

El derecho a la restitución de tierras de los pueblos indígenas y la expropiación: un análisis a partir del derecho internacional de los derechos humanos y de derecho comparado*

MARÍA GABRIELA BARROS SEPÚLVEDA**

RESUMEN

El presente artículo desarrolla el contenido, fundamento y los elementos que a juicio de la autora delimitan el derecho a la restitución de tierras de los pueblos indígenas a partir del derecho internacional de los derechos humanos. En esta línea, se desarrollan las modalidades de restitución, esto es, los medios por los cuales pueden restituirse tierras a los pueblos originarios representadas principalmente por la entrega de tierras fiscales, la compraventa y la expropiación. A esta última se le destina un mayor análisis determinando sus ventajas y desventajas, como su procedencia a partir de una relación de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE

Restitución de tierras – pueblos indígenas – expropiación.

ABSTRACT

This article develops the content, fundament and elements which from the point of view of the autor delineates the right of indigenous peoples to their restitution of lands, this according the international human rights law. In this context, the modalities of restitution are developed, in other words, the resources that can be used to return land to indigenous peoples are mainly the transference of public land, the purchase and expropriation. This last one has a more detailed analysis, determining its advantages and disadvantages, as its precedence in the compative law.

KEYWORDS

Restitution of lands – indigenous peoples – expropriation.

* El presente artículo forma parte del proyecto de investigación Fondecyt Nº 1130665, “La constitucionalización de la propiedad indígena y su coordinación con otras formas de propiedad”, cuyo Investigador Responsable es el Profesor Manuel Núñez Poblete y del cual la autora es tesista colaboradora.

** Egresada Escuela de Derecho PUCV, Ayudante Derecho Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión indígena entronca en variadas ramas del derecho interno, como son el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho constitucional, a partir de la irradiación de nuevos conceptos por parte del Derecho internacional de los derechos humanos. Esto sucede, de forma paradigmática con los derechos que se le reconocen a los pueblos indígenas como grupos; los cuales traen términos y nociones diversas a las conocidas en las tres ramas antes señaladas, trastocando así, algunos conceptos jurídicos clásicos que suelen caracterizarse por su rigidez, dotándolos de nuevos contenidos en razón de las reivindicaciones de estos pueblos.

En el presente artículo se analizarán dos cuestiones: En primer término se examinará la fisonomía del derecho a la restitución de tierras, su fundamento, contenido y sus principales elementos. A partir del reconocimiento de este derecho, nace un deber para el Estado de restituir las tierras usurpadas sea por la ratificación del Convenio, sea por la obligatoriedad proveniente de la costumbre internacional. Este deber tiene tres mecanismos de reparación que lo efectivizan: restitución en integridad, la entrega de tierras alternativas, una indemnización compensatoria u otra reparación adecuada; proporcionaremos un mayor estudio a la primera, revisando sucintamente las distintas modalidades de restitución, con especial énfasis, evidentemente en la expropiación.

En segundo término, se realizará un análisis en relación con la conveniencia de la expropiación como modalidad de restitución, dando argumentos a favor y en contra de la misma cerrando con la respuesta a si la expropiación es un instrumento adecuado para la restitución. Luego se efectuará una relación de derecho comparado cuyo objeto es recabar antecedentes sobre las legislaciones de los Estados de América Latina que hayan ratificado el Convenio N° 169 y el Convenio N° 107 ambos de la Organización Internacional del Trabajo.

II. DERECHO A LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS

1. *Cuestiones preliminares: distinción entre tierra y territorio.*

En materia indígena, existe la distinción entre tierra y territorio, la cual proviene de la antropología. Esta ciencia social distingue entre espacio y territorio. Este último es la forma de apropiación del espacio –tanto material como simbólica–, y en él se incluyen diversos elementos como son la tierra, los recursos naturales, la historia y la cosmovisión, entre otros. A la vez, el

territorio goza de una dimensión material o instrumental y otra simbólica¹. La primera se refleja mediante la tenencia, uso, control y dominio de segmentos de espacio², esto es, en una palabra: la tierra; y la segunda: “va más allá de la tierra” constituida “por ejemplo a través de las redes de parentesco, el sentido de pertenencia, la topofilia o apego al territorio, o los proyectos etno-políticos con base en el territorio³”; esta última es la dimensión que se reconoce en el derecho internacional al recoger la noción de territorio⁴.

En esta misma línea, el Convenio 169 estableció en su artículo 13.2 la distinción antes señalada, al estipular que “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”. Cabe agregar, que en la remisión no se encuentra el artículo 14, que se refiere a la propiedad y posesión de las tierras, como a la instauración de procedimientos para su reivindicación.

Desde una perspectiva política, la tierra se constituye como el objeto principal de las demandas primordiales de los pueblos indígenas; entendiendo por aquellas las que “originalmente les pertenecen o bien, el acceso a nuevas tierras que posibiliten su desarrollo material y cultural”⁵. Es decir, se relaciona con “sus derechos de uso y explotación de las mismas”⁶; en otras palabras, adquiere la “connotación de propiedad sobre las tierras”⁷. En cambio, la cuestión del territorio presenta ciertas particularidades que la dotan de una complejidad mayor, por cuanto en él confluyen factores sociales, culturales y políticos. Éste incluye “todo cuanto pertenece a las propias tierras, como son las aguas, el subsuelo, el espacio aéreo, todos sus ocupantes, toda la vida vegetal y animal y todos los recursos”⁸.

De esta forma, –advirtiendo que podemos caer en una visión reduccionista– podemos decir que el concepto de tierra y su reconocimiento, proviene de una demanda indígena reivindicatoria primogénita, la cual se identifica, por

¹ BELLO MALDONADO, Álvaro (2011), pp. 44-47; BELLO MALDONADO, Álvaro (2004), pp. 104-105.

² BELLO MALDONADO, Álvaro (2011), p. 46.

³ *Ibid.*, p. 42.

⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁵ AYLWIN OYARZÚN, José (2002): *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*. Disponible en <www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/cp10427s04.doc> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2015].

⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2007), p. 524.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

regla general, con el multiculturalismo y el comienzo del reconocimiento de los llamados derechos colectivos. A diferencia del concepto de territorio, el cual engloba un hábitat que incluye y va más allá del reconocimiento del derecho a la tierra, y que se identificaría con la doctrina llamada pluralismo jurídico.

En consecuencia, manifestamos que la presente investigación se avocará al concepto de tierra, dejando a un lado el de territorio, no obstante la interpretación amplia que suele hacerse de estos conceptos en el derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

2. *Derecho a la tierra.*

Ahora bien, efectuada la delimitación anterior, es menester puntualizar otra cuestión: los pueblos indígenas son titulares del derecho a la tierra, el cual suele identificarse —o bien, es una consecuencia del reconocimiento de éste— con la propiedad indígena.

En relación con el contenido de ésta, existen autores como Meza-Lopehandía que señalan que la propiedad indígena engloba tanto a la tierra, territorios y recursos naturales⁹. Sin embargo, en el presente artículo seguimos la visión de Aguilar para quien la tierra recibe la connotación de propiedad y el territorio “va más allá” de ésta¹⁰; es decir, en coherencia, con lo señalado en el apartado anterior.

Definido lo anterior, señalábamos que los pueblos indígenas son titulares de este derecho debido a que éste se encuentra consagrado, actualmente, en el Convenio 169 de la OIT, en su artículo 14, números 1 y 2¹¹ y en el artículo 26 de la Declaración¹². A su vez, respecto a su concepto conocido es el formulado

⁹ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2014): “Capítulo III. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas”, en AYLWIN OYARZÚN, José (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, Editorial LOM), p. 488.

¹⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2007), cit. (n. 6), p. 524.

¹¹ “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 garantizarán la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

¹² “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.

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Awas Tingni* vs. Nicaragua¹³, a partir de la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De público conocimiento son también sus características; tratadas por los autores sobre la base de la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁴. Destacan entre ellas, su carácter colectivo; su objeto radicaría solo en las tierras según algunos autores, como Aguilar; y según otros sobre éstas, el territorio y los recursos naturales, como se indicó más arriba. Por último, la propiedad indígena al encontrarse protegida por el referido artículo 21 no es absoluta, y por tanto admite restricciones en caso de conflicto con la propiedad privada¹⁵.

3. Derecho a la restitución de tierras.

En razón de lo expuesto, resulta evidente que el derecho a la tierra no se agota en su sola consagración en los instrumentos indicados, pues, no es suficiente su mera estipulación abstracta, sino que es necesario que vaya indisolublemente unido de otro derecho para su efectivo goce en aquellos casos en que los pueblos indígenas no posean u ocupen sus tierras; nos referimos al derecho a la restitución¹⁶.

a) Fundamento.

El derecho en estudio, se basa en la especial relación de los pueblos indígenas tienen con sus tierras, la cual ha sido reconocida por el Convenio 169 de

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”.

¹³ *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), párr. 149.

¹⁴ Véase. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, (cit. n. 9), pp. 484-491; NASH ROJAS, Claudio, *Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, en *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos* 1 (2008) 1, pp. 64-74.

¹⁵ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006): Corte IDH, 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 130-141; *Caso Comunidad Yakey Axa vs. Paraguay* (2005): Corte IDH, 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 144-149.

¹⁶ DAGNINO MOREL, Carolina (2014): *Garantías y limitaciones a la propiedad indígena: fundamentos en el derecho nacional e internacional*, (Valparaíso, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), p. 16; Cabe advertir, que esta es solo una forma de concebirlo; existiendo otras: como por ejemplo, puede considerarse, desde una perspectiva más amplia que el derecho a la recuperación de las tierras es la premisa del ejercicio de los derechos indígenas en general (MEZA-LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías, cit. (n. 9), p. 494.

la OIT, en su artículo 13.1¹⁷ como un elemento que los Estados deben tener en cuenta a la hora de la aplicación de éste, al igual que la Declaración de la ONU en su artículo 25¹⁸.

Esta relación es de carácter holística¹⁹, basada en “toda una filosofía de vida a partir de ella, considerándose descendientes de la misma [los pueblos indígenas]”²⁰. Se trata, pues, de una relación colectiva con la tierra²¹. Citando a Stavenhagen: “Desde tiempo inmemorial los indígenas han mantenido una relación especial con la tierra, que es su medio de vida, de sustento y la base de su existencia misma como comunidades territoriales identificables. El derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea que tienen los pueblos indígenas de sí mismos y, en general, es a la comunidad local, la tribu, la nación o el grupo indígena a quien se confiere ese derecho”²². Agrega el Manual para la Aplicación del Convenio: “La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidad y como pueblo”²³.

b) Contenido protectivo.

En primer término, es necesario entrar de lleno al examen de la regulación entregada por los estándares internacionales que consagran el derecho a la restitución –los cuales forman parte integrante del sistema universal de derechos humanos– para poder determinar su fisonomía, puesto que su contenido no ha sido latamente tratado por la doctrina.

El Convenio 169 en su artículo 14.1 consagra el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan,

¹⁷ “Artículo 13.1. Al aplicar las disposiciones de esta aparte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

¹⁸ “Artículo 25. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto incumben para con las generaciones venideras”.

¹⁹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, cit. (n. 6), p. 527.

²⁰ *Ibíd.*, p. 526.

²¹ *Ibíd.*, p. 535.

²² STAVENHAGEN, Rodolfo (2002): “La situación de los pueblos indígenas”, ahora, en EL MISMO, *Los pueblos indígenas y sus derechos* (s.l., s.d.), p. 24.

²³ OIT (2003): *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales* (Ginebra), p. 29.

como se mencionó con anterioridad. Por su parte, su número 3.²⁴ establece que deberán instituirse procedimientos para la reivindicación de tierras de los pueblos indígenas, dejando la determinación de aquellos procedimientos a la decisión de los Estados suscriptores²⁵. A primeras luces, cabría considerar que el derecho en estudio no se encontraría en aquel numeral, puesto que la voz “reivindicación” denota que se “reclama algo sobre lo cual se cree tener derecho”; situación que no es ésta puesto que los pueblos indígenas han perdido la propiedad comunal de sus tierras²⁶. No obstante lo señalado, suele realizarse una interpretación lata de la norma incluyendo en ella las reclamaciones de restitución de tierras por parte de los pueblos indígenas²⁷.

Por su parte, la Declaración de la ONU en su artículo 28²⁸ consagra el derecho a la reparación, estableciendo la restitución de tierras de los pueblos indígenas como principal modalidad de aquella; y regulándolo de manera mucho más detallada. Sin perjuicio de aquello, suele expresarse generalizadamente que ésta carecería de carácter vinculante; sin embargo, el Relator Especial James Anaya ha señalado lo contrario²⁹, manifestando que es un error negar

²⁴ “Artículo 14.3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

²⁵ Asimismo para efectos de una interpretación sistemática del referido tratado, tomaremos en cuenta el artículo 16.4. Éste, si bien consagra un derecho distinto, esto es, el derecho a retorno, estipula que en aquel caso, se deberán entregar tierras de a lo menos igual calidad, cuando el retorno no sea posible en caso de desplazamiento forzado.

