 31). Finalmente, a los Gobiernos Regionales les recomienda varias cosas, contratar personal idóneo, capacitación a su personal, incorporar instrumentos de gestión, elaborar materiales de difusión y asignar el presupuesto necesario. (31 y 32).

5 Defensoría del Pueblo, *Análisis de la Política Pública (...)*, 32.

6 Recogemos acá lo trabajado en nuestra publicación: Juan Carlos Ruiz Molleda, *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Lima: Instituto de Defensa Legal, 2001), 142 y sgts.

aprovechada por gobiernos regionales para adjudicarlas a empresas privadas, de espaldas a las comunidades nativas⁷. Lo primero que hay que tener claro es que no hay derecho al territorio y a la tierra sin respeto a la propiedad y sin respeto al derecho de posesión. El derecho a la propiedad se encuentra regulado en el artículo 14 del Convenio 169 de la 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 prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Esta norma debe ser interpretada de conformidad con el artículo 17 del mismo Convenio referido a las modalidades de transmisión de propiedad.

Artículo 17:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados, establecidas por dichos pueblos.

[...]

3. 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.

Finalmente, también deberán de revisarse los artículos 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT que poseen disposiciones referidas al derecho de propiedad:

Artículo 18:

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.

Artículo 19:

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

(a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico.

Estas disposiciones del Convenio 169 deben ser interpretadas a la luz de lo establecido en los artículos 26 y 27 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas que reconocen también el derecho de propiedad y de posesión⁸.

7 Ver el diario El Comercio del día domingo 9 de enero de 2010 pasado. En él se denuncia como el Ministerio de Agricultura (MINAG) da adjudicó los terrenos de una comunidad nativa, a pesar que ella tiene reconocida su personalidad jurídica y venía tramitando el reconocimiento de su derecho al territorio ante COFOPRI. Esto es grave pues la Corte IDH y luego el TC ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a su territorio, la obligación del Estado de titular dichos territorios a través de procedimientos rápidos y la prohibición del Estado de disponer de ellos. Ver: <http://elcomercio.pe/impres/edicion/2011-01-09/ekre090111a26/03>.

8 Artículo 26:

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

El artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, que es la norma fundamental que desarrolla el derecho de propiedad, contiene varias reglas. En primer lugar, el artículo 14.1 reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. Según la propia OIT, *“son tierras que los pueblos indígenas habitaron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras. Es por ello que el establecimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras se basa en la ocupación y en el uso tradicional, y no en el eventual reconocimiento o registro legal oficial de la propiedad de la tierra por parte de los Estados, en virtud de que la ocupación tradicional confiere el “derecho a la tierra en virtud del Convenio... independientemente de que tal derecho hubiera sido reconocido o no [por el Estado]”⁹ (Subrayado nuestro).*

Las OIT también nos recuerda la necesidad de interpretar el artículo 14 del Convenio 169 junto con el artículo 7.1 del mismo cuerpo normativo. Esta norma explica que los pueblos indígenas tienen *“derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”* (Subrayado nuestro).

En relación con la antigüedad de la ocupación de las tierras por los pueblos indígenas, la OIT ha señalado que *“las tierras de los pueblos indígenas pueden incluir en algunos casos aquellas tierras perdidas en forma reciente u ocupadas por los pueblos indígenas en una época más reciente (por lo general después de su desplazamiento de las tierras que ocupaban previamente)”¹⁰*. Según lo expresado por los órganos de control de la OIT, *“el hecho de que los derechos de tierras tengan un origen más reciente que el de los tiempos coloniales no es una circunstancia determinante. El Convenio fue redactado para reconocer situaciones en las que existen derechos sobre tierras que han sido tradicionalmente ocupadas, pero también podría abarcar situaciones en las que los pueblos indígenas tienen derechos sobre las tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera, bajo otras consideraciones”¹¹*.

3. El derecho a la demarcación, delimitación y titulación de los territorios de las comunidades campesinas y nativas por la ley¹²

Uno de los derechos que más destaca por su importancia y por su recurrente violación es el derecho de los pueblos indígenas a la identificación y protección de los territorios pertenecientes a los pueblos indígenas, contenido en el artículo 14.2 del Convenio 169 de la OIT. Se trata de un derecho que se desprende del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras. En opinión de la OIT, *“a fin de proteger de manera eficaz los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras, los gobiernos deben establecer procedimientos para la identificación de las tierras de los pueblos indígenas y medidas para proteger sus derechos de propiedad y posesión. Estos procedimientos pueden adoptar diversas formas, y en algunos casos, incluir medidas como la demarcación y otorgamiento de títulos*

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 asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, 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 u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

9 Comisión de Expertos, 73ª sesión, Observación, (Perú: publicación 2003), párrafo 7. Citado por Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, 94.

10 Juan Carlos Ruiz Molleda, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, 94.

11 Consejo de Administración, 276ª reunión, noviembre de 1999. Reclamación presentada en virtud del Artículo 24 de la Constitución de la OIT (México: GB.276/16/3, párrafo 37). Citado por Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, pág. 94.

12 En esta parte retomamos las ideas trabajadas en nuestra publicación: Juan Carlos Ruiz Molleda, En defensa de los derechos de los pueblos indígenas, *Manual para operadores del sistema de justicia*, (Lima: Instituto de Defensa Legal, 2011). Puede ser revisado en <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo08092011-175615.pdf>

y, en otros, puede llegar al reconocimiento de acuerdos de autogobierno o regímenes de coadministración¹³.

Como reconoce la propia OIT, “el proceso de identificación y protección de las tierras forma parte de las medidas coordinadas y sistemáticas del gobierno para garantizar el respeto por la integridad de los pueblos indígenas y asegurar las consultas adecuadas con respecto a las medidas propuestas¹⁴. Ciertamente, “en la mayoría de los casos, la regularización de la propiedad de la tierra es una tarea compleja que abarca a diferentes actores y pasos, entre los que se incluyen la adopción de la legislación pertinente, la definición de los procedimientos adecuados y el establecimiento de los mecanismos institucionales necesarios para la implementación y resolución de reivindicaciones contrapuestas¹⁵.”

Sin embargo, hay un detalle que puede pasar desapercibido, y es que “reconociendo que la regularización de la propiedad de la tierra es un proceso complejo que requiere tiempo, los órganos de control de la OIT recomendaron, además, la adopción de medidas transitorias durante el transcurso del proceso a fin de poder proteger los derechos de sobre las tierras de los pueblos indígenas interesados mientras se aguarda la resolución final¹⁶”. Estas pueden traducirse en la obligación del Estado de no disponer de estas tierras mientras haya en curso de proceso de titulación, o una comunidad nativa haya solicitado la misma.

Como ya adelantamos, dentro de este derecho también se encuentra el derecho a la delimitación, demarcación y titulación de los territorios de los pueblos indígenas. Nos referimos al derecho de los pueblos indígenas a que se reconozca y se proteja su titularidad¹⁷ sobre las tierras tradicionales, es decir, su derecho a inscribir su derecho de propiedad en los registros públicos a efectos de darle seguridad protección y en consecuencia, una mejor y mayor protección jurídica.

En relación con la fuente del derecho de la titulación, la Corte IDH, reconoce que “el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias - pero que carecen de un título formal de propiedad - la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro¹⁸. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral. Pero lo que es más importante, a juicio de la Corte IDH, es “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica¹⁹”. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²⁰.

Como muy apunta Rodríguez Piñero, “la posesión de hecho no debe ser entendida como una irregularidad jurídica convalidada por el mero transcurso del tiempo o por razones de justicia distributiva o benevolencia estatal”, no es una “posesión precaria”, sino un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad. Según la Corte IDH, “Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios²¹”.

De otro lado, la Corte también ha reconocido que la ocupación tradicional de una comunidad indígena y las tierras circundantes debe bastar para obtener reconocimiento

13 “OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”, pág. 95.

14 “OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”, pág. 95.

15 “OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”, pág. 95.

16 “OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”, pág. 95.

17 Elizabeth Salmón, 59.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79), párr. 151.

19 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149.

20 21 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149.

21 Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 149.

estatal de su propiedad, siempre que así haya sido reconocido y respetado durante años por las otras comunidades vecinas. En tal sentido, los límites exactos de ese territorio sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas²².