²⁶ ROJAS BARRETAS, Nadia (2014), p. 64.

²⁷ MOLINA y YAÑEZ (2008), p. 238; o bien se puede decir que los pueblos indígenas tienen un derecho basado en la ocupación tradicional, la cual no necesariamente va ligada a un reconocimiento estatal (OIT (2009), p. 94).

²⁸ “Artículo 28.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

²⁹ Fundamenta su posición en tres argumentos: i) el consenso que refleja la Declaración en relación con el contenido de los derechos de los pueblos indígenas “porque ese consenso sirve de base a la obligación general que tienen los Estados en virtud de la Carta de Naciones Unidas”, esto es, respetar y promover los derechos humanos. ii) Muchos artículos que forman parte de la Declaración son parte integrante del derecho internacional consuetudinario, o se están integrando a él. iii) “La Declaración es una ampliación de las normas contenidas en diversos tratados de derechos humanos que han sido ampliamente ratificados y que son jurídicamente vinculantes para los Estados”. (RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2013), párrs. 60-63).

su vinculatoriedad. En la misma línea lo ha establecido el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas en su Informe para el Octavo Periodo de Sesiones³⁰.

En último término, la Declaración tendría las características de un instrumento de *soft law*, debido a que e s t r i c t a m e n t e no tiene carácter vinculante³¹, no obstante, algunos de los aspectos de su contenido pueden dar lugar a derecho consuetudinario internacional; esto es lo que sucede con la propiedad indígena, según el Relator Especial James Anaya³². De esta forma, la Declaración se constituye como un valioso instrumento de interpretación y complementación del Convenio.

En relación con los estándares regionales del Sistema Interamericano, cabe hacer una precisión por cuanto, la CIDH y la Corte interpretan la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, empero cuando se trata de resolver un caso relativo a la propiedad comunal indígena la Corte ha tenido a la mano el Convenio 169³³, gestando estándares más elevados que los establecidos en él. En este orden de ideas, ha estipulado que el derecho a la recuperación de tierras de los pueblos indígenas constaría de dos

³⁰ En este informe, el Foro señaló que la vinculatoriedad de la Declaración “debe verse en el contexto normativo más amplio de las innovaciones ocurridas en los últimos años en las normas internacionales de derechos humanos”, en razón que ésta sería parte de las normas universales, puesto que la Declaración es una norma basada en los derechos humanos con carácter universal. Expresa a la vez que varios de sus artículos son “parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración”; los cuales pueden basarse en tratados con carácter universal o bien, “tener ya la calidad de derecho consuetudinario en virtud de las políticas que se aplican en jurisdicciones nacionales. Como expresiones del derecho consuetudinario internacional, deben aplicarse cualquiera que sea el carácter del documento en el que se declaren o aprueben”. A la vez, el hecho que la gran mayoría de los Estados hayan aprobado la Declaración, le otorga cierto “peso jurídico”; y en caso que los Estados que aún no la aprueban lo hagan, podrá decirse que la Declaración constituye “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Cabe señalar, que el informe se da en el contexto de la función del Foro de efectivizar y llevar a la Declaración a aplicación (FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS (2009), párrs. 6-12).

³¹ ZALAUQUETT DAHER, José (2008), p. 3.

³² RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (2013), cit. (n. 32), párr. 64.

³³ “(...) la Corte ha tomado en cuenta el Convenio No. 169 de la OIT, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención, para interpretar las disposiciones del citado artículo 21 de acuerdo con la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párrs. 124 a 130; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, cit. (n. 13), párrs. 148 y 149; *Caso comunidad Sawboyamasa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 117-119).

requisitos: en primer término, la pérdida involuntaria de la posesión de sus tierras por parte de los pueblos indígenas y en segundo lugar, que éstas hayan sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes³⁴.

Ahora bien, en cuanto al específico contenido de este derecho, cabe resaltar que la definición de éste puede ser dificultosa, debido a que al delimitar los elementos de un derecho, y en especial, de un derecho humano, se puede caer en imprecisiones, puesto que se puede restringir innecesariamente o ampliar excesivamente dicho contenido. Es por esto, por lo que desarrollaremos a partir del Convenio 169, la Declaración y los criterios jurisprudenciales formulados por la Corte IDH, los contornos del derecho a la restitución o a la recuperación. No obstante, es necesario dejar en claro que la jurisprudencia del antes mencionado Tribunal Interamericano no posee carácter vinculante —a diferencia de lo que ha expresado ella misma³⁵— mas, se presenta como una pauta orientadora para una mayor comprensión de los deslindes del derecho en examen teniendo presente que sus estándares son más altos.

i) La ocupación tradicional de tierras.

El artículo 14.1 del Convenio habla de “tierras que tradicionalmente ocupan”. Por lo que, cabe reflexionar sobre el significado de dicha frase, puesto que a partir de aquella se definen los derechos de posesión y propiedad de los pueblos indígenas, y por consiguiente, el derecho a restitución de tierras.

La Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT de 1996, explica que la adopción de aquellos términos “indica que debe existir alguna conexión con el presente como en los casos de recientes expulsiones de las tierras o pérdida de títulos”³⁶. A la vez, expone que dicha terminología deberá examinarse en conjunto con el número 3 que se refiere al establecimiento de procedimientos adecuados para la solución de las reivindicaciones de tierras “sin imponer límites de tiempo respecto a cuándo dichos reclamos hayan surgido”³⁷. Por su parte, el Manual para la Aplicación del Convenio 169, determina que aquellas tierras son “en las que han vivido desde tiempo inmemorial y que han utilizado y

³⁴ *Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 130; *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), párr. 109. Cabe agregar que estas son consideraciones de la Corte y no se corresponden con lo estipulado en el Convenio y la Declaración, es decir, son estándares más altos.

³⁵ La Corte IDH a través de la creación del “control de convencionalidad” en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* del año 2006, ha establecido que su jurisprudencia gozaría de un carácter vinculante sin contar con un argumento de texto para sostener aquello (*Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, párr. 124).

³⁶ OIT (1996), p. 23.

³⁷ *Ibíd.*

administrado según sus prácticas tradicionales. Son las de sus antepasados, y las que esperan legar a sus descendientes. En algunos casos, podrían comprender las recientemente perdidas”³⁸.

En consecuencia, de los textos citados, se puede concluir que las tierras tradicionalmente ocupadas son aquellas de posesión inmemorial; sin embargo, aquella conclusión es incompleta; por cuanto la protección del Convenio irradia tanto a las anteriormente señaladas, como a otro tipo de utilización de las mismas, como por ejemplo conforme a su derecho propio³⁹. Otra conclusión que proviene de estos documentos de la OIT, se refiere a que esta ocupación también se referiría a las recientes expulsiones de las tierras o pérdida de títulos, o bien, las recientemente perdidas. Sin embargo, ¿qué sucede con las tierras de las cuales los pueblos indígenas han sido despojados hace décadas o siglos? A esta cuestión ha dado solución la Corte IDH, quien ha señalado que la posesión no es un requisito para ejercer el derecho a la recuperación de tierras⁴⁰, fundamentándose en que mientras la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras subsista, el derecho de recuperación persiste; y si aquello no sucede, se extinguirá⁴¹. En el caso en que la especial relación de los pueblos indígenas con la tierra no pueda efectuarse, “el derecho de recuperación de tierras ancestrales se conserva si los miembros de los pueblos indígenas se han encontrado impedidos de mantenerla, debido a causas ajenas a su voluntad que envuelvan un impedimento real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”⁴².

ii) Tierras recuperables: ¿Aquellas de propiedad ancestral o emanadas de un título otorgado por el Estado?

Es necesario efectuar una distinción en relación con las tierras sobre las cuales los pueblos indígenas ejercen o pueden ejercer su derecho a la recuperación; de esta forma, suele diferenciarse, por un lado, entre aquellas tierras de propiedad ancestral e inmemorial o también denominadas “tierras antiguas”⁴³, las cuales, en general salvo la precisión señalada anteriormente—, se homologan a la “ocupación tradicional”. Estas tierras son “aquellas respecto de las cuales

³⁸ OIT, cit. (n. 23), p. 41.

³⁹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2005), p. 291; VERGARA MONTOYA, Juan (2010).

⁴⁰ *Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 128; *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párr. 122.

⁴¹ *Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 132; *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párrs. 112-113.

⁴² *Caso Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 132; *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párr. 115.

⁴³ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías (2014), cit. (n. 9), p. 495.

los indígenas tendrían un título anterior a la existencia misma del Estado e incluso anterior a la llegada del colonizador o conquistador y que encuentra su fundamento en el derecho propio indígena”⁴⁴. Por otro lado, existen aquellas tierras que han sido reconocidas por los Estados, que gozan de un título de propiedad, y que si bien coinciden con el primer grupo mencionado, son la mayoría de las veces menor en cantidad que las de propiedad ancestral, y suelen ser perdidas en virtud de medios fraudulentos efectuados por terceros. Cabe destacar que ambos casos pueden ser englobados bajo el rótulo de “tierras posibles de recuperación o restitución”, si bien, con fundamentos distintos; como también las dos se encuentran irradiadas de la protección del derecho internacional de los derechos humanos, aunque suele existir resistencia por parte de los Estados de restituir aquellas tierras cuyo fundamento es la propiedad ancestral.

iii) No son obstáculos a la restitución: la propiedad particular de las tierras, la explotación productiva de la tierra y la existencia de tratados de inversión.

Definidas las tierras sobre las cuales puede ejercerse el derecho en análisis, cabe hacer referencia que en la mayoría de los casos la restitución no es posible en razón que dichas tierras se encuentran en manos de terceros; esto conlleva a la existencia de conflictos entre la propiedad particular y las posibilidades de restitución en beneficio de los indígenas. En razón de lo expuesto subsiste la pregunta sobre cuál de tales derechos prima. Como solución a esta encrucijada los criterios jurisprudenciales formulados por la Corte IDH se presentan como esclarecedores, al establecer en el Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa*, que el debido registro de las tierras a favor de particulares no indígenas no se presentaría como un impedimento a la recuperación de tierras por los pueblos indígenas interesados, ya que, “en caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias”⁴⁵. Para efectos de la restitución de tierras ancestrales –cuando estas se encuentren en manos privadas– se deberá valorar caso a caso⁴⁶.

Es decir, en general, existiría una preferencia a favor de los pueblos indígenas ya que la propiedad indígena estaría la mayoría de las veces vinculada a una supervivencia cultural⁴⁷, o bien, íntimamente ligada a aquella especial

⁴⁴ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2005), cit. (n. 39), p. 291.

⁴⁵ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 138.

⁴⁶ *Ibid*, párr. 138; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 146.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009), p. 55.

relación a la que ya hemos hecho mención, a diferencia de lo que sucede con la propiedad individual de terceros poseedores de buena fe, los cuales mantienen su derecho a una compensación⁴⁸.

Además del supuesto impedimento antes expresado, existen otros, como son la debida explotación de las tierras que desean recuperarse o la existencia de tratados bilaterales de inversión que protejan a los propietarios de las tierras reclamadas. Respecto a estos, la Corte IDH ha determinado que no se presentarían como obstáculos a la restitución o recuperación de tierras, la referida explotación productiva actual de las tierras, ya que no se constituye como una razón suficiente para negar el derecho a la restitución, por cuanto su aceptación implica negar el valor que los pueblos indígenas conceden a la tierra, determinando una perspectiva de la “cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos”⁴⁹. Empero, cabe hacer referencia que en aquel caso en particular la explotación era un requisito para solicitar la expropiación puesto que si ésta no se da en los hechos debe dictarse una ley para expropiar y pagarse la indemnización al contado; nos referiremos al caso de Paraguay más adelante.

En referencia al segundo, éste no justifica la falta de satisfacción del derecho de restitución, ya que aquellos tratados deben ser compatibles con la CADH⁵⁰. Sobre esto, cabría hacer una precisión a lo expresado por la Corte IDH: la CADH no contempla a la propiedad indígena en su contenido, sino que la protección a ésta la ha dado la Corte IDH mediante la interpretación evolutiva del artículo 21, lo que llevaría a entender que la interpretación de la Convención sería vinculante para los Estados; cuestión que no posee un argumento de texto para sostenerlo⁵¹.

iv) El derecho a la restitución no es un derecho absoluto.