Un buen ejemplo de esto es el caso Moiwana. Para la Corte IDH, *“debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes - lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas [...] - debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, sólo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas”*²³.

En otra oportunidad, la Corte IDH en un caso de Nicaragua, luego de reconocer que una determinada comunidad tenía *“un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan”*²⁴, acota que *“los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes”*²⁵.

Por todas estas razones la Corte sostendrá que *“los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra. Este título debe ser reconocido y respetado, no sólo en la práctica, sino que en el derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo Saramaka han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos”*²⁶. Añade que *“el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad”*²⁷.

A partir de aquí la Corte deduce dos obligaciones estatales ineludibles: 1) La obligación de delimitar, demarcar y titular el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2) la obligación de abstenerse de realizar, *“hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”*²⁸.

En tal sentido, la no delimitación y demarcación de la propiedad comunal, y el otorgamiento de concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes implica una violación al derecho de propiedad de la de los pueblos indígenas, tal como lo reconoce la propia Corte en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni²⁹. Esta regla jurisprudencial vinculante debe ser interpretada de conformidad con lo establecido en el artículo 14.3 del Convenio 169 que establece que *“Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco*

22 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 133.

23 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 133.

24 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 153.

25 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 153.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172), párr. 115. La Corte observa que en el caso de la *Comunidad Moiwana* se ordenó al Estado crear un mecanismo efectivo para la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de la comunidad Moiwana. *Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 209.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, (17 de junio del 2005), párr. 143.

28 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 143.

29 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 143.

del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

Incluso la Corte IDH, da un paso más adelante, pues señala que *“una demora prolongada, [de la titulación de tierras] constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el mismo”*³⁰. En definitiva pues, la ausencia prolongada de titulación de las tierras de una comunidad supone un claro límite a la efectividad del derecho de propiedad de la misma y frente a pretensiones concurrentes de propiedad por parte de terceros o del propio Estado³¹. Esta afirmación es coherente con lo señalado por la misma Corte cuando sostiene que no delimitar y demarcar ocasiona un clima de incertidumbre toda vez que no se sabrá con certeza hasta dónde se extiende, geográficamente, la propiedad de los pueblos indígenas³².

Todo esto se traduce en obligaciones muy concretas para el Estado, como garante de los derechos humanos, *“el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas”*³³. Esto también implica que el Estado se debe *“abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awás Tingni”*³⁴.

En relación con la efectividad de los procesos de titulación, la Corte IDH ha tenido una jurisprudencia reiterada y sostenida³⁵. Los procedimientos para titular tierras comunales indígenas o tribales deben ser efectivos³⁶, atendiendo a las características particulares del pueblo respectivo³⁷. La ausencia de procedimientos efectivos, específicos y regulados para la titulación de las tierras comunales indígenas causa una incertidumbre general que no es compatible con los estándares impuestos por el artículo 25 de la Convención Americana³⁸.

La falta de legislación interna que permita obtener el título sobre los territorios ancestrales indígenas no se suple con la mera disponibilidad de recursos judiciales que, potencialmente, puedan reconocer esos derechos; la mera posibilidad de reconocimiento judicial no es un sustituto para su reconocimiento y titulación reales *“se debería hacer una distinción entre la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención para efectivizar, mediante legislación interna, los derechos allí consagrados y la obligación conforme al artículo 25 de proporcionar recursos efectivos y adecuados para reparar las presuntas violaciones a dichos derechos. (...) La Corte observa que aunque la llamada legislación judicial puede ser un medio para el reconocimiento de los derechos de los individuos, especialmente conforme a los sistemas de derecho común (common law), la disponibilidad de un procedimiento de este tipo no cumple, en sí mismo, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos*

30 (CIDH), *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 86.

31 Rodríguez Piñero., pág. 191-192.

32 CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 153.

33 CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 164. Ver también los párrafos 173, punto 3 y 4 de la parte resolutive.

34 CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 164. Ver también los párrafos 173 puntos 3 y 4 de la parte resolutive.

35 CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, pág. 37.

36 CIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 127. En dicha resolución se dice “En razón de lo expuesto, esta Corte considera que en Nicaragua no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas”.

37 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párrs. 123. “Sin embargo, considera esta Corte que dicha Ley No. 14 no establece un procedimiento específico para la demarcación y la titulación de las tierras ocupadas por comunidades indígenas, atendiendo a sus características particulares.”

38 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 124. “También del resto del acervo probatorio del presente caso se desprende que el Estado no dispone de un procedimiento específico para la titulación de la tierra comunal indígena. Varios de los testigos y peritos [...] que comparecieron ante la Corte en la audiencia pública sobre el fondo del presente caso [...] manifestaron que en Nicaragua hay un desconocimiento general, una incertidumbre de qué debe hacerse y ante quién debe gestionarse una petición de demarcación y de titulación”.

*consagrados en la Convención Americana. Es decir, la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos. El proceso judicial mencionado por el Estado debe, entonces, ser entendido como un medio a través del cual se podrían efectivizar esos derechos en el futuro, pero que aun no ha reconocido, efectivamente, los derechos en cuestión*³⁹.

4. Contenido constitucional del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios de las comunidades campesinas y nativas⁴⁰

La falta de titulación por parte del estado afecta y viola diferentes aspectos del contenido constitucional del derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre sus territorios⁴¹.

- a. La falta de titulación viola la obligación del Estado de titular los territorios de estas comunidades campesinas y nativas. Desconoce la obligación de proteger este derecho de propiedad de parte del Estado. De conformidad con el artículo 14.2, “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.
- b. La falta de titulación y el reconocimiento de derechos a terceros sobre los mismos desconoce que de acuerdo al artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT, la simple posesión ancestral u ocupación tradicional equivale al título de propiedad, y que en el caso de pueblos indígenas, este saneamiento físico legal no es constitutivo del derecho de propiedad sino declarativo. Como señala el artículo 14.1 mencionado, “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”⁴². Queremos insistir en este punto. La Corte precisa que para los pueblos indígenas “por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”⁴³.

Para la Corte IDH, “[c]omo producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁴⁴. Agrega la CIDH, que dado que el fundamento de la propiedad territorial es el uso y ocupación históricos que han dado lugar a sistemas consuetudinarios de tenencia de la tierra, los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales “existen aún sin actos estatales que los precisen”⁴⁵, o sin un título formal de propiedad⁴⁶. Añade la CIDH que las

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172), párrs. 104, 105.

40 Ver nuestro *Informe Jurídico ¿Exclusión o expropiación del territorio de las instalaciones petroleras? A propósito de la titulación del territorios de los pueblos indígenas del lote 192 por el Gobierno Regional de Loreto*. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc27062013-201150.pdf

41 Precisa el TC que “el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, STC N° 4587-2004-AA/TC, f. j. 44.

42 Recogemos acá lo trabajado en nuestra publicación *Juan Carlos Ruiz Molleda, Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, (Lima: Instituto de Defensa Legal, 2001), pág. 142 y sgts.

43 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, 149.

44 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 151. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, (Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146), párr. 127. Citado por CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 28.

45 CIDH, *Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a). Citado por CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 28.

46 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*, párr. 128.

acciones de reconocimiento oficial *“deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior”*⁴⁷, y no como el otorgamiento de nuevos derechos.

- c. En tercer lugar, la falta de titulación y la entrega a terceros en propiedad y en concesión, de territorios que pertenecen a los pueblos indígenas, constituye una acción, expresamente, prohibida por la jurisprudencia de la Corte IDH. Sobre el particular, la Corte IDH de conformidad con el artículo 14 del Convenio, estableció la obligación del Gobierno de abstenerse de realizar, *“hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”*⁴⁸.
- d. En cuarto lugar, se viola el contenido constitucional del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios, cuando restringen y limitan el territorio sin cumplir los requisitos establecidos en el derecho internacional, el cual establece una *“protección reforzada”* de este derecho de propiedad⁴⁹. Es decir, existe un absoluto incumplimiento de los requisitos para restringir el uso y goce del derecho de propiedad de los pueblos indígenas. Tenemos en primer lugar lo precisado por la Corte IDH, según la cual un Estado sólo puede restringir el uso y el goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: a) que la restricción esté establecida con anterioridad por ley, b) que sea necesaria, c) proporcional y d) con el objetivo legítimo de lograr una sociedad democrática *“y”* cuando no niega su supervivencia como pueblo tribal⁵⁰. Ciertamente, cuando se hace referencia a la ley, se hace referencia a la Ley 27117, Ley General de Expropiaciones, la cual establece el procedimiento de expropiación.
- e. Quinto lugar, estas normas al disponer de los territorios de los pueblos indígenas de espaldas a ellos, se está violando el artículo 17.2 del Convenio 169 de la OIT cuando establece que *“deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”*. En este caso, el Estado está permitiendo que terceros se apropien de tierras de estos. Asimismo, se viola el artículo 17.2 cuando se desconoce que *“deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”*. Ese procedimiento especial simplemente los invisibiliza.