Como todo derecho humano, el derecho a la restitución de tierras puede verse restringido; en este caso por la imposibilidad de efectivizarlo. Lo antedicho queda de manifiesto, al analizar la Declaración, específicamente la frase “cuando ello [la restitución] no sea posible” de su artículo 28; situación en la cual deberá pagarse una indemnización justa y equitativa que deberá consistir en tierras o en una indemnización monetaria o reparación adecuada,

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr.139; *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párr. 149.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 140.

⁵¹ Ver lo dicho en la nota 35.

salvo que los pueblos interesados hayan convenido otra cosa. Cabe agregar que el requisito de procedencia de estos tipos de reparaciones (restitución *in integrum*⁵² o indemnización) es un despojo efectuado sin su consentimiento libre, previo e informado⁵³.

En la misma línea, la Corte IDH, ha determinado lo antes expuesto, tomando como opción en caso de compensación, la entrega de tierras alternativas. La procedencia de esta reparación se da en los casos en que los Estados se vean impedidos o imposibilitados para satisfacer este derecho “por motivos objetivos y fundamentados”⁵⁴, no pudiendo utilizarse como argumento de imposibilidad los “impedimentos” antes vistos⁵⁵. De esta forma, agrega el Tribunal Interamericano: “Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”⁵⁶. Corresponde al Estado, acreditar la existencia de estos motivos objetivos que impiden la plena restitución de las tierras⁵⁷; sobre dichos motivos volveremos en el último apartado de este Capítulo.

v) La necesidad de un recurso efectivo.

Tal como señala el artículo 14.3 del Convenio, deben establecerse procedimientos para la solución de reivindicaciones territoriales, ya que sin la existencia de aquellos, no sería posible la plena satisfacción del derecho a la restitución, o de hecho, hablar de su existencia misma. Debido a lo expuesto,

⁵² Entendida esta como la restitución de las tierras específicamente reclamadas por el o los pueblos indígenas interesados considerando otros factores como la consulta. No obstante, ésta es utilizada por la Corte IDH en un sentido más amplio comprendiendo por aquella el “restablecimiento a la situación anterior a la violación de un derecho humano” (*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 181).

⁵³ De la misma forma, el Informe del Grupo de Trabajo establecido por la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos, explica que este derecho es un derecho relativo, y que por aquello en el proyecto de Declaración de la ONU se establecía el derecho a indemnización en caso de no ser posible la restitución (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005), p. 6).

⁵⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párrs. 135 y 212.

⁵⁵ *Ibid*, párr. 215; *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párr. 286.

⁵⁶ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 149; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 135

⁵⁷ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 136.

es que los Estados deben establecer un cauce legal, sea judicial o administrativo en miras a la restitución de tierras, como lo ha expuesto la Corte IDH⁵⁸. Agrega, la Guía para la Aplicación del Convenio N° 169 que la instauración de estos procedimientos debe realizarse con la finalidad que exista una posibilidad real de solución⁵⁹.

Lo señalado debe complementarse con el deber de consulta a los pueblos indígenas interesados en conformidad con el artículo 6 del Convenio, para que de esa manera exista una participación tanto en el establecimiento de los procedimientos, como también en la aplicación del mismo a una comunidad o pueblo indígena en particular; así será posible hablar de una restitución *in integrum*.

III. DEBER DE REPARACIÓN DEL ESTADO Y EL DEBER DE RESTITUCIÓN

Existen diversos mecanismos de reparación en orden a dar efectividad, en último término, al derecho de posesión y propiedad de los indígenas, entre los cuales se encuentra la restitución. Esta última se produce en el caso en que para el Estado respectivo sea posible la devolución de las tierras específicamente reclamadas por el pueblo indígena interesado, siguiendo las pautas señaladas con anterioridad; caso contrario operan las otras formas de reparación. En este sentido, la restitución sería una especie de reparación. En este escenario, existiría para el Estado un deber de reparación cuya especie es el deber de restitución.

El deber de restitución recae primeramente sobre aquellos Estados que han ratificado el Convenio 169, debido a que en virtud de éste, se han comprometido a instituir procedimientos que solucionen las reivindicaciones de tierras, si bien quedando su regulación al sistema interno; con la salvedad, pues, que debe conceder una solución real y efectiva. A la vez, este deber puede provenir del voto favorable a la Declaración de la ONU (ya que es reflejo del derecho internacional consuetudinario; de éste son parte integrante los derechos territoriales indígenas). A la vez, en caso de condena a un Estado a la restitución de tierras por la Corte IDH. En último término, puede nacer de la costumbre internacional.

⁵⁸ *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*, cit. (n. 34), párr. 142; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 178.

⁵⁹ OIT, cit. (n. 36), p. 23.

1. *Mecanismos de reparación.*

Es relevante recalcar como premisa de estos mecanismos de reparación, y en especial de la restitución que éstos “no pueden quedar entregados al arbitrio de una de las partes, en el caso propuesto a la decisión unilateral de los Estados, porque se trata de un asunto que concierne a dos partes: el Estado y los pueblos indígenas”⁶⁰.

De esta forma, tomando como base prioritariamente lo dispuesto en el artículo 28 de la Declaración, lo estipulado en el artículo 16.4 del Convenio, y como pauta interpretativa, la jurisprudencia de la Corte IDH, los mecanismos de reparación son:

a) La restitución *in integrum*, y en caso de que esta no sea posible.

b) La entrega de tierras alternativas, es decir, una indemnización que puede consistir en ellas, que presenten ciertos rasgos, o sea, “de igual calidad, extensión y condición jurídica”⁶¹. O bien, “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro” según señala el artículo 16.4 del Convenio. Específicamente: “de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión”⁶².

c) Una indemnización monetaria (en caso que los pueblos indígenas hayan convenido libremente, o estos la prefieran, caso en el cual deberá concedérselas con garantías apropiadas⁶³).

d) Otra reparación adecuada.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cuál es la modalidad que debe tener esta “restitución en integridad”? La respuesta no es unívoca, por cuanto la restitución –al igual que la entrega de tierras alternativas– puede llevarse a cabo mediante: i) la entrega de tierras fiscales, ii) compraventa, o bien, la iii) expropiación. Para efectos del presente trabajo solo desarrollaremos esta última, sin perjuicio de reconocer la importancia de las otras alternativas para la

⁶⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2006), p. 48.

⁶¹ Artículo 28 de la Declaración de la ONU.

⁶² *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay* (2006), cit. (n. 15), párr. 135; A partir de esto, señalamos también la necesidad de la consulta en el acápite “Necesidad de un recurso efectivo”.

⁶³ Artículo 16.4. del Convenio N° 169 de la OIT.

satisfacción del derecho a la restitución (ver Cuadro 1, “Estados ratificantes del Convenio N° 169 y N° 107 de la OIT que no contemplan la expropiación como modalidad de restitución, sea para una restitución *in integrum*, o bien, para la entrega de tierras alternativas”).

2. Expropiación.

Desde la doctrina, el instituto de la expropiación puede ser observado desde dos enfoques, esto es, desde la perspectiva de la garantía patrimonial del Estado y en segundo lugar, desde la inviolabilidad de la propiedad. En el presente trabajo se realizará una mixtura de ambas perspectivas, por cuanto ambos son necesarios para alcanzar el fin que pretendemos.

Ahora bien, en lo que respecta a un concepto de la misma –sin referencia a un ordenamiento jurídico particular–, según el Diccionario Jurídico de Rodrigo Quijada es “Acto del Estado, fundado en razones de utilidad pública, por el cual se priva a una persona de un bien de su propiedad, con indemnización. La expropiación es una institución de derecho público que afecta directamente la propiedad privada”⁶⁴.

Por consiguiente, conforme a esta definición, la expropiación gozaría, fundamentalmente de tres elementos: en primer lugar, se trataría de la privación a un particular de un bien por parte de la autoridad (acto del Estado); en segundo término, esta privación se compensa con una indemnización, y en tercer lugar, debe estar basada en una causa, sea esta la utilidad pública o interés social⁶⁵, contenida en la ley.

Sobre la institución de la expropiación suelen existir aprensiones debido a que es reflejo del ejercicio de una potestad por parte de la Administración del Estado, y por ello, suele limitarse en virtud del Estado de Derecho. La mayoría de las veces se permite por finalidades urbanísticas. Es por ello, que a continuación se revisarán dos argumentos: uno a favor de la expropiación en aras a la consecución de la recuperación, y otro en contra de la expropiación para dicho objeto. Cabe recalcar, que la doctrina chilena no ha tratado el tema latamente, por lo cual los argumentos son escasos; esto es así, porque la expropiación como modalidad de restitución para dar una solución a la demanda territorial indígena no ha sido debidamente tratada por la doctrina en Chile⁶⁶.

⁶⁴ QUIJADA SOTO, Rodrigo (1994), p. 256.

⁶⁵ La causal original de la expropiación era la utilidad pública; luego se fueron incluyendo otras como el interés social (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (1995), p. 23).

⁶⁶ En Chile, ha sido tangencialmente nombrada por AYLWIN OYARZÚN, José, *Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: situación jurídica y políticas públicas*.

a) La expropiación constituye una alternativa para la recuperación.

Esta posición es sostenida por Molina y Yáñez, como también por Aylwin. Los primeros señalan que al encontrarse las tierras reivindicadas por los pueblos indígenas en manos de terceros poseedores, los únicos medios existentes para restituirlos a los pueblos indígenas son la compraventa y la expropiación. Expresa que la primera, se basa en el principal principio del derecho privado, esto es, el de la autonomía de la voluntad, dejando “la decisión de vender y el precio de venta entregados a la voluntad del vendedor particular, lo que favorece la especulación y no garantiza la restitución de las tierras”. Por otro lado, el último de los instrumentos, es decir, la expropiación sería el más apropiado, por cuanto éste permite al Estado expropiar por causa de interés nacional, pagando una justa indemnización al expropiado. Además, expresa que así, el Estado da una solución institucionalizada, y también, reconoce la justicia de la demanda indígena sobre sus tierras ancestrales⁶⁷.

Por su parte, Aylwin al analizar críticamente la política de tierras en Chile, sostiene que la expropiación permitiría evitar los altos precios a los que han ascendido las tierras⁶⁸.

b) El principio de rectificación de las injusticias aplicado a los derechos territoriales indígenas.

El planteamiento de esta autora, si bien de nacionalidad argentina, es relevante para comprender ciertas apreciaciones sobre la propiedad desde la perspectiva liberal, y como esta concepción colisiona con el reconocimiento de derechos territoriales indígenas.

En este orden de ideas, Salinas realiza un análisis de la teoría política de Robert Nozick, determinando sus elementos más relevantes⁶⁹, para luego desarrollar cada uno de los principios de ésta, en especial, el principio de rectificación de las injusticias entendido como que “es moralmente legítimo

BRONFEMAN VARGAS et al. (2012), pp. 423-424; MOLINA y YÁÑEZ (2008): cit. (n. 27), p. 239; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2014), p. 13.

⁶⁷ MOLINA y YÁÑEZ FUENZALIDA, cit. (n. 27), p. 239.

⁶⁸ AYLWIN OYARZÚN, José (2011), cit. (n. 66), p. 29.

⁶⁹ Según SALINAS, del estudio de la obra “Anarquía, Estado y Utopía” de Nozick, señala que éste, a partir de una concepción liberalista clásica, propugna un Estado mínimo que defiende los derechos de las personas, debido a que su fundamento último es la noción de una persona dotada de tres elementos: la preeminencia de sus derechos naturales, su auto-organización en un sistema liberal y que las personas constituyen fines no medios (visión kantiana). Este Estado mínimo se limita a proteger los derechos individuales y la administración de justicia (SALINAS, Alejandra (2012), pp. 120-127).

rectificar las injusticias históricas cometidas contra los más desaventajados, realizadas en un pasado distante y cuyos efectos nocivos continúan⁷⁰, con el fin de plantear una posible solución a las reivindicaciones territoriales indígenas, a partir del referido principio de la noción de justicia y de la redistribución.

Cabe preguntarse, por tanto, ¿qué forma debe tener la rectificación? Según Salinas –que niega la redistribución–, si los Estados han tenido responsabilidad en las injusticias cometidas, “ellos debieran ser los principales agentes rectificadores al asumir y pagar el costo de las reparaciones para saldar las cuentas de la injusticia”⁷¹. En cuanto a la forma de la rectificación o reparación por parte de los Estados, señala que la expropiación no es admisible, por cuanto significaría una nueva vulneración al derecho de propiedad⁷². Postula, en tanto, que la forma de reparación debería ser mediante la entrega de bienes fiscales⁷³.