Pero no solo eso, se viola de igual manera el artículo 17.3 del mismo Convenio 169 de la OIT, puesto que el Estado antes que consultar con las organizaciones indígenas de buena fe, se está aprovechando del desconocimiento de los pueblos indígenas respecto del marco jurídico nacional sobre titulación, para crear un régimen legal que posibilite que terceros se apropien de estas tierras de las comunidades nativas y campesinas. Incumple en definitiva el Estado lo establecido en la mencionada disposición del Convenio cuando precisa que *“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”*.

- f. En sexto lugar, se viola el artículo 18 y el artículo 3.2 del Convenio 169 de la OIT, cuando contra la voluntad de los pueblos indígenas se dispone no solamente que terceros incurran

47 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, (26 de febrero de 1999, Capítulo X), párr. 19. Citado por CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, 29.

48 CIDH, *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, 29.

49 Ver: La *“protección reforzada”* del derecho internacional al derecho a la propiedad y al territorio de los pueblos indígenas, y los requisitos para limitarlo. Disponible en <http://www.justiciaviva.org.pe/notihome/notihome01.php?noti=1093>.

50 Corte IDH, *Caso Pueblo Saramaka vs Suriname*, párrs. 127 y 128.

en una conducta invasiva del territorio de los pueblos indígenas, que en propiedad les corresponde, sino lo que es peor, que lo exploten de espaldas a ellos. El artículo 18 del Convenio es muy claro, *“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 igual sentido, el artículo 3.2 del mencionado Convenio establece un mandato muy claro que es incumplido: *“no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio”*.

En conclusión estamos ante la violación del derecho a la propiedad y al territorio contenida en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, así como de la regla desarrollada por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵¹.

5. Violación de la dimensión objetiva del derecho de propiedad sobre sus territorios de los pueblos indígenas

El TC ha sostenido en vinculante y pacífica jurisprudencia que *“los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos”*⁵².

En el presente caso, el Estado no solo se ha violado la dimensión subjetiva de estos derechos de las comunidades nativas y campesinas, sino la dimensión objetiva, pues se está legislando y se pretende aplicar esta norma no conforme con los derechos reconocidos a estas comunidades, sino que se pretende que otros organismos públicos así lo hagan, tal como lo exige el TC.

Esto implica que el derecho de propiedad no solo constituye un derecho subjetivo de las comunidades campesinas y nativas, sino, independientemente que estas comunidades lo pidan, el Estado está en la obligación de respetarlo. Esta obligación de respetar los derechos aquí invocados constituye la dimensión objetiva de esos derechos. En ese sentido, se dice que el Estado ha violado la dimensión objetiva de los derechos invocados, toda vez que no los ha protegido.

6. Violación del derecho a la autodeterminación: El territorio como un “lugar” especial de proyección de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas⁵³

La falta de titulación y la disposición de terceros de territorios ancestrales de los pueblos indígenas, viola también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas y campesinas, pues es el Estado y no las comunidades el que decide entregar esos territorios en manos de terceros, ajenos a las propias comunidades. La cobertura constitucional está en el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el mismo artículo 1.1 de Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDSEC), así como en reiterada jurisprudencia vinculante⁵⁴.

51 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, párr.153.

52 STC No 03343-2007-AA, f.j. 6.

53 Juan Carlos Ruiz Molleda, *Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios*, (Lima: IDL, 2013), 183 páginas. Puede ser revisado en: <http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/publicaciones/archivo28022013-134016.pdf>. Ver especialmente el ítem “El territorio como un “lugar” especial de proyección de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas”.

54 En la Corte IH por ejemplo ver Caso Saramaka, 2007, párr. 93; Caso Xákmok Kásek, 2010, párr. 255; Caso Sarayacu, 2012, párr. 288. En el TC ver STC 03343-2007-PA, f.j. 32; STC 00024-2009-AI, f.j. 2; STC 06316-2008-PA, f.j. 20; y STC 01126-2012-HC, f.j. 23.

La mejor definición del derecho a la libre determinación la encontramos en el artículo 3 de la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas. En los artículos 4 y 5 encontramos manifestaciones de este derecho:

Artículo 3.- 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.

Artículo 4.- 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.

Artículo 5.- Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

En tal sentido, sostenemos que, definitivamente, el territorio es un “lugar”⁵⁵ donde se proyecta y se concreta de una manera especialmente privilegiada el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, toda vez que el territorio constituye la base y la condición de la propia existencia de los pueblos indígenas. La razón de ello tiene que ver con que el acceso al territorio constituye una condición de subsistencia de los pueblos indígenas. No podemos olvidar que la obligación de proteger la importancia que la tierra tiene para los pueblos indígenas, es una obligación que se desprende literalmente del artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT, cuando señala que “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”.

En tal sentido, la proyección de la libre determinación de los pueblos indígenas en los territorios de estos se expresa en el derecho de estos a controlar su territorio. El artículo 8.2 del Convenio 169 de la OIT, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Esto, como siempre advierte Pedro García Hierro, “incluye el derecho a contar con instituciones jurídicas propias para definir la atribución de derechos internos y a que se respeten las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia, así como las estructuras en que se plasma la territorialidad de cada uno de los pueblos indígenas, como consecuencia del derecho fundamental a mantener y fortalecer su propia relación con las tierras, territorios, aguas, costas y otros recursos que tradicionalmente han ocupado o utilizado”⁵⁶.

Como precisa Pedro García Hierro, el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, sumado a la importancia del territorio de los pueblos indígenas, “ofrece a los pueblos indígenas toda una serie de posibilidades de autodefinición de la territorialidad (el cuánto, el cómo y el por qué del territorio) y de la titularidad (quién es el titular o titulares del derecho territorial y como se van a distribuir derechos y usos entre los grandes colectivos, las comunidades y las familias) tareas que hasta ahora habían venido asumiendo los Estados reflejando pocas veces, en los territorios reconocidos, el tipo particular de relación de cada pueblo indígena con su territorio”⁵⁷. En otras palabras, esta suerte de libre determinación territorial, se expresa por ejemplo en el derecho de estos, a definir su territorio y las condiciones en las que desea gobernarlo, administrarlo, aprovecharlo y protegerlo⁵⁸.

55 Pedro García Hierro y Alexander Surrallés, *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*, (Copenhague: IWGIA, 2009), 23.

56 Achuar Cayat (ORACH), Achuarti Iruntramu (ATI) y Federación Achuar del Perú (FENAP), *Estudios complementarios para la sustentación del derecho al territorio integral del Pueblo Achuar del Pastaza*, (Noviembre, 2008), 55.

57 Pedro García Hierro y Alexander Surrallés, *Antropología de un derecho (...)*, 23.

58 Pedro García Hierro y Alexander Surrallés, *Antropología de un derecho (...)*, 23.

Esta libre determinación territorial, *“explica el por qué ningún pueblo o nación puede disponer de los recursos de otro sin su consentimiento; explica el por qué cada pueblo es libre respecto a los demás; explica el por qué en su territorio cada pueblo dispone libremente el modo de aprovechar sus recursos sin injerencias externas aunque en un marco de mutua cooperación; explica el por qué un pueblo define su manera propia de gobernarse; explica también el por qué los pueblos deben establecer, por medio de acuerdos libres, las reglas por las que se van a regir en sus relaciones con otros pueblos y naciones”*⁵⁹.

Esta suerte de libre determinación territorial de los pueblos indígenas⁶⁰ ha sido reconocida en el artículo 32.1 de la DNUDPI. Según esta norma, *“los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”*. Sin embargo, será el artículo 7.1 del Convenio 169 la norma vinculante que reconozca, este derecho a la autodeterminación territorial de los pueblos indígenas, cuando establece que *“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”* (subrayado agregado).