En lo relativo a las demandas indígenas da tres posibles alternativas, entre las cuales se encuentra la devolución de tierras –opción en la cual no se encuentra la expropiación, descartada de plano–. Sostiene, en relación con este tema: que sería injusto despojar a los actuales ocupantes de las tierras que con anterioridad poseyeron pueblos indígenas, debido a que ellos no son autores de la usurpación original; por ello, reitera que a los indígenas deben entregárseles tierras fiscales; o bien, entregarles tierras que formen parte de los Parques Nacionales. En último término, dar a los pueblos originarios el producto de la venta de bienes fiscales para que ellos mismos negocien con los actuales poseedores de sus tierras⁷⁴.

c) La expropiación: ¿Un instrumento adecuado para la restitución?

La formulación de esta pregunta tiene un fin metodológico al igual que la exposición de las posiciones anteriores, debido que creemos que la expropiación

⁷⁰ SALINAS hace hincapié en la existencia de tres principios respecto al derecho de propiedad privada, los cuales son extraídos del pensamiento de Locke. Estos son: el principio de apropiación, de transferencia y de rectificación. Este último, toma protagonismo en los casos en que una posesión es injusta, entendiéndose por ésta aquella que se ha producido en violación a los dos primeros principios señalados con anterioridad. En este caso, no se tendrá derecho sobre las cosas adquiridas ilegítimamente. En consecuencia, “la existencia de injusticias pasadas [las anteriores violaciones de los principios de justicia] justificaría entonces la rectificación” (SALINAS, Alejandra (2012), cit. (n. 69), pp. 127-129.

⁷¹ SALINAS, Alejandra (2012), cit. (n. 69), p. 136.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ En caso de no ser suficientes las tierras que han sido adquiridas y transferidas injustamente, se deberá entregar otras tierras fiscales, ya que así tendrá un “sentido simbólico” (*Ibíd.*)

⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 140-141.

constituye un instrumento adecuado para satisfacer las demandas indígenas por tierras, sean estas de propiedad legal o propiedad ancestral.

Bajo estas consideraciones creemos que aquella pregunta encubre la verdadera interrogante, la cual es: ¿Por qué cabría reconocer derechos de propiedad indígena en desmedro –en la mayoría de los casos– de derechos de propiedad particular? ¿Por qué el derecho de propiedad particular se ve esfumado ante un poder del Estado, si la mayoría de las veces el dueño no es “autor de la usurpación original”? Una forma de dar respuesta a aquellas preguntas es reconocer la existencia de derechos diferenciados en razón del grupo –en este caso derechos territoriales a los pueblos indígenas– especialmente por el significado que posee la tierra para ellos representada por esa especial relación en la que ya hemos hecho hincapié y que constituye, según nuestro parecer, el fundamento del derecho a la restitución. Bajo este prisma, toma protagonismo la noción de igualdad material debido a que los pueblos indígenas se encuentran en una situación de desventaja⁷⁵ al verse despojados de su tierra ya que esta forma parte importante de su cosmovisión. Esta desventaja debe ser reparada por los Estados, creando las condiciones necesarias para que los pueblos indígenas sean titulares del derecho a la tierra y su consiguiente restitución. Es decir, el Estado debe romper con todos los obstáculos o impedimentos que se presenten, los cuales hacen que la igualdad formal consagrada en los ordenamientos jurídicos de influencia liberal se convierta en una igualdad material. Así las cosas, se produce un equilibrio entre los intereses individuales e intereses colectivos⁷⁶.

En este orden de ideas, suele estimarse como un argumento a lo expresado, el de una justicia compensatoria, entendida en el sentido que los pueblos indígenas se encontraban antes en el territorio que los colonizadores, y por ello, sus tierras deben ser restituidas en función de una compensación por la usurpación⁷⁷. Esta apreciación choca con el reconocimiento de los derechos de propiedad constituidos por terceros no indígenas, lo que conlleva a un conflicto de difícil solución.

Es por lo expresado que revisaremos la jurisprudencia de la Corte IDH ya que ésta provee de pautas orientadoras interesantes para dar una solución a tal cuestión. Así sostuvo en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, que la expropiación no puede estar sujeta a la explotación de la tierra (al igual como se indicó respecto del derecho a la restitución), debiendo ponerse énfasis en la relación especial de los pueblos indígenas con éstas⁷⁸. De esta forma, en relación

⁷⁵ KYMLICKA, Will (1995), p. 153-154.

⁷⁶ NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012), p. 233.

⁷⁷ KYMLICKA, Will (1995), cit. (n. 75), p. 154.

⁷⁸ *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr.146.

con la expropiación estableció que “el Estado deberá valorar la posibilidad de compra o la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, conforme a los criterios desarrollados en Comunidad indígena *Sawhoyamaxa* y *Yakye Axa*, ambos contra Paraguay. Dichos criterios, en el primer caso, son aquellos ya revisados al analizar el contenido del derecho a la restitución. Por su parte, la segunda sentencia se refiere a la solución de los posibles conflictos entre propiedad particular y propiedad indígena, sobre los cuales la Corte manifiesta que: “(...) Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias [destinadas a satisfacer un interés público imperativo]; c) deben ser proporcionales [debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo]; y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁷⁹, es decir, “las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”⁸⁰. Conjuntamente, estas cuestiones deberán analizarse caso a caso, teniendo en cuenta la especial relación de los indígenas con sus tierras⁸¹ y la existencia de otros derechos conexos. Lo expuesto no significa que exista una preeminencia del derecho a la propiedad indígena sobre la propiedad privada, debido a que pueden existir casos en los cuales los Estados se vean impedidos de restituir⁸². Es por aquello, como mencionamos con anterioridad que el derecho a la restitución es un derecho de carácter relativo. En caso que se restrinja la propiedad privada –en nuestro caso una privación– pudiese “ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”⁸³.

⁷⁹ *Ibid*, párr. 144-145.

⁸⁰ *Ibid*, párr. 145.

⁸¹ *Ibid*, párr. 146: “Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”.

⁸² *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párrs. 146 – 150.

⁸³ *Ibid*, párr. 148.

Unido a lo anterior, cabe recalcar que la expropiación es un modo de adquirir de derecho público, en orden a que su empleo configura al Estado como un ente responsable de los despojos pasados, y por consiguiente, reconoce una reivindicación de un grupo minoritario de la Nación, reduciendo la cuestión indígena a una de interés público, sin incluir consideraciones provenientes de las especulaciones del mercado que desfiguran la política pública como es el caso de Chile.

En razón de lo expuesto, creemos que la expropiación debe tener límites acordes a un Estado que se define como democrático y de derecho. Es decir, no concebimos a la expropiación como un mecanismo absoluto, debiéndose examinar su legalidad, necesidad y proporcionalidad; y a la vez, en relación con el derecho a la restitución, debiéndose llevar a efecto a través de un sistema que englobe las demandas territoriales indígenas, sin consideración a cuestiones socioeconómicas de los integrantes de una comunidad indígena o ahorro previo, o en relación con la improductividad o no de la tierra como es el caso de Ecuador o Paraguay –a los que nos referiremos más adelante–, sino que determinar el enfoque desde el aseguramiento de un derecho, esto es, el derecho a la recuperación generador de un deber estatal de restitución, conforme los supuestos indicados anteriormente.

Íntimamente relacionado con lo anterior no se puede olvidar que la expropiación no solo puede verse desde un enfoque instrumental, es decir, como “medio para la restitución de” sino también como un fin entendiendo por éste el respeto de ciertas garantías o derechos, como son una causa *expropriandi*, un procedimiento expropriatorio, y una justa indemnización a favor del expropiado⁸⁴ cuyo bien ha sido objeto de expropiación para proceder a la restitución a favor de los pueblos originarios.

En último término, cabe subrayar que la expropiación no solo puede ser utilizada a favor de los indígenas, sino que también con el objeto de despojar de sus tierras a los pueblos indígenas cuando se encuentre esta situación en el supuesto respectivo. Casos en los cuales deberá respetarse la igualdad de trato, es decir, no se deberán infringir las garantías de la expropiación, esto es, la existencia de una ley que exprese la utilidad pública o interés social de expropiar y una compensación justa⁸⁵.

d) La expropiación a favor de los pueblos indígenas en América Latina: un análisis a la luz de los ordenamientos jurídicos de los Estados latinoamericanos.

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano (2003), pp. 824-825.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (n. 47), p. 40.

En cuanto a la relación de derecho comparado es importante recalcar tres cuestiones: en primer lugar, la metodología que hemos seguido en el presente análisis: considerando solo los Estados de Latinoamérica que hayan ratificado el Convenio 169 y el Convenio 107⁸⁶ (puesto que si no se ha ratificado el Convenio N° 169 este último mantiene su vigencia), en orden a indagar si han establecido a la expropiación como una modalidad de restitución, sea para una restitución *in integrum*, o bien, para la entrega de tierras alternativas. Así las cosas, entre los Estados que han ratificado el Convenio N° 107 encontramos a Costa Rica, Cuba, El Salvador, Panamá y República Dominicana. En cuanto a los Estados ratificantes del Convenio N° 169; estos son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Honduras, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. De la revisión de los ordenamientos jurídicos de dichos países, solo en Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Paraguay se establece a la expropiación como una modalidad de restitución para los fines anteriormente mencionados.

En segundo lugar, respecto de los Estados de Cuba, Dominica, El Salvador, Honduras y República Dominicana no se encontraron datos fehacientes, por lo cual, por razones de fuerza mayor fueron descartados del análisis. A la vez, en lo que respecta a los Estados de Brasil, Bolivia, Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Perú y Venezuela contemplan otras modalidades de restitución diferentes de la expropiación que serán explicitadas en el Cuadro 1.

Por último, en relación con los Estados que establecen la expropiación como una modalidad de restitución –sea en orden a posibilitar una restitución en integridad, o bien, la entrega de tierras alternativas– se debe tener en cuenta que cada Estado está dotado de determinadas particularidades, lo que es obvio y fruto de las diferencias existentes entre los países latinoamericanos, sin perjuicio de compartir una cultura jurídica común. Por ejemplo, en algunos casos se establece la expropiación a favor de los pueblos indígenas al incluirlos en un proceso mayor, esto es, una Reforma Agraria. En cambio, en otros Estados, se permite la expropiación en aquellos casos en que no hayan sido efectivas otras modalidades de restitución, o bien, existen otras modalidades diversas a la expropiación que sucintamente examinaremos por su relevancia dogmática y práctica (ver Cuadro 1 “Estados ratificantes del Convenio N° 169 y N° 107 de la OIT que no contemplan la expropiación como modalidad de restitución, sea para una restitución *in integrum*, o bien, para la entrega de tierras alternativas”).

⁸⁶ En su artículo 11 consagra: “Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”.

i) Argentina.

Por Ley N° 24.071, se aprobó el Convenio 169. La Constitución Nacional de Argentina (1853) en su artículo 75 inciso 17 –al establecer las atribuciones de su Congreso Nacional– reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, como también el reconocimiento a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan y la regulación de la entrega de tierras aptas y suficientes para su desarrollo.

En el ordenamiento jurídico argentino existe la Ley N° 23.302 de 1985 o “Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes”, cuyo artículo 7 establece la “adjudicación de tierras”⁸⁷. En la misma dirección, su artículo 8 establece: “La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras conforme a las disposiciones de la presente ley y de las leyes específicas vigentes sobre el particular, de modo de efectuar sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación. El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos. Si en el lugar de emplazamiento de la comunidad no hubiese tierras fiscales de propiedad de la Nación, aptas y disponibles, se gestionará la transferencia de tierras fiscales de propiedad provincial y comunal para los fines indicados o su adjudicación directa por el gobierno de la provincia o en su caso, el municipal. Si fuese necesario la autoridad de aplicación propondrá la expropiación de tierras de propiedad privada al Poder Ejecutivo, el que promoverá ante el Congreso Nacional las leyes necesarias”.

En consecuencia, esta ley reconoce expresamente la posibilidad que se expropie en aquellos casos en que no se ha podido efectuar la transferencia de tierras fiscales de propiedad de la Nación, propiedad provincial o comunal necesitándose para ello la dictación de otra ley en casos de privaciones a la propiedad privada. Así, leyes de este tipo, por ejemplo, han sido⁸⁸ la Ley N°

⁸⁷ “Artículo 7. Dispónese la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo [tierras alternativas]. La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios”.

⁸⁸ DIRECCIÓN DE INFORMACIÓN PARLAMENTARIA, HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS

24.242 de 6 de octubre de 1993⁸⁹ y la Ley Nº 24.725 de 23 de octubre de 1996⁹⁰.

ii) Colombia.