7. La falta de titulación constituye una amenaza cierta e inminente a la subsistencia de los pueblos indígenas⁶¹

Si tenemos en cuenta la especial importancia que tiene el territorio para los pueblos indígenas, el despojo de sus tierras trae como consecuencia la puesta en peligro de su sobrevivencia, pues el territorio es una condición de subsistencia, y además porque impediría el acceso de estos a los recursos naturales que garantizan su sobrevivencia. Esta ley entonces constituye una amenaza cierta e inminente al derecho de las *“etnias a existir”*, derecho que ha sido reconocido de manera expresa⁶².

La Corte IDH admite la posibilidad jurídica de “restringir” a los pueblos indígenas el derecho al uso y goce de sus tierras y del derecho a sus recursos naturales, siempre que no pongan en peligro la subsistencia. Dice la Corte IDH, que *“conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal”*⁶³.

Debemos comenzar por señalar para la Corte IDH, la supervivencia es algo más que subsistencia “física”. La Corte enfatizó que *“el término “supervivencia” significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”*⁶⁴. Luego precisa la amenaza a la subsistencia ocurre cuando hay “denegación de las tradiciones y costumbres”. Establece la Corte IDH que, *“[al analizar si] las restricciones [al] derecho [a la propiedad] de los miembros de los pueblos indígenas y tribales [son permisibles, especialmente en cuanto] al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor [adicional] a considerar es [...] si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de [tal] modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”*⁶⁵.

La falta de titulación evidencia el total desconocimiento del Estado de su obligación de garantizar la *“supervivencia social, cultural y económica”*. El Estado debe respetar *“la especial relación que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio en una forma que*

59 Pedro García Hierro y Alexander Surrallés, *Antropología de un derecho (...)*, 21.

60 Este derecho ha sido desarrollado en Pedro García Hierro y Alexander Surrallés, *Antropología de un derecho (...)*, 2009.

61 Ver nuestro artículo *La “subsistencia” de los pueblos indígenas como límite a las actividades extractivas*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notas/05-15-05-2014.php>.

62 STC N° 03343-2007-PA/TC, f.j. 29.

63 Corte IDH, *caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 128.

64 Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 37.

65 Corte IDH, *Caso Saramaka vs. Surinam*, párr. 128.

garantice su supervivencia social, cultural y económica” (Sentencia de interpretación, párrafo 32). Esto significa que se debe garantizar a los pueblos indígenas “[...] que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”⁶⁶.

Y es que para la Corte IDH, la supervivencia es la *“capacidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con su territorio”*. La Corte enfatizó que *“la frase “supervivencia como una comunidad tribal” debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio”, de tal forma que puedan “continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas [...]”⁶⁷.*

Lo central en el análisis de esta violación es analizar la conexión entre acceso a los recursos naturales, la propiedad sobre sus territorios, la economía de subsistencia y la supervivencia. Señala el artículo 23.1 del Convenio 169 de la OIT, que *“las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades”*.

Esto tiene relación con la obligación del Estado de proteger el pluralismo cultural. Precisa el artículo 2.19 de la Constitución que *“el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”*, y añade en el artículo 44 como obligación del Estado *“garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”*. Esto implica dos cosas, primero, que si un pueblo desaparece o se extingue, el Estado incumple con su obligación de proteger la diferencia cultural porque este país deja de ser tan plural como antes, y en segundo lugar, que la protección del pluralismo es un asunto de interés público.

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tiene también una conexión directa con el derecho a la vida, entendiendo éste como pleno y libre ejercicio de los derechos humanos. La Corte IDH ha señalado *“que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1 de la misma, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción”⁶⁸*. En este caso, tal como lo ha sostenido la Corte, es una de esas condiciones mínimas de los pueblos indígenas para una vida digna.

Esto también tiene conexión con la obligación del Estado de garantizar condiciones de vida compatibles con la dignidad humana de los pueblos indígenas. La Corte IDH establece que *“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁶⁹.*

Esto no puede ser explicado si no se comprende la especial protección diferenciada de los pueblos indígenas en atención a su mayor vulnerabilidad. Para la Corte IDH *“en lo*

66 Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 121.

67 Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, párr. 37.

68 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 152.

69 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, párr. 166.

que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres⁷⁰. Esto lo ratifica el artículo 59 de la Constitución cuando precisa que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad”.

Es evidente que el Estado tiene la obligación del Estado a proteger la supervivencia de los pueblos indígenas, pero no de cualquier manera. Nos basta asegurar el derecho a la vida, sino de asegurar condiciones mínimas, que aseguren una existencia digna, lo cual no es posible, sin el pleno ejercicio de los derechos humanos. Ello exige de manera especial asegurar y garantizar la relación de los pueblos indígenas con sus territorios y con los recursos naturales que hacen posible su supervivencia. Todo ello demanda del Estado una protección diferenciada y efectiva, en atención a la mayor vulnerabilidad de los pueblos indígenas.

8. Conclusión: La prohibición de disponer de territorios de los pueblos indígenas

Una vez analizado el contenido constitucional, resulta imperativo asegurar el goce efectivo de las comunidades campesinas y nativas de la propiedad de sus territorios ancestrales, en su condición de pueblos indígenas. Con esa finalidad, se debería prohibir al Gobierno Central, a los Gobiernos Regionales y a los Gobiernos Locales y a cualquier órgano del Estado, bajo sanción de nulidad y de responsabilidad penal, civil y administrativa, entregar cualquier tipo de derechos sobre territorios de comunidades campesinas y nativas, hasta que los Gobiernos Regionales no realicen ni concluyan los procesos de demarcación y titulación de las tierras de estos pueblos indígenas.

Esto incluye, la prohibición de entregar concesión de recursos naturales, concesiones de conservación bajo distinto nombre y modalidad, servidumbres mineras y petroleras, derechos de paso, así como certificados de posesión respeto de territorios de pueblos indígenas que no han sido titulados. Finalmente, están prohibidas toda venta, alquiler, donación, cesión de uso, permuta y en general toda disposición de territorios ancestrales de comunidades campesinas, nativas y demás pueblos indígenas que estén pendientes de titulación. Para efectos de esta ley de considerar a territorios de pueblos indígenas, todo territorio que haya sido ocupado tradicionalmente por las comunidades campesinas y nativas, y demás pueblos indígenas, y sobre el que tenga algún tipo de relación, aun cuando haya sido despojado y desplazado de los mismos.

9. Bibliografía

Achuar Cayat (ORACH), Achuarti Iruntramu (ATI) y Federación Achuar del Perú (FENAP). 2008. *Estudios complementarios para la sustentación del derecho al territorio integral del Pueblo Achuar del Pastaza*. Noviembre.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1999. *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, Capítulo X párr. 19.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2001. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 79.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, párr. 166.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2005. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. 7 de junio.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2007. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre. Serie C No. 172.

Defensoría del Pueblo. 2014. *"Análisis de la Política Pública sobre reconocimiento y titulación de las comunidades campesinas y nativas"*, difundido en mayo.

Organización Internacional del Trabajo. 2011. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*.

Pedro García Hierro y Alexander Surrallés. 2009. *Antropología de un derecho. Libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano*. Copenhague: IWGIA.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2011. *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. 142 y ss. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2013. *¿Exclusión o expropiación del territorio de las instalaciones petroleras? A propósito de la titulación del territorios de los pueblos indígenas del lote 192 por el Gobierno Regional de Loreto*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2013. *La "protección reforzada" del derecho internacional al derecho a la propiedad y al territorio de los pueblos indígenas, y los requisitos para limitarlo*. Lima: Servindi.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2013. *Los otros derechos de los pueblos indígenas. Aproximación a los derechos a la libre determinación y a beneficiarse de la explotación de recursos naturales en sus territorios*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Ruiz Molleda, Juan Carlos. 2014. *La "subsistencia" de los pueblos indígenas como límite a las actividades extractivas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Sentencia del Tribunal Constitucional. 2004. *Expediente. N° 4587-2004-AA/TC*.

Sentencia del Tribunal Constitucional. 2007. *Expediente. No 03343-2007-AA*.