La Constitución Política de Colombia (1991) reconoce en su artículo 7 la diversidad étnica y cultural de aquel país. Por su parte, en su artículo 329 establece que: “Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. Estos son “instituciones de origen colonial que constituyen formas de propiedad colectiva indígena”⁹¹. A su vez, Colombia ratificó el Convenio Nº 169 el 7 de agosto de 1991.

En lo que respecta al procedimiento de restitución de tierras, el organismo encargado es el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), cuya Subgerencia de Promoción, Seguimiento y Asuntos Étnicos está encargada de “Coordinar y controlar a las Direcciones Territoriales en la ejecución del plan de atención a las comunidades étnicas, a través de programas de titulación colectiva, adquisición, expropiación de tierras y mejoras”, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 3759 de septiembre de 2009 y en cumplimiento de la Ley Nº 160 de 1994⁹².

DE LA NACIÓN, ARGENTINA (s.a.): *Reseña de Legislación vigente. Aborígenes. Legislación nacional vigente.*

⁸⁹ “Artículo 1. Declárese de utilidad pública y sujetas a expropiación –con sus respectivos derechos de aguas–, las tierras del departamento de Orán, provincia de Salta, conforme con los términos del artículo 8 y concordantes de la ley 23.302, la parte pertinente del decreto 155/89 y los artículos 11 a 14 del convenio 107 y 1, 14, 16 y 17 del convenio 169, ambos de la OIT, aprobados por las leyes 14932 y 24071, respectivamente”. Su artículo 2º establece “El Poder Ejecutivo nacional dispondrá la transferencia del inmueble expropiado a la autoridad de aplicación creada por la Ley 23.302 [Instituto Nacional de Asuntos Indígenas], quien adjudicará la titularidad del dominio del mismo a la comunidad integrada por las familias aborígenes del Pueblo Kolla (...)”

⁹⁰ “Artículo 1. Declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación –con sus derechos de aguas y todo lo plantado, edificado y adherido al suelo–, al inmueble denominado Finca Tumbaya o Finca Tumbaya Grande ubicado en el Departamento Tumbaya de Jujuy y delimitado en esta ley (artículo 3º), conforme con los términos del artículo 8º y concordantes de la Ley Nacional 23.302, Decreto Nacional Nº155/89 y los artículos 11 a 14 del Convenio 107 y 1, 14, 15 y 16 del Convenio 169, ambos de la Organización Internacional del Trabajo, aprobados por las Leyes Nacionales 14.932 y 24.071, respectivamente”. Su artículo 2º establece “El Poder Ejecutivo nacional dispondrá la transferencia del inmueble expropiado a la autoridad de aplicación creada por la Ley 23.302 [Instituto Nacional de Asuntos Indígenas], quien adjudicará la titularidad del dominio del mismo a la comunidad integrada por las familias aborígenes (...)”.

⁹¹ ALYWIN OYARZÚN, José (2014), p. 575.

⁹² Esta cuestión es interesante, ya que el 2007 se dictó la Ley 1152 de 2007, la cual se declaró inexecutable por parte de la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia

Según el artículo 31 de la ley antes señalada el INCODER podrá adquirir “mediante negociación directa de tierras o mejoras, o decretar su expropiación, con el objeto de dar cumplimiento a los fines de interés social y utilidad pública definidos en esta Ley, en los siguientes casos: 1. Para las comunidades indígenas que no las posean, cuando la superficie donde estuvieren establecidas fuere insuficiente, o para sanear las áreas de resguardo que estuvieren ocupadas por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad”.

En el caso en comento, si el propietario rechaza la oferta de compra⁹³, el Gerente General del Instituto, mediante resolución, ordenará la expropiación del predio y de los demás derechos reales constituidos sobre el mismo ante el Tribunal Administrativo competente (artículo 33 de la Ley N° 160 de 1994).

iii) Costa Rica.

Este Estado ratificó el Convenio N° 169 el 3 de noviembre de 1992 en Ley 7.316, teniendo este tratado internacional “un ‘nivel elevado de protección’ respecto de aquellos derechos humanos contemplados en la propia Constitución Política”, según señala un fallo de la Corte Suprema de aquel Estado, citando la jurisprudencia de la Sala Constitucional⁹⁴.

En Costa Rica existen las denominadas reservas indígenas establecidas por decretos ejecutivos cuya modificación de sus límites necesita de ley expresa (artículo 1 de la Ley N° 6.172 o Ley Indígena del año 1977). Estas reservas son de propiedad de las comunidades indígenas conforme al inciso 2 del artículo 2 de la Ley Indígena, es decir, corresponden a “una propiedad agraria originaria y de carácter colectivo, no pudiendo reclamarse sobre ella ningún derecho de propiedad o de posesión individual en perjuicio de la comunidad de pertenencia, siendo su propietario la totalidad de la comunidad, no pudiendo ser desmembrada en propiedad privada precisamente por su naturaleza

c-175 de 2009, y por tanto, la referida Ley n° 160 vuelve a tener vigencia (Decreto N° 3759 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y se dictan disposiciones de 30 de septiembre de 2009).

⁹³ “Artículo 34. 5 Ley 160. Se entenderá que el propietario renuncia a la negociación directa y rechaza la oferta de compra cuando no manifiesta su aceptación expresa dentro del término previsto para contestarla. También se entiende rechazada la oferta cuando su aceptación sea condicionada, salvo que el INCORA considere atendible la contrapropuesta de negociación, o el propietario no suscriba la promesa de compraventa o la escritura que perfeccione la enajenación dentro de los plazos previstos”.

⁹⁴ *Asociación de Desarrollo integral de la Reserva Indígena Bribri de Këköldi con Estado de Costa Rica.*

jurídica destinada a la colectividad”⁹⁵. Por su parte la ley indígena de dicho país, en su artículo 5 establece la expropiación a favor de los pueblos indígenas señalando que “En el caso de personas no indígenas que sean propietarias o poseedoras de buena fe dentro de las reservas indígenas, el ITCO [Instituto de Tierras y Colonización⁹⁶] deberá reubicarlas en otras tierras similares, si ellas lo desearan; si no fuere posible reubicarlas o ellas no aceptaren la reubicación, deberá expropiarlas e indemnizarlas conforme a los procedimientos establecidos en la Ley n.º 2825 de 14 de octubre de 1961 y sus reformas. Los estudios y trámites de expropiación e indemnización serán efectuados por el ITCO en coordinación con la CONAI [Comisión Nacional de Asuntos Indígenas]. Si posteriormente hubiera invasión de personas no indígenas a las reservas, de inmediato las autoridades competentes deberán proceder a su desalojo, sin pago de indemnización alguna”⁹⁷.

iv) Ecuador.

Con fecha 15 de mayo de 1998, Ecuador ratificó el Convenio N° 169 de la OIT. En el artículo 1º de su Constitución (2008) se define como un Estado, entre otras características plurinacional e intercultural. A su vez, en su artículo 57 reconoce ciertos derechos a los pueblos indígenas, entre los que se encuentran: “4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita”. En esta línea se encuentra el artículo 41 de la Ley de Desarrollo Agrario⁹⁸.

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Transformado en Instituto de Desarrollo Agrario por la Ley N° 6.735 de 29 de marzo de 1982.

⁹⁷ En el 2011 el Tribunal contencioso administrativo, sexta sección ordenó a aquellos órganos que efectuasen la expropiación de los predios poseídos por personas no indígenas, en caso que no aceptasen ser reubicados. Con fecha 6 de marzo de 2014, la primera sala de la Corte Suprema, conoció de dos recursos en contra de la decisión del mencionado Tribunal, declarando ha lugar a los mismos por cuestiones procesales (*Asociación de Desarrollo integral de la Reserva Indígena Bribri de Këköldi con Estado de Costa Rica.*, cit. (n. 94)).

⁹⁸ La Constitución de la República del Ecuador contiene una disposición derogatoria: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”. Por lo que cabría preguntarse sobre la vigencia de la Ley de Desarrollo Agrario, no obstante existe un proyecto de reforma en la Asamblea Nacional de Ecuador de 1 de julio de 2010. Por lo señalado es admisible concluir que no fue derogada por la disposición constitucional (Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley de Desarrollo Agrario [en tramitación]).

En Ecuador, más allá del contexto indígena existe la denominada Ley de Desarrollo Agrario (cuyo ámbito es mayor, esto es, el fomento y desarrollo agrario según señala su artículo 2, para lo cual existirán políticas agrarias dirigidas a dicho fin, como es la capacitación integral del indígena (artículo 3 a)⁹⁹). Aquella Ley instituye a un órgano llamado Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) como ejecutor de su política, y le concede potestad expropiatoria. En su artículo 43 establece las causales de expropiación, siendo cuatro, cuyo sustrato es la inexistencia de explotación por parte de sus propietarios. Agrega la ley, en su artículo 44 parte 5¹⁰⁰ que cualquier persona natural o jurídica podrá pedir al Instituto que inicie un trámite de expropiación o denunciar la existencia de un predio que se encuentre en el supuesto del artículo 43. Es decir, en caso de que las tierras reivindicadas por indígenas cumplan con las causales, pueden ser expropiadas por dicho Instituto a favor de aquellos.

v) Paraguay.

El Estado paraguayo ratificó el Convenio N° 169 en 1993. Su Constitución Nacional (1992) reconoce en su artículo 62¹⁰¹ la existencia de los pueblos indígenas como anteriores a la formación del Estado paraguayo y consagra en su artículo 64¹⁰² el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra de los pueblos indígenas.

⁹⁹ “Artículo 3 a). De capacitación integral al indígena, al afroecuatoriano y al campesino en general, para que mejore sus conocimientos relativos a la aplicación de los mecanismos de preparación del suelo, de cultivo, cosecha, comercialización, procesamiento y en general, de aprovechamiento de recursos agrícolas”.

¹⁰⁰ “Artículo 44 parte 5. De conformidad con el Derecho de Petición establecido en la Constitución, cualquier persona natural o jurídica podrá pedir al INDA que inicie un trámite de expropiación o denunciarle la existencia de un predio que esté incurso en alguna causal de las establecidas en el artículo anterior, adjuntando los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que estime pertinentes. Sin embargo, el trámite administrativo para la expropiación no tendrá como parte sino a quienes tengan título de propiedad de dicho predio.”

¹⁰¹ “Artículo 64. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupo de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.

¹⁰² “Artículo 64. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo”.

En dicho país existe la Ley N° 904/81¹⁰³ conocida como “Estatuto de las Comunidades Indígenas”, en el cual se establecen procedimientos para la reivindicación de tierras de los pueblos indígenas (artículos 21 a 27, diferenciando entre asentamientos en tierras de dominio fiscal y asentamientos en tierras de dominio privado). En su artículo 26¹⁰⁴ permite la expropiación, la que se regirá por la Constitución paraguaya y las leyes respectivas. Conforme a aquello, la Carta Fundamental de dicho país garantiza en su artículo 109 la propiedad privada y en su inciso 3 establece: “Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley”. Por su parte, la ley reguladora de la expropiación es el Estatuto Agrario (Ley N° 1863/2002¹⁰⁵) que en su artículo 9 estipula que los predios expropiables son aquellos que correspondan al concepto de “latifundio improductivo”¹⁰⁶. El artículo siguiente (enmendado por la Ley N° 2002/02) enumera predios que son posibles de expropiación. En los casos en que no se trate de un latifundio improductivo deberá dictarse una ley (según mandato constitucional) debiéndose pagar la indemnización de la forma que estipula la letra b) del artículo 103¹⁰⁷ del Estatuto Agrario, es decir, al contado (si se tratase de un latifundio improductivo podrá ser en cuotas). Así las cosas, cabe destacar que el hecho de la diferenciación entre latifundio improductivo y productivo trae consecuencias en la forma del pago de la in-

¹⁰³ Ley N° 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas. Disponible en: <http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=2400> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

¹⁰⁴ “Artículo 26. En los casos de expropiación, el procedimiento y la indemnización se ajustarán a lo dispuesto en la Constitución y las Leyes y para el pago de las indemnizaciones serán previstos los recursos necesarios en el Presupuesto General de la Nación”.

¹⁰⁵ Ley N° 1.863, Estatuto Agrario. Disponible en: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=3124>> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

¹⁰⁶ “Artículo 9.- Concepto. Considérase latifundio improductivo y, consecuentemente, sujeto a expropiación, el inmueble agrario que conforme a las prescripciones de esta ley no se encuentre racionalmente utilizado, independientemente de que dicho inmueble conforme una sola finca o un grupo de ellas que pertenezcan a una misma persona física o jurídica”.

¹⁰⁷ “Artículo 103 b) Para los inmuebles que no constituyan o no sean jurídicamente considerados latifundios improductivos: Se pagará una justa indemnización, según artículo 109 de la Constitución Nacional. La suma requerida se contemplará en el Presupuesto General de la Nación, correspondiente al del año inmediato siguiente a la fecha en que se acordó el monto, o se estableció por sentencia firme de juez competente”.

demnización, lo que conlleva que muchas veces se evite expropiar latifundios improductivos, además de la dictación de una ley.

Ahora bien, no obstante el rango constitucional de la propiedad comunitaria indígena, Paraguay ha sido condenado tres veces por la Corte IDH en los casos Comunidad *Yakye Axa* (2005)¹⁰⁸, Comunidad *Sawhoyamaxa* (2006)¹⁰⁹ y Comunidad *Xákmok Kásek* (2010)¹¹⁰, debido a que no ha dado efectividad a este derecho.

Pues bien, en el segundo caso mencionado la expropiación como modalidad de restitución toma protagonismo, ya que en el párrafo 215 del fallo que lo resolvió la Corte IDH dictaminó: “El Estado cuenta con un plazo de tres años, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para entregar las tierras física y formalmente a las víctimas, sea que se adquieran por medio de compra, e x p r o p i a c i ó n o elección de tierras alternativas. Para ello, deberá asegurar todos los fondos necesarios”.

¹⁰⁸ En el párrafo 217 de la sentencia que dirimió dicho caso, la Corte estimó que el Estado de Paraguay debía entregar gratuitamente “el territorio ancestral” (los términos tierra y territorio son usados indistintamente por la Corte) en un plazo de tres años desde la notificación del fallo, debiéndose valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de una expropiación, o bien si aquello no es posible la entrega de tierras alternativas. Esta última fue la solución que se dio al caso, mediante la compra de dichas tierras. (Fuente BBC: http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/06/140618_paraguay_indigenas_sawhoyamaxa_vs; *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 217).

¹⁰⁹ En este caso en particular, la Corte IDH desarrolló su jurisprudencia sobre el derecho a la recuperación especificando sus dos requisitos a los que ya nos hemos referido. En el anterior (*Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*) hablaba de un derecho a la devolución de las tierras, sin especificar los deslindes entre el derecho a la propiedad comunitaria y el derecho a la restitución de tierras, reduciendo el conflicto más bien a un choque entre dos derechos de propiedad (particular y comunitaria), ambos protegidos por la Convención. Esto último explicaría la utilización del término “reivindicación”. Cfr. ROJAS BARRETAS, Nadia (2014), cit. (n. 26), p. 64.

¹¹⁰ En los párrafos 284 a 286 la Corte insta a Paraguay a resolver la procedencia de la expropiación de las tierras y paralelamente a comenzar las negociaciones de compra de las tierras. En caso de no dar resultado ninguna de éstas, deberá procederse a la entrega de tierras alternativas.

La ley de expropiación (Ley N° 5.194¹¹¹) fue publicada el 11 de junio de 2014 y publicada al día siguiente, luego que no fuera posible llegar a un acuerdo de compra con los actuales ocupantes de las tierras¹¹².

Cuadro 1: Estados ratificantes del Convenio N° 169 y N° 107 de la OIT que no contemplan la expropiación como modalidad de restitución, sea para una restitución *in integrum*, o bien, para la entrega de tierras alternativas.

¹¹¹ Ley N° 5.194 que declara de interés social y expropia a favor del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), para su posterior adjudicación a la comunidad indígena Sawhoyamaxa del pueblo Enxet, la finca N° 16786 y la finca N° 16.784, padrón N° 12936 del Departamento Presidente Hayes, Chaco, pertenecientes a las firmas Kansol SA. y Roswell y Cía. Disponible en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/LEY-5194%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/LEY-5194%20(2).pdf) [fecha de consulta: 10 de marzo de 2015].

¹¹² Fuente BBC, cit. (n. 108).

Estado	Regulación constitucional	Regulación infraconstitucional
Bolivia	<p>El Estado Plurinacional de Bolivia aprobó el Convenio N° 169 mediante Ley N° 1257 de 11 de julio de 1991.</p> <p>A partir de su Constitución de 1994 Bolivia reconocía el derecho a la tierra de los pueblos indígenas a través de la figura denominada “tierras comunitarias de origen”; que en conformidad a aquella Constitución y la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley N° 1715 de 1996, modificada por la Ley de Reconducción comunitaria de Reforma Agraria de 2006, Ley N° 3545). Posteriormente, con la dictación de la nueva Constitución en el año 2009, el Estado de Bolivia se definió como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. A la vez, reconoce en sus artículos 2° y 394 parágrafo III la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus t e r r i t o r i o s . Así las cosas, según la disposición séptima transitoria de su Constitución las “tierras comunitarias de origen” pasaron a ser “territorios indígenas comunitarios de origen”. Vislumbramos de este modo un reconocimiento de las tierras a territorios, cuestión que como ya señalamos con anterioridad, escapa al objeto de la presente memoria</p>	<p>No obstante, en lo que respecta a las tierras y a la expropiación el artículo 59 parágrafo II de la Ley de Reconducción comunitaria de la Reforma Agraria establece: “Las tierras expropiadas por la causal de utilidad pública, señalada en el Parágrafo I, numeral 1 del presente Artículo [1. El reagrupamiento y la redistribución de la tierra: 2. La conservación y protección de la biodiversidad; y 3. La realización de obras de interés público] serán dotadas de oficio o a solicitud de parte interesada, exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios que como resultado del proceso de saneamiento de la propiedad agraria ni con la distribución de tierras fiscales hayan sido dotados con tierra suficiente en cantidad, calidad y ubicación geográfica para asegurar su subsistencia física y reproducción étnica, de acuerdo a Decreto Supremo que establezca la causal de reagrupamiento y redistribución, previo informe técnico elaborado por el órgano del Poder Ejecutivo especializado en asuntos étnicos y el dictamen de la respectiva comisión agraria departamental”. Esto en caso que el procedimiento de saneamiento los pueblos indígenas interesados no hayan sido dotados de tierra suficiente según los criterios establecidos en la norma”. (Este artículo es una modificación realizada por la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria a la Ley del Servicio Nacional de la Reforma Agraria).</p> <p>Desde la perspectiva del análisis efectuado en relación con los mecanismos de reparación y modalidades de restitución conjuntamente, no calza con ninguna, sino que más bien se trata de lo que dispone el artículo 19 letra a) del Convenio 169.</p>

Brasil	<p>Brasil ratificó el Convenio 169 el 25 de julio del 2002.</p> <p>El artículo 231 N° 5 y N° 6 de la Constitución Federativa de Brasil (1988) establece que las tierras indígenas son de carácter inalienable y que son nulos los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión recaídos sobre ellas y el reasentamiento de no indígenas ocupantes de tierras indígenas.</p>	<p>Puesto que no existe norma sobre la cuestión se aplica el artículo 1219 del Código Civil brasileño. Es decir, si en el contexto de un procedimiento de demarcación, en la tierra objeto del mismo se encuentran asentadas personas no indígenas de buena fe (no tenían conocimiento que se trataba de tierras indígenas), deberá pagárseles las mejoras del inmueble</p>
Chile	<p>Chile ratificó el Convenio N° 169 el 15 de septiembre de 2008 y lo promulgó el 2 de octubre del mismo año.</p> <p>La Constitución chilena no hace ningún tipo de referencia a los pueblos indígenas.</p>	<p>En 1993 se dictó la Ley N° 19.253, conocida como “Ley Indígena”. Ésta, engloba dos modalidades para permitir la restitución: el subsidio para la ampliación de tierras, exigiendo determinados requisitos para los postulantes, y la compra de tierras en conflicto a través del Fondo de Tierras (ambas reglamentadas en el Decreto Supremo N° 395 de 1993). Esta última, se funda en el artículo 20 letra b) de la Ley N° 19.253, que establece la compra de tierras en conflicto, destinada según CONADI, específicamente “a las tierras entregadas o reconocidas mediante títulos de merced a los mapuche durante el periodo de Radicación (1866 a 1929), títulos de comisario, los predios recuperados durante la Reforma Agraria y otros casos específicos de reconocimiento oficial de las tierras mapuche” es decir, mediante la “compra de tierras” solo pueden reivindicarse, en general, tierras de propiedad legal que emanen de aquellos títulos.</p>

Ecuador	La regulación constitucional de este Estado se encuentra en el cuerpo del artículo.	<p>“Artículo 51 de la ley de Desarrollo Agrario. Adjudicación de otras Tierras.- Las demás tierras que forman o lleguen a formar parte del patrimonio del INDA serán adjudicadas a personas naturales, cooperativas, empresas, comunidades indígenas, asociaciones u organizaciones para que las hagan producir eficientemente y cuyos planes de manejo no atenten al medio ambiente y al ecosistema. El precio de las mismas será establecido por el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, y se pagará al contado. Los valores ingresarán al Banco Nacional de Fomento para la creación de un fondo destinado a la compra de tierras o crédito de capacitación para pequeños productores. Si los adquirentes de la tierra son campesinos, indígenas, montubios o afroecuatorianos, o entidades asociativas de los mismos, se les concederá un plazo de hasta diez años para pagar, con dos años de gracia, sobre tasas de interés iguales a las preferenciales del Banco Nacional de Fomento.</p> <p>El precio que se pagará será, según el artículo 44 “el del avalúo comercial actualizado practicado por el INDA, a menos que exista acuerdo entre el INDA y el afectado”.</p> <p>Se trata pues de una compraventa con facilidades de pago.</p>
---------	---	---

Guatemala	<p>Guatemala ratificó el Convenio N° 169 el 5 de junio de 1996.</p> <p>La Constitución Política de Guatemala en su artículo 68 establece que: “Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”. Por su parte el artículo 70 especifica que la materias indicadas por la Constitución se regularán por una ley; la cual no ha sido dictada</p>	<p>FONTIERRA es un organismo encargado del cumplimiento de los Acuerdos de Paz con los pueblos indígenas, cuya finalidad principal es la adjudicación de tierras para estos. De esta forma, el artículo 8 letra a) Reglamento del Fondo de Tierras, establece que los recursos se destinarán a créditos para compra o arrendamientos.</p>
México	<p>Ratificó el Convenio el 5 de septiembre de 1990.</p> <p>La Reforma Constitucional de 2001 a la Constitución de los Estados mexicanos (1917) modificó el artículo 2 reconociendo el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. A partir de éste determina la autonomía para, entre otras cuestiones, “V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”.</p>	<p>No existe una ley que regule a los pueblos indígenas en su especificidad, sin embargo la Ley Agraria en algunas normas reconoce el derecho a recuperar en juicio –regulado en esta ley– las tierras “ejidales” de indígenas cuando han sido despojados de las mismas. Por ejemplo: artículo 49, artículo 106 (establece que se deben proteger las tierras de indígenas).</p>

Nicaragua	<p>Ratificó el Convenio el 25 de agosto de 2010.</p> <p>La Constitución Política de Nicaragua (1987) en su artículo 89 inciso 2 establece: “El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales”.</p>	<p>-Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley 28.</p> <p>La Ley N° 445 (Ley de régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio, y Maíz) regula el proceso de demarcación y titulación de las tierras, el cual consta de cinco etapas: 1. Presentación de solicitud y diagnóstico; 2. solución de conflictos; 3. medición y amojonamiento; 4. titulación; 5. Saneamiento.</p> <p>Esta última etapa tiene como finalidad determinar la situación de los terceros no indígenas que ocupen tierras indígenas. Esto está regulado en los artículos 35, 36, 37 y 38. Según el artículo 35. Los derechos de propiedad y ocupación histórica de las comunidades indígenas prevalecen sobre títulos emitidos a favor de tercero que nunca las han poseído y que a partir de 1987 pretendan ocuparlas. Según el artículo 36. “El tercero que posea título agrario en tierras indígenas y que ha ocupado y poseído la tierra protegida por este título, tiene pleno derecho de continuarla poseyendo. Por su parte el artículo 37 determina que el tercero con título agrario con algún vicio en tierras indígenas será indemnizado para que devuelva las tierras a las comunidades indígenas afectadas. Por último, el artículo 38 establece que “Los terceros en tierras indígenas sin título alguno deberán abandonar las tierras indígenas sin indemnización; pero en caso de que pretendan permanecer en ellas, pagarán un canon de arrendamiento a la comunidad”.</p>
-----------	---	--

<p>Panamá (Recordar que solo ha ratificado el Convenio N° 107 de la OIT)</p>	<p>No ha ratificado el Convenio N° 169, sino que el Convenio N° 107 el 4 de junio de 1971.</p> <p>El Artículo 5 de la Constitución de 1972 de Panamá establece que su territorio se divide políticamente en Provincias, Distritos y corregimientos; y que “la ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público”.</p>	<p>Mediante leyes se han creado cinco comarcas que han contribuido a la autonomía indígena. Estas comarcas son: Kuna Yala, Emberá-Wounaan y Ngöbe-Buglé, Kuna de Madungandí y Kuna de Wargandí. Las tierras comarcales son de propiedad colectiva.</p> <p>El 23 de diciembre de 2008 se aprobó la Ley 72 para la adjudicación de propiedad colectiva de tierras de los pueblos indígenas que no forman parte de las comarcas.</p>
<p>Perú</p>	<p>Con fecha 2 de febrero de 1994, ratificó el Convenio N° 169.</p> <p>La Constitución del Perú (1993) en su Capítulo VI, artículos 81 y 82 regula a las comunidades nativas.</p>	<p>Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva.</p> <p>No se encontraron procedimientos de restitución o similares.</p>

Venezuela	<p>El 22 de mayo de 2002 ratificó el Convenio N° 169 de la OIT.</p> <p>La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra en su artículo 119. “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley”.</p>	<p>La Ley de demarcación y garantía del hábitat y tierras de los pueblos indígenas de 12 de enero de 2001 regula el proceso de demarcación establecido en el artículo 119 de la Constitución, estipulando en su artículo 10: “En el caso de hábitat y tierras indígenas ocupados por personas naturales o jurídicas no indígenas, el Estado venezolano garantizará los derechos de los pueblos indígenas conforme a los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico, previo agotamiento de la vía conciliatoria”.</p> <p>Por su parte, la Ley Orgánica de Pueblos y comunidades indígenas de 27 de diciembre de 2005 establece en su artículo 46 que en caso de conflictos con personas naturales o jurídicas no indígenas, estos podrán ser resueltos por la comisión nacional de demarcación a través de acuerdos empleando medios alternativos de resolución de conflictos. En caso que no se les haya dado solución, estos terceros podrán impugnar el futuro registro de propiedad colectiva.</p>
-----------	---	---

3. *Implicancias de la expropiación como una modalidad de restitución.*

A lo largo de estas páginas hemos desarrollado el fundamento y contenido del derecho a la restitución, enunciando los elementos que a nuestro parecer lo constituyen. A la vez, de este derecho nace un deber de restitución para el Estado conforme a las sutilezas en las que hemos realizado énfasis; este puede efectivizarse a través de diversos mecanismos de reparación y las consiguientes modalidades de restitución, siendo la expropiación un mecanismo adecuado para la restitución. No obstante, tal como hemos señalado en el contenido protectivo del derecho a la restitución —al hacer referencia que éste es un derecho relativo—, ha quedado un asunto inconcluso al cual nos abocaremos a tratar, ya que ahora contamos con los elementos necesarios para su cabal comprensión.

Tal cuestión es: ¿Qué significa en palabras de la Corte IDH que el Estado se encuentre “imposibilitado por razones objetivas y fundamentadas” a la

restitución plena? Para responder a aquella interrogante es necesario destacar que la Corte IDH no ha discurrido sobre cuáles serían esos motivos objetivos y fundamentados, estipulando solo tres cuestiones que no serían impedimentos a la restitución, esto es: la adecuada explotación de la tierra, el debido registro y la existencia de tratados de inversión. Sin embargo, es posible cuestionar que aquellos tres criterios no sean obstáculos para la restitución, en especial, lo que se refiere al debido registro de las tierras puesto que la argumentación que la Corte da en orden a descartarlo, es que aquel limita la restitución a la espera de la voluntad de los tenedores actuales, obligando a los pueblos indígenas a recibir tierras alternativas¹¹³. Empero, aquello es lo que precisamente hacen algunos Estados que han establecido la expropiación con el fin de restituir tierras a los pueblos indígenas (Colombia, Costa Rica y Paraguay con sus particularidades), o bien, se basan en la inexistencia de predios fiscales para la entrega de tierras a los pueblos indígenas (Argentina). Es decir, en todos aquellos casos deben darse ciertas condiciones para llevar a cabo la expropiación, convirtiéndose ésta en una opción secundaria¹¹⁴.

En este orden de ideas, esta imposibilidad por motivos objetivos y fundamentados es una forma más sofisticada que la frase “cuando ello no sea posible” refiriéndose a la restitución de la Declaración, y tienen íntima relación con la imposibilidad de la “restitución en integridad”. Pensemos la situación de la siguiente forma: primeramente, debemos distinguir si las tierras reivindicadas son de propiedad fiscal o de propiedad particular. En caso que correspondan a las primeras bastará con que el Estado transfiera las tierras objeto de la reivindicación, si desea dar satisfacción al derecho a la restitución y cumplimiento a su deber de restitución. En cambio, en el segundo caso, esto es, tierras cuya propiedad es particular habrá que hacer una subdistinción ya que el Estado en la mayoría de los casos decidirá llegar a un acuerdo con el actual ocupante de las tierras reivindicadas; lo que puede traer eventualmente como consecuencia la negativa del dueño actual de las mismas, imposibilitando la restitución mediante la compraventa. En este escenario el Estado deberá valorar la institución de la expropiación, que según como mencionamos al momento de determinar que constituye un instrumento adecuado, se deberá examinar su legalidad, necesidad y proporcionalidad en orden a establecer si esta es o no excesivamente gravosa para el particular –por ejemplo, se trata de un trabajador rural cuyo único sustento es su tierra–. Si se estima que la expropiación cumple con los tres requisitos antes indicados, podrá llevarse a cabo no obstante con todas las garantías que aquello conlleva, como también habrá que sopesar las

¹¹³ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, cit. (n. 15), párr. 138.

¹¹⁴ A lo expuesto escapa el caso de Ecuador ya que éste se sitúa en el contexto de una Reforma Agraria que no toma en cuenta las particularidades de los pueblos indígenas en contraposición al campesino.

consecuencias políticas de tal actuación. En el primer caso, el Estado respectivo se verá imposibilitado de restituir plenamente al pueblo indígena, por lo que en compensación deberá proveerlo de tierras alternativas, debiendo cumplir estas con las características expresadas con anterioridad y tomando en cuenta el significado que la tierra tiene para los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

PRIMERO. La propiedad indígena, o también conocida como derecho a la tierra, se encuentra reconocida en instrumentos internacionales como son el Convenio N° 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En general, su contenido ha sido dotado por la Corte IDH. Entre algunas de sus características y elementos principales destacan la especial relación de los pueblos indígenas con sus tierras, su carácter colectivo y su objeto múltiple según algunos, incluyéndose en él tanto la tierra, el territorio y los recursos naturales; y por otros, solo la tierra.

SEGUNDO. A partir del reconocimiento del derecho a la tierra, cabe precisar que éste no puede agotarse en esa sola declaración abstracta, sino que es necesaria la consagración del derecho a la restitución de tierras cuyo fundamento es la especial relación de los pueblos indígenas con éstas. Entre sus elementos a subrayar se encuentran las tierras posibles de recuperar, tanto las de propiedad ancestral como las fundadas en un título otorgado por el Estado, en razón que la protección del Convenio 169 irradia a ambas. Cabe destacar, que el derecho a recuperación suele estar en constante conflicto con el derecho de propiedad particular; casos en los cuales –debido a que no es un derecho absoluto– habrá que estimar cuál de los dos prima. Otro de los elementos a destacar es la necesidad de un recurso efectivo, puesto que es trascendental para la satisfacción del derecho a la restitución de tierras.

TERCERO. La reparación de los Estados puede traducirse en la entrega de tierras alternativas, una indemnización monetaria u otra reparación adecuada y la restitución. Esta última se presenta en los casos en que sea posible para el Estado devolver las tierras específicamente reclamadas por el pueblo indígena interesado, tomando en cuenta el fundamento, contenido y elementos del derecho a la restitución. En este orden de ideas, este deber de restitución recae: i) sobre aquellos Estados que han dado su ratificación al Convenio N° 169; ii) por su voto favorable a la Declaración la cual es reflejo del derecho internacional consuetudinario; iii) en caso de condena por la Corte IDH; iv) por obligaciones provenientes de la costumbre internacional. En relación con lo expuesto, existen las modalidades de restitución, entre las que se encuentran en general, la compra-venta y la expropiación.

CUARTO. La expropiación es un modo de adquirir de derecho público. Ésta, en lo relacionado con la restitución de tierras a los pueblos indígenas suele tener partidarios como detractores. Entre los primeros, se encuentran Molina y Yáñez, quienes sostienen que la expropiación posibilita un reconocimiento de la demanda indígena institucionalizándola. Por su parte, entre los detractores, se encuentra Salinas quien señala que la expropiación como un modo de restitución de derechos territoriales, no sería plausible ya que se produciría nuevamente una infracción al derecho de propiedad en conformidad a su interpretación del principio de rectificación de Nozick.

QUINTO. La interrogante sobre si la expropiación es una modalidad de restitución o herramienta adecuada para la restitución de tierras de los pueblos indígenas, esconde la verdadera pregunta: ¿Por qué cabría reconocer derechos de propiedad indígena en desmedro –en la mayoría de los casos– de derechos de propiedad particular? En razón de estas interrogantes posee un papel fundamental la noción de derechos, diferencias en razón de grupo, siendo en este caso los derechos territoriales de los pueblos indígenas y la noción de igualdad material. De la misma forma, en los casos de conflicto entre ambos tipos de propiedad, los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH se presentan como valiosos. Ahora bien, la expropiación no debe ser pensada sin límites ni las garantías propias de su fisonomía, por lo que en consonancia con éstas, la expropiación se constituye en un mecanismo adecuado para la restitución debiéndose examinar su legalidad, necesidad y proporcionalidad.

SEXTO. Las experiencias comparadas demuestran que el derecho a la restitución de tierras a los pueblos indígenas puede delinearse de diferentes formas: ya sea consagrando una modalidad de restitución como la expropiación en un contexto mayor, es decir, una Reforma Agraria como es el caso de Ecuador, y en menor medida de Paraguay; ya sea imponiendo un supuesto de procedencia, como son la imposibilidad de acuerdo con los propietarios actuales de las tierras (Colombia); en caso que los terceros no indígenas no acepten ser reubicados (Costa Rica); que no existan tierras fiscales de la Nación, ni de propiedad provincial o comunal (Argentina). A la vez, es posible señalar que las nociones y conceptos delimitados a lo largo del Capítulo I de la presente memoria, puede ir acompañados de otros como es la existencia de Reservas Indígenas (Costa Rica). En último término, cabe destacar que implícitamente el supuesto de procedencia de la expropiación en la mayoría de los casos vistos, es la falta de consenso o acuerdo con los terceros no indígenas involucrados sea respecto a la celebración de un contrato de compraventa, sea para una reubicación. Mas, el caso de Argentina escapa a lo dicho por cuanto en éste el supuesto sería la inexistencia de tierras fiscales para su entrega a los pueblos indígenas interesados. Es decir, se trataría de una modalidad de restitución a

la que se recurre secundariamente o en último término. Por su parte, el caso de Ecuador se da en un contexto mayor, esto es, una Reforma Agraria donde no es tomada en cuenta la particularidad indígena.

SÉPTIMO. La determinación de la imposibilidad de restitución por motivos objetivos y fundamentados a los que se refiere la Corte IDH sin mayor profundización o en palabras de la Declaración en su artículo 28 “cuando ello no sea posible”, están íntimamente ligados con las modalidades de restitución que puedan establecerse en un ordenamiento jurídico determinado. Así, habrá que distinguir tres situaciones: i) si las tierras reivindicadas son de propiedad fiscal, el Estado deberá hacer la entrega de las mismas en orden a satisfacer el derecho a la restitución y dar cumplimiento a su deber de restitución; ii) si las tierras reivindicadas son de propiedad particular, el Estado decidirá llegar a un acuerdo con el propietario particular; iii) Si el acuerdo no es posible, el Estado procederá a expropiar una vez que se haya determinado su legalidad, necesidad y proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. Bibliografía general

a) Artículos y monografías

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2005): “El título indígena y su aplicabilidad en el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 11, N° 1, pp. 269-295.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena* (Santiago, Librotecnia), 658 pp.
- AYLWIN OYARZÚN, José (2014), “Capítulo IV. Los derechos de pueblos indígenas en América Latina”, en AYLWIN OYARZÚN, José (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, LOM).
- BELLO MALDONADO, Álvaro (2011): “Espacio y territorio en perspectiva antropológica. El caso de los purhépechas de Nurío y Michiocán en México”, *Revista Cultura - Hombre - Sociedad*, vol. XXI, N° 1, pp. 41-60.
- BELLO MALDONADO, Álvaro (2004): “Territorio, cultura y acción colectiva indígena: algunas reflexiones e interpretaciones”, en AYLWIN OYARZÚN, José (Editor), *Derechos Humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales* (Santiago, Instituto de Estudios Indígenas), 460 pp.
- BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012) *Constitución política comentada: parte dogmática* (Santiago, AbeledoPerrot), 574 pp.
- KYMLICKA, Will (1995): *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías* (trad. CASTELLA AULEDA, Carme, Barcelona, Editorial Paidós), 303 pp.
- MEZA-LOPEHANDÍA GLAESSER, Matías (2014): “Capítulo III. El derecho internacional de los derechos humanos y los pueblos indígenas” en AYLWIN OYARZÚN, José (coordinador), *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, LOM).
- MOLINA OTÁROLA, Raúl; YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy (2008): *La gran Minería y los derechos indígenas en el Norte de Chile* (Santiago, LOM), 264 pp.

- NASH ROJAS, Claudio (2008): “Los derechos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 1, Nº 1, pp. 61-86.
- OIT (2003): *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales: un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales* (Ginebra, s.d.).
- OIT (1996): *Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio núm. 169* (Ginebra, s.d.).
- OIT (2009): *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre la aplicación del Convenio Núm. 169 de la OIT* (s.l., s.d.).
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003): *Derecho Administrativo. Instituciones generales: Bases. Fuentes. Organización y sujetos. Actividad y control* (Barcelona, Ariel), 1347 pp.
- PENAILILLO ARÉVALO, Daniel (1995): *La Expropiación ante el derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica), 250 pp.
- QUIJADA SOTO, Rodrigo (1994): *Diccionario Jurídico* (Santiago, Editorial Jurídica CO-NOSUR), 670 pp.
- SALINAS, Alejandra (2012): “La rectificación de la injusticia en Nozick: debates e implicancias para los reclamos territoriales indígenas”, *Revista Co-herencia*, vol. IX, Nº 16, pp. 119-140.
- ZALAUQUETT DAHER, José (2008): “La Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos indígenas”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 4, pp. 139-148.

b) Fuentes de derecho internacional, derecho extranjero y derecho nacional

i. Derecho internacional

- Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (10ª sesión plenaria, 13 de septiembre de 2007).

ii. Derecho extranjero

a. Argentina

- Constitución Nacional de Argentina (1853).
- Ley Nº 23.302, Ley sobre política indígena y apoyo a las comunidades indígenas. B.O. 12 de noviembre de 1985, sancionada el 30 de septiembre de 1985 y promulgada el 8 de noviembre de 1985, B.O. 12/11/1985. Disponible en: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23790/norma.htm>> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].
- Ley Nº 24.071, Ley que aprueba el Convenio 169 de [sic] de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril de 1992, B.O. 20/04/1992. Disponible en: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/470/norma.htm>> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].
- Ley Nº 24.242 de 6 de octubre de 1993, Ley que declara de utilidad pública y sujeta a expropiación, tierras del departamento de Orán, provincia de Salta, destinadas a las comunidades aborígenes del pueblo Kolla, sancionada el 6 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de octubre de 1993, B.O. 02/11/1993. Disponible

en: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/640/norma.htm>> [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

- Ley N° 24.725 de 23 de octubre de 1996, Ley que declara de utilidad pública y sujeto a expropiación, un inmueble ubicado en el Departamento Tumbaya de Jujuy. Establécese que el P.E.N. dispondrá la transferencia del citado inmueble a la autoridad de aplicación creada por la Ley N° 23.302, quien adjuntará la titularidad del dominio a la comunidad integrada por familias aborígenes que actualmente se encuentran asentadas y radicadas en forma permanente dentro de los límites de la Finca Tumbaya o Finca Tumbaya, sancionada el 23 de octubre de 1996 y promulgada el 15 de noviembre de 1996, B.O. 19/11/1996. Disponible en: <<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40419/norma.htm>> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

b. Colombia

- Constitución Política de Colombia (1991)
- Ley N° 160 de 1994, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994, Colombia. Disponible en: <http://www.incoder.gov.co/documentos/Ley160_2004.pdf> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].
- Decreto N° 3759 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER y se dictan disposiciones de 30 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.incoder.gov.co/documentos/Convocatorias/2011/AcuiculturaYPesca/Dec_3759_2009.pdf> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015]

c. Costa Rica

- Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)
- Ley N° 6.172, Ley Indígena de 29 de noviembre de 1977.

d. Ecuador

- Constitución del Ecuador (2008)
- Ley N° 54 Ley de Desarrollo Agrario, Registro Oficial N° 461, Suplemento, 14 de junio de 1994 (codificación de esta ley: Registro Oficial N° 55, 20 de abril de 1997), Ecuador.
- Proyecto de Ley Reformativa a la Ley de Desarrollo Agrario, [en tramitación]. Disponible en: <<http://www.asambleanacional.gob.ec/es/module-proceso-de-ley>> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

e. Paraguay

- Constitución Nacional de la República del Paraguay (1992)
- Ley N° 904/81, Estatuto de las Comunidades Indígenas promulgada el 10 de diciembre de 1981 y publicada el 18 de diciembre de 1981. Disponible en: <<http://>>

www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=2400> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].

- Ley Nº 1.863/2002 que establece el Estatuto Agrario promulgada el 30 de enero de 2002 y publicada 31 de enero de 2002. Disponible en: <<http://www.bacn.gov.py/ampliar-leyes-paraguayas.php?id=3124>> (15 de marzo de 2015).
- Ley Nº 5.194 que declara de interés social y expropia a favor del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), para su posterior adjudicación a la comunidad indígena Sawhoyamaxa del pueblo Enxet, la finca Nº 16786, padrón Nº 12935, con una superficie de 9.105 hectáreas con 2.978 metros cuadrados y la finca Nº 16.784, padrón Nº 12936, con una extensión de 5.299 hectáreas con 4.720 metros cuadrados, ambas del Distrito de Villa Hayes (Pozo Colorado) del Departamento Presidente Hayes, Chaco, pertenecientes a las firmas Kansol SA. y Roswell y cia. Disponible en <file:///C:/Users/usuario/Downloads/LEY-5194%20(2).pdf> (10 de marzo de 2015).

iii. Derecho nacional

- Constitución de 1833
- Constitución de 1925
- Constitución de 1980
- Ley Nº 14.511, que establece los Juzgados de Letras de Indios que señala y fija normas sobre división de comunidades, liquidación de créditos y radicación de indígenas, en DO. de 27 de diciembre de 1961.
- Ley Nº 17.729, que establece normas sobre indígenas y tierras de indígenas. Transforma la Dirección de Asuntos Indígenas en Instituto de Desarrollo Indígena. Establece disposiciones judiciales, administrativas y de desarrollo educacional en la materia y modifica o deroga los textos legales que señala, en DO. 15 de septiembre 1972.
- Decreto con Fuerza de Ley Nº 1 de 9 de Mayo de 2006 que fija Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, en DO. 9 de mayo de 2006.
- Decreto Nº 458 que fija la Ley General de Urbanismo y construcción, en DO. 13 de abril de 1976.
- Ley Nº 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación de Desarrollo Indígena, en DO. 5 de septiembre 1993.
- Decreto con Fuerza de Ley Nº 850/1998, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840, de 1964 y del D.F.L. Nº 206, de 1960, en D.O. 25 de febrero de 1998.
- Decreto Ley 1939/1977, Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, en DO. 10 de noviembre de 1977.
- Decreto Ley Nº 2186 Ley Orgánica sobre Procedimientos de Expropiaciones, DO. 9 de junio 1978.
- Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, en D.O. 19 de mayo de 1992.
- Ordenanza General Plan Regulador comunal de Temuco (DO. 2 de febrero de 2010).
- Decreto Nº 395, que aprueba el Reglamento de Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, DO. 17 de mayo de 1994, CONADI.

d) Informes o documentos emanados de organismos internacionales

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09).
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2006): “El avance de las Declaraciones sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y OEA y el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región”.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005): (Grupo de Trabajo establecido de conformidad con la resolución 1995/32), “Derecho de los pueblos indígenas a la restitución” (Ginebra).
- FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS (2009): “Comentario general”, Octavo Período de Sesiones.

e) Jurisprudencia

- CORTE IDH, *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
- CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005.
- CORTE IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- CORTE IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- CORTE IDH, *Caso Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Asociación de Desarrollo integral de la Reserva Indígena Bribri de Këköldi (2014)*: Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (6 de marzo de 2014). Disponible en <<http://vlex.co.cr/vid/540779274>> (10 de marzo de 2015).

f) Recursos web

- AYLWIN OYARZÚN, José (2002): “El Derecho de los Pueblos Indígenas a la tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales”. Disponible en <www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/cp10427s04.doc> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2015].
- AYLWIN OYARZÚN, José (2011): “Derechos territoriales de pueblos indígenas en América Latina: situación jurídica y políticas públicas” Disponible en: http://www.ceppas.org.gt/media/uploads/documents/aylwin_derechos_territoriales.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2015].
- DIRECCIÓN DE INFORMACIÓN PARLAMENTARIA, HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, ARGENTINA (s.a.): “Reseña de Legislación vigente. Aborígenes. Legislación nacional vigente”. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/documentos/RL.038.02.02-1.pdf> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].
- “Los indígenas que lograron que Paraguay le devuelva sus tierras”. En BBC de 19 de junio de 2014. Disponible en <http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/06/140618_papaguay_indigenas_sawhoyamaya_vs> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].
- STAVENHAGEN, Rodolf (2002): “La situación de los pueblos indígenas” (s.d.), en EL MISMO,

Los pueblos indígenas y sus derechos". Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015]

VERGARA MONTOYA, Juan (2010): "Las tierras que los pueblos indígenas tradicionalmente ocupan. Análisis crítico del artículo 14.1 del Convenio 169 de la OIT y las obligaciones que emanan para los Estados, en Curso virtual Pluralismo jurídico, interculturalidad y acceso a la justicia". Disponible en <http://www.cajpe.org.pe/gep/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=294&Itemid=134> (12 de febrero 2015).

g) Tesis

- DAGNINO MOREL, Carolina (2014): *Garantías y limitaciones a la propiedad indígena: fundamentos en el derecho nacional e internacional*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 89 pp.
- ROJAS BARRETAS, Nadia (2014): *La propiedad indígena ante la jurisdicción constitucional latinoamericana. Análisis desde el Convenio 169 de la OIT*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 88 pp.
- II. Bibliografía consultada (para Cuadro 1: "Estados ratificantes del Convenio N° 169 y N° 107 de la OIT que no contemplan la expropiación como modalidad de restitución, sea para una restitución *in integrum* o bien, para la entrega de tierras alternativas").
- ALFRED-CUNNINGHAM, Anexa (2011): "Derechos territoriales de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Nicaragua", en APARICIO WILHELMI, Marco (editor): *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina* (Barcelona, Icaria), pp. 203-205 y p. 216.
- AYLWIN OYARZÚN, José (2014): ("Capítulo IV. Los derechos de pueblos indígenas en América Latina", en AYLWIN OYARZÚN, José (coordinador): *Los pueblos indígenas y el derecho* (Santiago, LOM), pp. 556-584.
- BELLO, Luis Jesús (2011): "Los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Venezuela. Reconocimiento jurídico. Situación y perspectivas", en APARICIO WILHELMI, Marco (editor), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina* (Barcelona, Icaria), pp. 276-284.
- CABALLERO ARIAS, Hortensia (2007): "La demarcación de Tierras Indígenas en Venezuela", en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 13, N° 3, pp. 199-201.
- D' AVILA, Ana María (2011): "El derecho fundamental de los indígenas brasileños a la tierra", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 17, N° 2, p. 284.
- MARTÍNEZ MAURI, Mónica (2011): "Panamá: pocos avances y muchos retrocesos en el reconocimiento de los derechos indígenas sobre tierras, territorios y recursos naturales", en APARICIO WILHELMI, Marco (editor), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina* (Barcelona, Icaria), pp. 223-224 238-242.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1907).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).
- Ley Agraria, publicada el 26 de febrero de 1992. Disponible en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lagra.htm>> [fecha de consulta: 14 de marzo de 2015].
- Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva, publicada el 9 de mayo de 1978. Disponible en: <<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/>>

cendocbib/con3_uibd.nsf/0D41EC1170BDE30A052578F70059D913/\$FILE/%281%29leydecomunidadesnativasley22175.pdf> [fecha de consulta: 20 de marzo de 2015].
FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge, *Modelos de reconocimiento de los Pueblos Indígenas en América Latina. Bolivia y Chile, análisis de un contraste* (Tesis doctoral, Temuco, 2014), 553 pp.
FONTIERRA, Información Institucional, Guatemala. Disponible en: <<http://www.fon tierras.gob.gt/>> [fecha de consulta: 15 de marzo de 2015].